

LA “SATIRA” NEGAZIONISTA AL VAGLIO DEI GIUDICI DI STRASBURGO: ALCUNE CONSIDERAZIONI IN «RIME SPARSE» SULLA NEGAZIONE DELL’OLOCAUSTO

Nota a [C. edu, sent. 20 ottobre 2015, Dieudonné M'bala M'bala c. Francia](#)

di Giuseppe Puglisi

Abstract. In *Dieudonné M'bala M'bala c. Francia* la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo continua a servirsi, in relazione al discorso negazionista, dell’art. 17 CEDU, estendendone la portata applicativa anche alla “satira” in tal senso connotata e dichiarando irricevibile il ricorso. Dopo avere analizzato il percorso argomentativo seguito dai giudici di Strasburgo nella vicenda in commento, si formuleranno alcune riflessioni sulla presunta natura satirica del discorso pronunciato dal ricorrente e sul c.d. “effetto ghigliottina” di cui al già menzionato art. 17. Brevi note sulla “nouvelle vague” italiana in materia di criminalizzazione della negazione dell’Olocausto formeranno oggetto dell’ultima parte del lavoro.

SOMMARIO: 1. I fatti controversi: «*il faut que je fasse mieux cette fois-ci, hein?*». – 2. «*Le prévenu a très largement excédé les limites admises du droit à l’humour*»: le motivazioni del giudice nazionale. – 3. La violazione dell’art. 10 Cedu: «*Le requérant ne saurait prétendre [...] avoir agi en qualité d’artiste ayant le droit de s’exprimer par le biais de la satire, de l’humour et de la provocation*». – 4. Il discorso *sub iudice* alla luce dei principi (giuridici e non) del genere satirico. – 5. Art. 17 CEDU. *Nihil sub sole novi*: anche la ridicolizzazione delle vittime tra le condotte che sviliscono la dignità umana. – 6. Il cambiamento di rotta nell’approccio nazionale ad un’(ancora) ipotetica fattispecie criminosa di negazionismo.

1. I fatti controversi: «*il faut que je fasse mieux cette fois-ci, hein?*».

Il 20 ottobre 2015 la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha dichiarato inammissibile il ricorso n. 25239/13 presentato da Dieudonné M'bala M'bala contro la Francia, affrontando una questione da sempre controversa quale è quella del negazionismo¹. La peculiarità della vicenda richiede che ci si soffermi brevemente sulla figura del ricorrente.

¹ Per un primo commento alla sentenza vd. P. CAROLI, [La Corte europea in tema di offese pubbliche contro gli ebrei](#), in *questa Rivista*, 21 dicembre 2015.

Non si può certo dire di essere di fronte ad un personaggio conciliante: cabarettista, politico antisionista e attore, il comico francese è conosciuto nel proprio paese per la sua irriverenza, che più volte ha oltrepassato i limiti del buon gusto². Nondimeno, il polemista viene ricordato per avere “inventato” la *quenelle*, un gesto che ad alcuni ricorda il saluto nazista al contrario³ dal momento che consiste nel mettere un braccio verso il basso e nell'appoggiare la mano dell'altro sulla spalla opposta. L'espressione *glisser* (introdurre) *une quenelle*, poi, richiamerebbe la pratica sodomita⁴.

I fatti controversi hanno luogo durante uno spettacolo teatrale a Parigi e vengono ricostruiti dalla polizia giudiziaria grazie a un video caricato in rete. Da esso emerge l'intento del ricorrente di impegnarsi maggiormente rispetto alla rappresentazione precedente – definita dalla critica come «il più grande raduno antisemita dai tempi della seconda guerra mondiale» – dando vita ad un'«opera collettiva di *glissage de quenelle*»⁵.

Funzionale al raggiungimento dell'obiettivo appare dunque l'invito in scena rivolto alla «persona più infrequentabile di Francia» – conosciuta però «pochissimo» dal comico – la cui presenza è necessaria per realizzare «l'inferno»⁶: Robert Faurisson⁷.

Allo scrittore è dunque consegnato «il premio dell'infrequentabilità e dell'insolenza», ovverosia un candelabro a tre braccia, invece di sette, sopra le quali sono conficcate altrettante mele e che è retto da un uomo vestito con un pigiama a quadretti e con una stella di David⁸.

Il 27 gennaio 2009, interrogato dagli inquirenti, il cabarettista dirà di essere al corrente della reputazione «demoniaca» di Faurisson, ma di averne conosciuto con precisione le opinioni antisemite soltanto nello spazio di tempo intercorrente tra il loro primo incontro e il giorno dello spettacolo, aggiungendo che era nelle sue intenzioni concedere uno spazio di libertà di espressione e non di far trasalire l'uditorio; il premio, spiegherà, era soltanto quanto di più desueto e ridicolo fosse riuscito a trovare⁹.

² *Je suis Charlie Coulibaly* è, ad esempio, la recente esternazione da lui effettuata dopo la marcia a sostegno della libertà di espressione, a seguito dell'attentato ai membri della redazione del settimanale Charlie Hebdo e per la quale è stato condannato per apologia di terrorismo. Per la notizia, pubblicata nella versione on line del Corriere della Sera, [clicca qui](#).

³ [Maggiori informazioni](#) sulla vicenda sono reperibili sul sito internet www.lemonde.fr.

⁴ Sul punto, [maggiori informazioni](#) sono reperibili sul sito internet www.lefigaro.fr.

⁵ Corte EDU, Sez. V, 20 ottobre 2015, (*Dieudonné*) *M'bala M'bala c. France*, § 8.

⁶ *M'bala M'bala c. France*, *ibidem*.

⁷ Non è possibile in questa sede indugiare sulle tesi dell'ormai ex professore dell'Università di Lione 2, in particolare sull'inesistenza delle camere a gas; si rinvia pertanto a: R. FAURISSON, *Le problème des chambres à gaz*, in *Défense de l'Occident*, 1978, 32-40, consultabile [in lingua italiana](#) sul sito www.vho.org; S. THION, *Vérité Historique ou Vérité Politique? Le dossier de l'affaire Faurisson. La question des chambres à gaz*, Paris, 1980, in francese sul sito internet www.vho.org.

⁸ *M'bala M'bala c. France*, § 8. J.S., tecnico del suono e delle luci, giustifica la sua scelta, di cui si dice dispiaciuto, spiegando di avere realizzato da sé il costume, a partire da un pigiama acquistato ai grandi magazzini. La circostanza che lo stesso somigli a quello indossato dai deportati nei campi di concentramento sarebbe dovuta alla mancanza di assortimento, § 10.

⁹ *M'bala M'bala c. France*, § 12.

Rinviato a giudizio, il ricorrente è condannato per *injure raciste* perpetrata nei confronti di un gruppo di persone in ragione della loro origine o religione (ebraica nel caso di specie), tramite i mezzi di cui all'articolo 23 della legge 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa, al pagamento di un'ammenda pari a 10.000 euro, oltre che al risarcimento del danno a favore delle parti civili; a titolo di pena complementare il Tribunale dispone la pubblicazione di un annuncio sui quotidiani *Le Monde* e *Le Parisien-Aujourd'hui en France*.

La sentenza è confermata dalla Corte d'Appello senza sostanziali modifiche; infine il 16 ottobre 2012 la Corte di Cassazione rigetta il ricorso presentatole¹⁰. Esaurite le vie di ricorso interne *ex art. 35* della Convenzione, Dieudonné lamenta dinnanzi ai giudici di Strasburgo la violazione degli articoli 7, *nulla poena sine lege*, e 10, *libertà di espressione*, della CEDU.

2. «*Le prévenu a très largement excédé les limites admises du droit à l'humour*»: le motivazioni del giudice nazionale.

Prima di esaminare le considerazioni della Corte di Strasburgo sull'osservanza da parte dello Stato francese dell'articolo 10 Cedu, ci pare necessario dare conto degli esiti processuali interni della vicenda: in tal modo sarà possibile cogliere come i giudici (sia quello nazionale, che quello sovranazionale) abbiano operato senza soluzione di continuità.

Il *Tribunal de Grande Instance (TGI)*¹¹ accoglie in primo grado l'impostazione accusatoria, rigettando le eccezioni del ricorrente. Sotto il primo profilo si nota innanzitutto come il delitto di *injure raciste* risulti essere integrato dalla combinazione tra: il proposito di «impegnarsi di più»¹², l'obiettivo di *glisser une quenelle*¹³, e le modalità con cui quest'ultimo è stato raggiunto¹⁴, in particolare si fa riferimento alla consegna di un oggetto che evidentemente ricorda la "Menorah" ebraica. «*Ce sont donc bien les personnes d'origine ou de confession juive au "fondement" desquels le prévenu entend*

¹⁰ I passaggi, su cui ci si soffermerà a breve, sono scanditi in *M'bala M'bala c. France*, §§ 15, 18, 20.

¹¹ Alla cui sentenza ci si limiterà per la sostanziale coincidenza con la stessa delle motivazioni redatte dalla Corte d'Appello e di Cassazione.

¹² Per migliorare la qualifica di «più grande raduno antisemita dai tempi della seconda guerra mondiale» affibbiata dalla critica alla precedente performance, il ricorrente «indica di aver deciso che bisogna «*far meglio*» (corsivo nel testo della sentenza) rispetto a quell'occasione, ciascuno comprendendo che si tratta di un'antifrasi e che egli ha piuttosto l'obiettivo di far peggio», *M'bala M'bala c. France*, § 16, 7.

¹³ «Questa espressione figurata rinvia – in modo abbastanza chiaro, malgrado sembri essere stata specificamente inventata dall'imputato – al lessico proprio della scatology e della sodomizzazione», *M'bala M'bala c. France, ibidem*.

¹⁴ «Dieudonné M'bala M'bala [...] annuncia di avere invitato la «*persona più infrequentabile di Francia*», che presenta come la vittima delle «*milizie di occupazione israeliana*» (dirà successivamente «*le milizie sioniste*») e, servendosi di un linguaggio in codice, come un uomo che ha «*sviluppatto [...] delle tesi che appartengono a lui soltanto*». Costui è Robert Faurisson [...] così facendo [il ricorrente] non può che fare riferimento a ciò per cui l'ex professore universitario si è fatto ampiamente conoscere, ovvero la negazione dell'esistenza del genocidio degli ebrei perpetrato dal regime nazista», *M'bala M'bala c. France, ibidem*.

“glisser une quenelle”, en faisant acclamer un individu uniquement connu du public pour ses thèses négationniste, en le présentant comme le héros de valeurs positives et en lui faisant remettre cet hommage, sous la forme d’un emblème dénaturé de cette communauté, par un personnage ridiculisant les victimes juives des crimes même que nie la personne ainsi honorée»¹⁵.

Con riferimento al profilo delle eccezioni sollevate dal ricorrente, la Corte rigetta agilmente quella relativa alla presunta provocazione subita a seguito delle critiche precedentemente ricevute – sulla quale pertanto non ci si soffermerà –, mentre analizza la lamentata violazione del principio di *interprétation stricte* della legge penale¹⁶.

L’articolo 24 bis della legge del 29 giugno 1881 sulla libertà di stampa, introdotto dall’ articolo 9 della *Loi Gayssot*¹⁷, punisce al tempo dei fatti¹⁸ la contestazione, tramite uno dei mezzi indicati all’articolo 23, dell’esistenza di uno o più crimini contro l’umanità come definiti dall’articolo 6 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga, annesso all’Accordo di Londra dell’ 8 agosto 1945 e che sono stati commessi, tra l’altro, da un individuo dichiarato colpevole di tali crimini da una giurisdizione francese o internazionale. Tuttavia, secondo le argomentazioni del ricorrente, il contesto in cui si svolge la vicenda non è un “mezzo di diffusione” idoneo ad integrare gli estremi dell’articolo 23¹⁹. A tale proposito la Corte evidenzia che: a) la stella con la scritta “ebreo” appuntata su un pigiama a righe, simile a quello indossato dai deportati nei campi di concentramento, costituisce un

¹⁵ «Sono proprio le persone d’origine o di religione ebraica alle quali il ricorrente intende *glisser une quenelle*, acclamando un personaggio unicamente conosciuto dal pubblico per le sue tesi negazioniste, presentandolo come un eroe positivo e facendogli consegnare un omaggio, avente le fattezze di un simbolo alterato di tale comunità, da un soggetto che ridicolizza gli ebrei, vittime degli stessi crimini che la persona omaggiata nega», *M’bala M’bala c. France*, § 16, 8.

¹⁶ Articolo 111-4 c.p. francese: «*La loi pénale est d’interprétation stricte*»; sulla configurazione del principio di *interprétation stricte* nel diritto penale francese come corollario del principio di legalità (articolo 111-3 c.p. francese) ed avente valore costituzionale (*ex Cons. const., 16 luglio 1996, n. 96-377 DC, Rec., p. 87, consid. 11 e Cons. const., 5 maggio 1998, n. 98-399 DC, Rec., p. 245, consid. 8*) vd. B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 2013, 132 ; F. DESPORTES e F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, 154. Sui rapporti tra principio di *interprétation stricte de la loi pénale* e articolo 7 CEDU nella dottrina francese, v. ad es. M. TOULLIER, [L’interprétation stricte de la loi pénale et l’article 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales](#), in [www.revuedlf.com](#).

¹⁷ “Legge n. 90-615 del 13 luglio 1992 volta a reprimere ogni atto razzista, antisemita o xenofobo”, che trae la propria denominazione dal deputato comunista Jean-Claude Gayssot.

¹⁸ L’articolo 5 della legge n. 2014-1353 del 13 novembre del 2014 a rigore non ha modificato gli estremi del *Tatbestand*, ma, eliminando il rinvio al VI alinea dell’articolo 24 al fine di individuare la sanzione applicabile, precisa che oggi quest’ultima consiste nella reclusione massima di un anno e nell’ammenda che non ecceda i 45.000 euro (mentre, nella versione precedente, il VI alinea prevedeva la possibilità di comminarne anche una sola). Il testo degli articoli 24 e 24 bis della legge sulla libertà di stampa e le modifiche occorse nel tempo sono reperibili all’indirizzo [www.legifrance.gouv.fr](#).

¹⁹ Che contempla, invece, «i discorsi, le grida, le minacce pronunciati in luoghi o riunioni pubbliche, gli scritti, gli stampati, i disegni, le incisioni, gli emblemi, le immagini ovvero ogni altro supporto dello scritto, della parola o delle immagini venduti o distribuiti, messi in vendita o esposti in luoghi o riunioni pubbliche o attraverso manifesti o poster esposti al pubblico ovvero ogni altro mezzo elettronico di comunicazione con il pubblico», [www.legifrance.gouv.fr](#).

supporto scritto esposto in una pubblica riunione e b) che il già menzionato candelabro, *premio dell'infrequentabilità*, è a tutti gli effetti un emblema della religione ebraica²⁰.

L'ultimo punto degno di nota riguarda l'eventuale intento satirico della rappresentazione: il giudice di prime cure, sulla scorta di una *regula iuris* che ci sembra consolidata nel panorama giurisprudenziale francese²¹, ricorda che: «*le droit à l'humour connaît des limites, et spécialement le respect de la dignité de la personne humaine*»²².

Nella fattispecie controversa, annunciando la volontà di raggiungere il culmine della provocazione antisemita e tributando, con le modalità a cui si è fatto più volte riferimento, un riconoscimento ad un individuo conosciuto per le sue tesi negazioniste, l'imputato ha *très largement excédé les limites admises du droit à l'humour*²³ tramite una modalità espressiva oltraggiosa e sprezzante.

3. La violazione dell'art. 10 Cedu: «*Le requérant ne saurait prétendre [...] avoir agi en qualité d'artiste ayant le droit de s'exprimer par le biais de la satire, de l'humour et de la provocation*».

Sebbene i motivi di doglianza presentati siano due, la Corte EDU «*maîtresse de la qualification juridique des faits*» (§ 25), decide di pronunciarsi soltanto sul rispetto da parte dell'ordinamento giuridico francese dell'articolo 10 CEDU.

A tal proposito, precisando di condividere l'apprezzamento dei fatti effettuato dal giudice nazionale (§ 35), essa sottolinea che aver qualificato come «*affermazionisti*» i detrattori di Faurisson ha comportato una equiparazione tra «*fatti storici chiaramente stabiliti*»²⁴ e espressioni vietate dal diritto francese e sottratte dallo spettro applicativo dell'articolo 10 Cedu tramite l'articolo 17 Cedu. In secondo luogo, l'invito, rivolto dall'ex accademico al pubblico, a scrivere la parola «*affermazionisti*» «*in qualunque*

²⁰ «*Professionista dello spettacolo [...] il ricorrente non è riuscito a provare [...] che le circostanze fossero fortuite e determinate da contingenze puramente materiali. La doppia scelta, da un canto, di un candeliere, oggetto che, quando ha sette bracci, costituisce un emblema dell'ebraismo e che è stato svilito dalla riduzione degli stessi a tre e dalla sostituzione delle candele con le mele, e, dall'altro, di un costume che rievoca quello imposto ai deportati nei campi di concentramento ed inoltre qualificato come «*habit de lumière*», rende esplicita agli spettatori presenti tra il pubblico l'ambizione [...] di puntare all'essenza dell'antisemitismo», *M'bala M'bala c. France*, § 16, 8.*

²¹ «*La polemica o la satira politica cessano di essere tali laddove iniziano gli attacchi personali*», Cour de Cassation, Chambre criminelle, 17 marzo 2015, 13-86.811, inedita; nello stesso senso: Cour de Cassation, Chambre criminelle, 1 febbraio 2005, 04-81.517, inedita; Cour de Cassation, Chambre criminelle, 25 febbraio 2003, 02-82.534, inedita; Cour de Cassation, Chambre criminelle, 23 giugno 1999, 98-84.770, inedita («*il linguaggio eccessivo nelle pubblicazioni satiriche è la regola del genere e non costituisce né ingiuria né diffamazione finché non contiene attacchi personali*»); Cour de Cassation, Chambre criminelle, 24 ottobre 1995, 93-85.094, inedita. Le pronunce sono consultabili all'indirizzo: www.legifrance.gouv.fr.

²² *M'bala M'bala c. France*, § 16, 9.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Sul punto Corte EDU, *Lehideux et Isorni c. France*, 23 settembre 1998, § 47.

modo”²⁵ mistifica, secondo la Corte, la realtà dello sterminio ebraico, trasmettendo il messaggio che coloro che vi fanno riferimento siano mossi da una mera posizione ideologica, trattandosi di sionisti – *topos* ricorrente nel discorso negazionista²⁶. Oltre ad evidenziare la piena comprensione da parte dell’uditorio del tenore antisemita dello spettacolo – testimoniata dall’acclamazione “Faurisson ha ragione” – i giudici di Strasburgo rilevano che le posizioni politiche del polemista, affini a quelle del *Front National*, e la mancata spiegazione dell’espressione “migliorarsi” da lui pronunciata, concatenata agli eventi che l’hanno seguita, hanno indotto il pubblico a interpretare la stessa in stretta relazione con l’antisemitismo (§ 38)²⁷. D’altra parte, se è vero che negli spettacoli precedenti era stato introdotto in scena il “personaggio” del deportato ebreo anche in assenza del Faurisson, solo in quello esaminato dalla Corte viene consegnato il ributtante premio.

In questo contesto «oltraggiosamente grottesco» (*sic!* § 39) di odio e relativizzazione dell’Olocausto, non è ammissibile che un’idea veicolata per il tramite di un preteso spettacolo satirico, in contrasto con i valori di giustizia e pace alla base della Convenzione, riceva protezione *ex art.* 10 Cedu. La Corte, facendo applicazione dell’articolo 17 Cedu, con decisione definitiva rigetta a maggioranza il ricorso per incompatibilità *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione.

4. Il discorso *sub iudice* alla luce dei principi (giuridici e non) del genere satirico.

La controversia al vaglio dei giudici di Strasburgo consente di riflettere, dall’angolo prospettico del nostro ordinamento, sui caratteri e quindi sui limiti propri del diritto di satira in funzione scriminante *ex art.* 51 c.p.²⁸. Anche letto attraverso i paradigmi propri della dottrina e della giurisprudenza italiane, il discorso (negazionista) *de quo* non avrebbe potuto beneficiare di alcuna guarentigia.

Genere letterario nato nella nostra penisola²⁹, la satira (*rectius* il diritto di)³⁰ è al pari della cronaca e della critica³¹ una delle potenziali estrinsecazioni del pensiero che

²⁵ *M’bala M’bala c. France*, § 8, 3.

²⁶ *M’bala M’bala c. France*, § 36.

²⁷ P. CAROLI, *op. cit.*, attribuendo alla presenza di Faurisson rilevanza dirimente afferma invece: «La Corte [...] ritiene legittimo estendere la risposta punitiva dello Stato dalla repressione della condotta di negazionismo a quella di glorificazione o apologia non tanto del negazionismo, quanto della persona del negazionista. [...] La glorificazione della persona integrerebbe già di per sé un’offesa nei confronti della popolazione ebraica».

²⁸ «Con la sua ironia, il suo intento scherzoso (*animus iocandi*), la sua sincera non veridicità finalizzata alla dissacrazione delle persone di alto rilievo in un determinato contesto sociale, [la satira] rientra nella scriminante dell’esercizio di un diritto, *ex art.* 21 Cost. e art. 51 c.p.», Cass. Pen., sez. V, 20 settembre 2011, n. 1740, in *De Jure/Iuris Data*. Sull’operatività e sul fondamento della causa di liceità di cui all’art. 51 c.p. v. per tutti G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 534-539; F. VIGANÒ, *Sub art. 51*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI- G. MARINUCCI, Milano, 2006, 536 e ss.; M. ROMANO, *Art. 51- Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 540 ss; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. Pen.*, IV, Torino, 1990, 320 ss.

²⁹ «*Satura quidem tota nostra est*» affermava orgogliosamente M. F. QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, X, 1, 93.

tuttavia, in quanto prodotto dello spirito per eccellenza, gode di un trattamento giuridico peculiare.

Quello satirico è infatti un meta-discorso originato e alimentato dall'interazione e finanche dallo scontro tra *detto* e *non detto*, al fine di suscitare nell'uditorio, «attraverso la lente “deformante” della comunicazione derisoria»³², il (sor)riso, ma soprattutto la riflessione: «la finalità diretta del ‘fatto satirico’, che coincide con l'ilarità che suscita, è complementare al fine di porre all'attenzione del pubblico i comportamenti che spesso sommessamente e acriticamente questi accetta, condizionato com'è dal comune agire o dal progressivo affermarsi di costumi contrari ai principi sui quali (dice di) fonda(re) la società»³³.

³⁰ La qualificazione della satira in termini di diritto soggettivo costituzionale ed autonomo rispetto a quello di cronaca è effettuata da Trib. Roma 13 febbraio 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 1119 ss., annotata da M. DOGLIOTTI, *Al Bano, Romina, Arbore, D'Agostino: satira, privacy e mass media*, *ivi*, 1994, I, 171 ss.; da L. WEISS, *Diritto costituzionale di satira o diritto di pettegolezzo?*, *ibidem*, 181 ss. e da E. LOPEZ, *Sui limiti di liceità del diritto di satira*, *ibidem*, 198 ss.

³¹ Atteso il necessario ancoraggio all'art. 21 Cost. [vd. *inter plurimos* S. FOIS, *Principi costituzionale e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 424 ss.; A. BEVERE e A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale*, Milano, 2006; A. PACE, in A. PACE e M. MANETTI, *Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 2006, 123 ss.], la legittimazione della satira dovrebbe essere ulteriormente individuata, secondo taluno, nel combinato disposto degli artt. 9 e 33 Cost., come forma d'arte e cultura [L. BALESTRA, *La satira come forma di manifestazione del pensiero. Fondamento e limiti*, Milano, 1998, 13]; secondo altri, invece, il referente normativo ulteriore andrebbe ravvisato nell'art. 3 Cost., onde evitare «il rischio [...] di riconoscere cittadinanza, nel nostro ordinamento in genere e dunque pure sul versante penale, solo alla satira «colta» ed erudita» e per favorire la rimozione degli ostacoli che *de facto* impediscono la realizzazione dell'eguaglianza sostanziale, tramite, appunto, la soddisfazione del «bisogno di irridere personaggi noti e potenti», M. MANTOVANI, *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Dir. inf.*, vol. II, 1992, 295-333, 308. Tuttavia è stato evidenziato come da un canto, il “problema” della tutela della satira élitaria si supererebbe adottando una nozione ampia di cultura *ex art.* 9 Cost. (in questo senso, M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1998, 212), dall'altro come «a parte l'osservazione che appartiene al legislatore la valutazione in senso stretto di quelle che sono le diseguaglianze di fatto, non può non rilevarsi come sia dubbio che la satira costituisca non solo uno strumento ma addirittura mezzo indiretto di rimozione di quegli ostacoli, posto che appare più logico, se una funzione sociale le deve essere assegnata, ricomprenderla tra gli strumenti attraverso i quali si esercita un controllo», L. BALESTRA, *La satira*, *cit.*, 15-16. Sulla satira intesa come strumento di «controllo sociale verso il potere esercitat[o] con l'arma incruenta del sorriso ed idone[o] ad attenuare – magari con effetto non voluto – le tensioni sociali e ad accrescere il valore fondamentale della tolleranza» vd. Trib. Roma, 5 giugno 1991, in *Dir. inf.*, 1992, 65 ss. Per un quadro di sintesi sugli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali vd.: S. PERON, *Il diritto di satira: rassegna sui più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 746 ss.; G. BALLARANI, *Il labile confine della satira tra variabili interpretative soggettive e tentativi di inquadramento oggettivo*, in *Giust. Civ.*, 2008, 651 ss.

³² P. SIRACUSANO, *Vilipendio religioso e satira: “nuove” incriminazioni e “nuove” soluzioni giurisprudenziali*, in www.statoechiese.it, 9.

³³ S. D'ALFONSO, *Satira religiosa e vilipendio della religione nello Stato costituzionale di diritto*, in M. PARISI- V. TOZZI, *Immigrazione e soluzioni legislative in Italia e Spagna*, Campobasso, 2007, 127-158, 134. Ancora sul punto: «mentre nella comicità il riso è fine a se stesso, nella satira esso diviene un mezzo espressivo per raggiungere un fine ulteriore, più o meno serio. Del resto, la possibile commistione con elementi di

Il grado di “tolleranza” accordato alla satira stessa, specialmente se connotata politicamente, funziona poi da termometro per rilevare il livello di “surriscaldamento” delle relazioni tra Autorità e Individuo. Nondimeno, i limiti a questa imposti sono indubbiamente più laschi se confrontati con quelli relativi alla cronaca e alla critica³⁴.

La *Satura*, infatti, non avendo finalità informativa³⁵ e sostanziandosi di espressioni mordaci, graffianti e caricaturali non è tenuta a rispettare né il canone di verità né la misura della continenza: «moderare i potenti, smitizzare e umanizzare i famosi, umiliare i protervi»³⁶ non consentono alcuna «razionalità espressiva»³⁷. Non essendo poi ammissibile una lesione *ad nutum* dei beni giuridici dell’onore e della reputazione, è la *notorietà del personaggio-bersaglio* a fungere da criterio discrezionale tra liceità/illiceità, permettendo al pubblico, nell’ambito del c.d. *circuito d’intesa*, di cogliere l’intento dissacratorio³⁸. Specie se politica, la satira costituisce anche una «modalità corrosiva e spesso impietosa del diritto di critica»³⁹: in tale caso è indubbio che l’espressione satirica non possa servire ad eludere i più ristretti margini di impunità

comicità vale a conferire al genere satirico un carattere frizzante che lo rende più gradevole al pubblico», L. BALESTRA, *La satira*, cit., 1.

³⁴ Sui limiti di verità (oggettiva o putativa), pertinenza (utilità sociale dell’informazione) e continenza (forma “civile” dell’esposizione dei fatti e delle valutazioni), intesi come «criteri empirici, cripto-regole di origine giurisprudenziale, di creazione *prétorienne*, che servono da un lato, a garantire la libertà di apprezzamento del magistrato e, dall’altro, a dare rilevanza a specifici fatti concreti, a circostanze di specie che legittimano soluzioni peculiari e non sempre ripetibili», V. CARBONE, *La satira e il diritto all’identità personale*, in *Danno e resp.*, 1996, 590, in primo luogo v. Cass. 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2711, con nota di R. PARDOLESI; in *Giust. Civ.*, 1984, 2941 e ss., con commento di G. GIACOBBE, *Prime impressioni tecniche su una contestata sentenza*; in *Dir. inf.*, 1985, 152 ss., con commento di S. FOIS, *Il cosiddetto decalogo dei giornalisti e l’art. 21 Cost*; v. pure Cass. Pen., SS. UU., 30 giugno 1984, in *Foro it.*, 1984, II, c. 531, con nota critica di G. FIANDACA, *Nuove tendenze repressive in tema di diffamazione a mezzo stampa?*, che sottolinea «il tono forse eccessivamente didascalico, la pretesa pedagogica incline ad una certezza assoluta» della pronuncia. Parla di «riuscito tentativo di mediazione» da parte del giudice di merito tra cronaca/critica e diritti fondamentali della persona M. FORTINO, *I danni ingiusti alla persona*, Padova, 2009, 268 ss. Più recentemente sul c.d. *giornalismo di inchiesta* v. Cass., III Sez., 9 luglio 2010, n. 16236, in *GI*, 51. Cfr. inoltre A. GULLO, *Delitti contro l’onore*, in *Reati contro la persona*, estratto dal VII vol. del *Trattato Teorico – Pratico di Diritto Penale*, diretto da C. PIERGALLINI e F. VIGANÒ, II ed., Torino, 2015; ID., *Diffamazione e legittimazione dell’intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l’onore*, Roma, 2013; G. PANEbianco, *L’esercizio di un diritto*, in G. DE VERO, *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa. Trattato teorico-pratico di diritto penale*, coordinato da F. PALAZZO e C. E. PALIERO, vol. I, Torino, 2011, 329 e ss., 342-345; T. VITARELLI, *Diritto di cronaca e limiti*, in M. T. COLLICA – A. GULLO – T. VITARELLI, *I delitti contro l’onore*, a cura di P. SIRACUSANO, Torino, 2001, 124 e ss.; A. GULLO, *Diritto di critica e limiti*, *ivi*, 173 e ss.

³⁵ Trib. Roma, 13 febbraio 1992, cit.

³⁶ Pret. Roma, ord. 16 febbraio, 1989, in *Dir. Inf.*, 1989, 520 ss.

³⁷ Trib. Roma, 13 febbraio 1992, cit.

³⁸ A condizione che ci sia coerenza causale tra “pubblicità del personaggio” e “contenuto del discorso”. Sulla necessità del limite interno della notorietà cfr. M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, cit., 214; *contra* G. CORASANITI, *La libertà di sorriso*, in *Dir. inf.*, 1989, 536 e ss., 539-540; M. DOGLIOTTI, *Al Bano, Romina, Arbore, D’Agostino: satira, privacy e mass media*, cit., 180.

³⁹ Cass. Civ., sez. III, 8 novembre 2007, n. 23314, in *Corriere giur.*, 2008, 945 ss., con nota di O. FITTIPALDI, *Le peripezie del “diritto di satira” nella stagione delle “comunicazioni di massa” fra “diritto dell’informazione”, “diritto di cronaca” e tutela dei “diritti fondamentali della persona”*, 945 ss.; Cass. Civ., sez. III, 24 aprile 2008, n. 10656, in *Giust. Civ.*, 2008, 7-8, I, 1627.

riconosciuti alla critica stessa e non possa – ma si tratta di un limite generale – porsi in contrasto con i diritti fondamentali⁴⁰.

Nell'ambito delle scriminanti, inoltre, la dottrina tradizionale⁴¹ tendeva ad escludere la sussistenza di elementi soggettivi, quali, nel nostro caso, l'*animus iocandi*, vuoi per il criterio di imputazione oggettiva delle cause di giustificazione⁴², vuoi perché, per attribuire loro una qualche rilevanza, al fine di evitare una – in passato – “eretica” commistione tra antigiuridicità e colpevolezza, le fattispecie incriminatrici di ingiuria e diffamazione avrebbero dovuto richiedere il dolo specifico. Segnalata la confusione tra piano della disciplina e della struttura, M. Mantovani⁴³ ha ritenuto possibile la riconduzione dell'*animus iocandi* nell'alveo dell'esercizio del diritto di satira, giusta la pronuncia da parte della Corte Costituzionale della sentenza n. 364/1988⁴⁴. Con l'accoglimento della concezione normativa della colpevolezza, se dolo e colpa hanno una *Doppelfunktion* nel *Tatbestand*⁴⁵, allora la «tipicità del fatto e la sua illiceità constano anche di momenti soggettivi, oltre che di elementi oggettivi»⁴⁶. L'*animus* andrebbe quindi accertato secondo gli ordinari criteri in materia di dolo: *id quod plerumque accidit*, eventuali rapporti precedenti rancorosi ecc.

Ragionando sulla base dei principi appena esposti – che ci paiono affini a quelli dell'ordinamento francese⁴⁷ – questa vicenda non può *ontologicamente* farsi rientrare nell'ambito delle espressioni satiriche: Dieudonné, infatti, non rivolge i propri strali verso i potenti, non li umanizza né smitizza, anzi infierisce sui deboli, mira, piuttosto,

⁴⁰ «In questo ambito concettuale è stato, ulteriormente, affermato – sia dalla giurisprudenza penale sia da quella civile di legittimità – che la satira, al pari di ogni altra manifestazione del pensiero, non può infrangere il rispetto dei valori fondamentali della persona, per cui non può essere riconosciuta la scriminante di cui all'art. 51 c.p. per le attribuzioni di condotte illecite o moralmente disonorevoli, gli accostamenti volgari o ripugnanti, la deformazione dell'immagine in modo da suscitare disprezzo della persona e ludibrio della sua immagine pubblica (tra le varie Cass. 8.2.2012 n. 1753; Cass. 28.11.2008 n. 28411)», Cass. Civ., sez. III, 10 marzo 2014, n. 5499, in *De Iure/Juris Data*; Cass. Civ., sez. III, 28 novembre 2008, n. 28411, in *D&G*, 2008; Cass. Civ., sez. III, 8 novembre 2007, n. 23314, cit.; Cass. Pen., sez. V, 11 maggio 2006, n. 23712, in *De Iure/Juris Data*. Sul rispetto dei valori fondamentali della persona come limite di liceità della satira cfr. E. INFANTE, *Satira: diritto o delitto?*, in *Dir. Inf.*, 1999, 373 ss. Principi recentemente confermati da Trib. Milano, sez. X, 24 settembre 2015, n. 7624, Pres. est. Busacca, con nota di S. TURCHETTI, [Diffamazione aggravata da finalità di discriminazione etnica e diritto di satira. Ovvero: l'on. Mario Borghezio e il Dolce Stil Novo 2.0](#), in *questa Rivista*, 27 gennaio 2016.

⁴¹ I. CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, 138 e ss.; A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 codice penale e le libertà costituzionali*, Milano, 1983, 34 e ss. *Contra* però G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi delle scriminanti*, Padova, 1980.

⁴² Sul quale vd. per tutti G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 524 e ss.

⁴³ In particolare M. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 314 e ss.

⁴⁴ Corte Cost. (23 marzo) 24 marzo 1988, in [www.giurcost.org](#).

⁴⁵ Per tutti: M. DONINI, *Teoria del reato: una introduzione*, Padova, 1996, 282 ss.

⁴⁶ M. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 318.

⁴⁷ Ad es. v. Cass., chambre criminelle, 24 ottobre 1995, n. 93-85094, consultabile su [www.legifrance.gouv.fr/limitRechJuriJudi.do](#): «La prudenza, il rigore, la misura, l'oggettività che caratterizzano la buona fede risultano estranei alle pratiche dell'umorista o dell'artista satirico; costoro, infatti, beneficiano tradizionalmente di un'ampia tolleranza nella valutazione delle critiche che rivolgono ai politici; i loro soli limiti, sebbene l'eccesso appaia come la regola, sono gli attacchi alla vita privata delle persone coinvolte [...]; la satira politica cessa laddove cominciano gli attacchi personali».

al mero dileggio e ad avvillire, tramite una scenetta raccapricciante, il popolo ebraico e la sua cultura. Le affermazioni da questi pronunciate non sono di certo finalizzate a suscitare alcuna riflessione: il sorriso amaro che la satira dovrebbe provocare è del tutto assente, perché per la miseria dell'Olocausto si può soltanto essere affranti.

Il caso di specie sembra in verità potersi considerare come un'ipotesi palmare e al contempo paradigmatica di *eccesso (doloso) nei fini* dell'esercizio di un diritto: «[...] la possibilità di sostenere che lo sconfinamento del diritto di satira in una critica diffamatoria si è verificato non per dolo, ma per aspetti di leggerezza, di scarsa ponderazione nell'uso delle espressioni verbali e/o scritte adottate per il perseguimento del fine umoristico – congiunto a quello di critica – avuto di mira dall'agente è» infatti «inversamente proporzionale alla sua professionalità e alla sua esperienza nell'attività di comico. Soltanto nei confronti di chi non è aduso a questo genere di attività potrà concepirsi che, specie quando questa si svolga in forma verbale [...] il predetto sconfinamento si verifichi a causa di un difetto di attenzione sul senso delle parole impiegate, vale a dire per colpa»⁴⁸. Divertente o meno, Dieudonné è un umorista di professione, al quale non può che chiedersi un rigore maggiore rispetto al *quivis de populo*.

La Corte EDU, che è solita riconoscere ampi margini di operatività alla libertà di espressione e in particolare alla satira⁴⁹, ribadisce, da un angolo prospettico inedito, che accostamenti volgari e ripugnanti come quelli del caso di specie non sono ammissibili. Quando la presunta satira si contamina con il negazionismo, la forza attrattiva dell'art. 17 CEDU⁵⁰ prevale sul procedimento triadico di cui all'art. 10 CEDU, che costituisce, invece, la regola in materia di "semplice" discorso satirico (ancorché su materie parimenti sensibili⁵¹).

⁴⁸ M. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 331.

⁴⁹ «La satira è una forma di espressione artistica e di commento sociale, la quale, tramite l'esagerazione e la distorsione della realtà, mira naturalmente a provocare ed agitare. Di conseguenza, qualsivoglia interferenza con un tale diritto deve essere esaminata cautamente», *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, 25 gennaio 2007, cit., § 33. Nello stesso senso *Alves da Silva c. Portogallo*, 20 ottobre 2009, cit., § 27; *Eon c. Francia*, sez. V, 14 marzo 2013, ric. n. 26118/10, § 60, con nota di I. GITTARDI, [Vilipendio al Presidente della Repubblica e libertà di espressione alla luce della Convenzione europea](#), in *questa Rivista*, 19 giugno 2013.

⁵⁰ Sul quale si tornerà a breve, § 5.

⁵¹ Emblematico è sul punto il caso *Leroy c. Francia*, sez. V, 2 ottobre 2008, ric. n. 36109/03. Il ricorrente è colpevole, secondo la legge francese, di complicità in apologia di terrorismo, per avere realizzato una vignetta elogiativa dell'attentato alle Torri Gemelle pochi giorni dopo l'11 settembre 2001 (pubblicata precisamente il 13 settembre). Malgrado il disegnatore sostenga di aver voluto esprimere, per il mezzo della satira, il proprio antiamericanismo e criticare il declino dell'imperialismo statunitense, la Corte, dopo aver verificato che la limitazione alla libertà di espressione fosse prevista dalla legge e perseguisse un fine legittimo, si pronuncia in senso affermativo sulla sussistenza della necessità in una società democratica della restrizione applicata: il caos derivato a livello mondiale a seguito dei tragici avvenimenti, il breve lasso di tempo in cui è avvenuta la pubblicazione, la glorificazione della distruzione del capitalismo e quindi la lesione della dignità delle vittime (§§ 36 ss.) comportano, anche alla luce della moderata sanzione pecuniaria applicata dal giudice nazionale, l'assenza di violazione da parte dello Stato francese. («In queste circostanze ed avuto riguardo in particolare al contesto nel quale la caricatura incriminata è stata pubblicata, la Corte ritiene che la misura adottata nei confronti del ricorrente non è sproporzionata al fine legittimo perseguito», § 47).

5. Art. 17 CEDU. *Nihil sub sole novi*: anche la ridicolizzazione delle vittime tra le condotte che sviliscono la dignità umana.

Il carattere eccezionale della “repressione” del discorso negazionista, «autentico nodo nevralgico della politica criminale europea»⁵², emerge, come si è detto, anche nel caso in esame: l’applicazione di uno statuto restrittivo speciale alla negazione dell’Olocausto è ormai un *modus procedendi* consolidato nella giurisprudenza della Corte EDU⁵³. Siffatto regime trova la propria giustificazione nel tentativo di fornire alla democrazia gli strumenti per proteggersi da coloro che, strumentalizzandone il contenuto, vogliono sovvertirne l’essenza. Non stupisce allora che l’art. 17 CEDU, norma «a geometria variabile»⁵⁴ dal dichiarato carattere *anti-liberticida*, abbia suscitato un vivace dibattito dottrinale⁵⁵ perché, «con la forza suggestiva dell’«atto mirante alla distruzione delle libertà», [...] squilibra in modo travolgente ogni accorta operazione di bilanciamento tra gli interessi contrapposti»⁵⁶, rappresentando «il perno di un

⁵² Così G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, a cura di G. DE VERO e G. PANEBIANCO, Torino, 2007, 49.

⁵³ La clausola dell’*abuso del diritto* non è però un *unicum* dell’ordinamento delineato in seno al Consiglio d’Europa. Condividono la medesima struttura e finalità, ad esempio, l’art. 30 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, l’art. 5 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, l’art. 54 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea e con specifico riferimento all’ordinamento giuridico tedesco gli artt. 18 e 21 della *Grundgesetz*.

⁵⁴ A. SPIELMANN, *La Convention européenne des droits de l’homme et l’abus de droit*, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, 1998, 682-683. A conferma di questa definizione, nel caso *Perinçek* (Grande Camera), su cui vd. a breve, il giudice Silvis, nell’ulteriore *dissenting opinion*, cui aderiscono i giudici Casadevall, Berro e Kūris individua quattro differenti approcci in materia di «negazione dei genocidi e (altre) forme di *hate speech*».

⁵⁵ In particolare per la dottrina straniera vd. *inter multos* J. VELU – R. ERGEC, *La Convention Européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 1990, 138-139, n. 176; J. F. FLAUSS, *L’abus de droit dans le cadre de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, in *Rev. Univ. Dr. H.*, 1992, 462 ss; P. LE MIRE, *Article 17*, in *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, L. E. PETTITI, E. DECAUX e P. H. IMBERT (a cura di), Parigi, 1999, 509 ss; S. VAN DROOGHENBROECK, *L’article 17 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme est-il indispensable?*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, 541 ss.; D. KEANE, *Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, 641 ss.; H. CANNIE – D. VOORHOOF, *Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, 54 ss.; A. BUYSE, *The limits of freedom of expression from an abuse of rights perspective - Articles 10 and 17 ECHR*, in *Shaping Rights in the ECHR*, E. BREMS, J. GERARDS (a cura di), Oxford, 2014, p. 183 ss. Con riferimento alla dottrina italiana cfr. F. LOSURDO, *Il divieto di abuso del diritto nell’ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, 2011; A. TERRASI, “Art. 17”, in *Commentario Breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), Padova, 2012, 570 ss.; M. SPATTI, “Hate speech” e negazionismo tra restrizioni alla libertà d’espressione e abuso del diritto, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 2/2014, 341 ss.; P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *RIDPP*, n. 4/2014, 1815 ss.; ID., *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime*, in *European Journal of International Law*, n. 1/2015, 237 ss.

⁵⁶ G. DE VERO, *op. ult. cit.*, 50.

compromesso tra la salvaguardia di interessi generali della comunità e il rispetto dei diritti individuali»⁵⁷ e sfuggendo ad un sicuro inquadramento quanto ai relativi margini di operatività.

La Commissione EDU, che prima dell'entrata in vigore del Protocollo 11 delibava l'ammissibilità dei ricorsi, vi fa riferimento, *ab origine*, per «salvaguardare il libero funzionamento della società democratica»⁵⁸ e per evitare che i gruppi totalitari sfruttino nel loro interesse i principi enunciati dalla Convenzione⁵⁹. Tuttavia, a partire dal caso *Kühnen c. Repubblica federale tedesca*⁶⁰, avente ad oggetto l'incitamento alla ricostruzione del partito nazionalsocialista, essa compie il primo passo per l'ampliamento della portata applicativa dell'*abuse clause*: non più limitata alle attività prettamente connesse alla restaurazione dei regimi totalitari, ma, più in generale, estesa a quelle contrarie *al testo e allo spirito della convenzione* ovvero ai *valori di pace e giustizia*⁶¹.

Sotto il profilo delle modalità operative, ad una versione che può definirsi mite [a) *ad adiuvandum*, cioè in grado di introdurre nel tessuto argomentativo di una decisione l'interesse alla pacifica coesistenza della popolazione nell'ambito dello Stato convenuto ovvero b) *apparentemente ad abundantiam*, quando è stata già decisa la sorte della limitazione oggetto di doglianza sotto il paradigma della *necessità*⁶²], si affianca l'applicazione *pura e semplice* della disposizione, che, al di fuori di ogni logica di bilanciamento, *ghigliottina* il presunto diritto in gioco, comportando principalmente la dichiarazione di inammissibilità del ricorso⁶³.

⁵⁷ «[S]ugellato nella formula tedesca della *wehrhafte* (o *streitbare*) *Demokratie* [...] un modello politico che si spiega mediante il c.d. *paradosso della tolleranza*, di popperiana memoria, secondo cui sarebbe necessario “proclamare, in nome della tolleranza, il diritto di non tollerare gli intolleranti”», così P. LOBBA, *op. ult. cit.*, 1825, che fa riferimento a K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici – 1. Platone totalitario*, Roma, 1973, 360.

⁵⁸ Comm.EDU, *Kommunistische Partei Deutschland c. Germania*, 20 luglio 1957, 250/57, in *European Commission of Human Rights. Documents and decisions 1955-1956-1957*, The Hague, 1959, 222 ss.

⁵⁹ Comm.EDU, *Glimmerveen and Hagenbeek v. Paesi Bassi*, 11 ottobre 1979, 8348/78-8406/78, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, The Hague – Boston – Lancaster, 1980, 367 ss.

⁶⁰ [Commissione EDU, Kühnen v. Repubblica federale tedesca, 12 maggio 1988, 12194/86](#), scaricabile sul sito www.article19.org.

⁶¹ In questo senso H. CANNIE – D. VOORHOOF, [The Abuse Clause in International Human Rights Law: An Expedient Remedy against Abuse of Power or an Instrument of Abuse Itself?](#), in *Bullying and the Abuse of Power*, K. K. P. VANHOUTTE e M. LANG (a cura di), Oxford: Inter-Disciplinary Press, 2010, 117–124, 118. Cfr. ad es. Corte EDU, *Norwood v. United Kingdom*, (dec.) 16 novembre 2004, 23131/03 e Corte EDU, *Pavel Ivanov v. Russia*, (dec.) 20 febbraio 2007, 35222/04.

⁶² In questi termini P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione*, cit., 1832, che indica come esempi del tipo a) Corte EDU, *Remer v. Germany*, (dec.) 6 settembre 1995, 25096/94; Corte EDU, *Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Germany*, (dec.) 29 novembre 1995, 25992/94; Corte EDU, *D. I. v. Germany*, (dec.) 26 giugno 1996, 26551/95; Corte EDU, *Hennicke v. Germany*, (dec.) 21 maggio 1997, 34889/97; come esempi del tipo b) Corte EDU, *Honsik v. Austria*, (dec.) 18 ottobre 1995, 25062/94; Corte EDU, *Pierre Marais v. France*, (dec.) 24 giugno 1996, 26551/95.

⁶³ Sulle conseguenze negative dell'*effetto ghigliottina* [espressione per la prima volta usata da J.F. FLAUSS, *op. ult. cit.*, 464], oltre a quella indicata nel testo, vd. H. CANNIE – D. VOORHOOF, *Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*, cit., 68-72, che denunciano sia l'accantonamento del criterio della proporzionalità, sia il rischio che ciascuno Stato possa, invocando l'*abuse clause*, sottrarsi ad una adeguata giustificazione circa una eventuale restrizione a livello interno di un diritto di libertà.

Premesso in *Lehideux e Isorni c. Francia* il *modus decidendi* dinnanzi alla negazione di fatti storici chiaramente stabiliti⁶⁴, la Corte, plausibilmente sull'assunto per cui la negazione dell'Olocausto ha fatto parte del progetto genocidario⁶⁵, adotta quest'ultimo paradigma – il caso oggetto di esame lo conferma – da circa un ventennio, con alcune variazioni sul tema⁶⁶.

In questo panorama fa eccezione la vicenda *Perinçek c. Svizzera* sul genocidio armeno, recentemente passata anche al vaglio della Grande Camera⁶⁷.

La sentenza del 17 dicembre 2013 fornisce dei criteri alla stregua dei quali valutare la punibilità di espressioni dal carattere negazionista, consentendo di individuare i *limiti interni* all'applicazione dell'art. 17 CEDU rispetto alla tipologia di discorso in esame.

Stando alle motivazioni della II Sez., la clausola dell'abuso del diritto non opera quando la negazione ha ad oggetto: 1) *l'inquadramento giuridico* del fatto (diversamente, invece, per l'accadimento storico in sé); 2) quando la condotta *non incita all'odio né alla violenza*; 3) se *manca* una manifestazione di *disprezzo* nei confronti delle vittime. Il "test *Perinçek*" è affinato dalla Grande Camera nella sentenza del 15 ottobre 2015, che nel confermare la decisione precedente, fornisce ulteriori elementi. In particolare i giudici europei evidenziano che l'incitamento all'odio e alla violenza vengono presunti nei casi di negazionismo dell'Olocausto⁶⁸ e che l'offensività del discorso, nonché l'allarme da esso suscitato, vanno inquadrati tanto nel contesto spazio-temporale in cui lo stesso è

⁶⁴ Vd. nt. 27.

⁶⁵ P. WACHSMANN, *op. ult. cit.*, 585 e M. LEVINET, *La Fermeté Bienvenue de la Cour Européenne des Droits de L'Homme Face au négationnisme Obs. S/La Decision du 24 juin 2003*, GARAUDY C. FRANCE, in *Rev. trim. dr. h.*, n. 59/2004, 653-662, 653.

⁶⁶ Nel caso *Garaudy c. France*, (dec.) 24 giugno 2003, 65831/01, in *Giur. it.*, 2005, 2241 ss., con nota di A. BURATI, *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo*, si è fatto riferimento alla negazione dei crimini contro l'umanità, senza che, nota P. LOBBA, *op. ult. cit.*, 1835, la Corte abbia spiegato esplicitamente il perché di questa diversione rispetto al modello del "fatto storico chiaramente stabilito". Invece in *Witzsch v. Germany* (2), (dec.) 13 dicembre 2005, 7485/03, i giudici di Strasburgo censurano l'affermazione del ricorrente, collaterale rispetto al "fatto storico in sé", ma *equally significant and established*, sulla mancanza di prove che Hitler avesse organizzato lo sterminio ebraico, trascurando il carattere privato della condotta.

⁶⁷ Su *Perinçek v. Switzerland*, Sez. II, (dec.) 17 dicembre 2013, 27510/08, vd. E. SOMMA, *Negazionismo e genocidio armeno. Libertà di espressione e diritto alla menzogna secondo la Corte EDU*, in *RIDPP*, n. 2/2015, 1046 ss.; P. LOBBA, *A European Halt to Laws Against Genocide Denial? In Perinçek v. Switzerland, the European Court of Human Rights Finds that a Conviction for Denial of Armenian 'Genocide' violates Freedom of Expression*, in *EuCRL*, n. 1/2014, 59-77; ID., [Un "arresto" della tendenza repressiva europea sul Negazionismo. Punire la contestazione del "genocidio" armeno viola l'art. 10 Cedu](#), in *questa Rivista*, 15 gennaio 2014; S. EUGENIO, *Punire il negazionismo contrasta con la Cedu? Nota a Corte eur. Dir. Uomo sez. II 17 dicembre 2013 (Perinçek c. Svizzera)*, in *Cass. Pen.*, n. 4/2014, 1409 ss.; N. HERVIEU, [Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à la lutte contre l'extrémisme](#), in *La Revue des droits de l'homme*, 13 gennaio 2014; M. MONTANARI, [La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia sul problematico bilanciamento tra il diritto alla libertà di espressione e l'esigenza di reprimere il negazionismo del genocidio armeno](#), in *questa Rivista*, 7 gennaio 2014. Sulla sentenza della Grande Chambre del 15 ottobre 2015, vd. M. MONTANARI, [Libertà di espressione e dignità delle vittime in un caso di negazionismo del genocidio armeno: si pronuncia la Grande camera della Corte edu](#), in *questa Rivista*, 21 ottobre 2015 e G. BORGNA, *Il genocidio armeno (non) passa in giudicato: in margine al caso Perinçek*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 3/2015, 697-704.

⁶⁸ *Perinçek v. Switzerland*, Grande Camera, 15 ottobre 2015, 27510/08, § 234.

pronunciato⁶⁹, quanto alla luce dell'intenzione dello *speaker*⁷⁰. Beninteso, questo non significa che nel merito le argomentazioni della sentenza non siano criticabili. Parlare di incitamento all'odio e alla violenza significa far riferimento a concetti evanescenti⁷¹, come pure, per quanto attiene alla sentenza della Grande Camera, i fattori spazio-temporali si prestano a ficcanti obiezioni⁷². La pronuncia va tuttavia apprezzata per la buona fede della Corte⁷³, che tenta di recuperare le guarentigie accordate alla libertà di espressione, lungi dal gerarchizzare l'intensità delle sofferenze. Dal caso *Perinçek* si possono trarre due conclusioni: da un canto si conferma la natura doppiamente derogatoria dell'art. 17 CEDU in presenza della negazione della *Shoah*, dall'altro sembrerebbe doversi dedurre, al ricorrere dei requisiti summenzionati, la legittimità convenzionale dei reati di opinione.

Da ultimo, nel caso *M'bala M'bala c. Francia* i giudici di Strasburgo confermano la particolare protezione accordata alla *Shoah*, ampliando – o sarebbe più corretto dire esplicitando – ulteriormente lo spettro operativo dell'art. 17 CEDU. È la stessa Corte, infatti, a dichiarare che quest'ultimo debba trovare applicazione non solo ai discorsi di coloro che *apertis verbis* negano l'eccidio ebraico, ma anche a quelli di chi, in maniera strisciante e allusiva (*peius* millantando di fare satira), vogliono rimettere in discussione l'Olocausto stesso, traumatizzando coloro che vi sono sopravvissuti. Sembra che proprio per giustificare la portata oramai onnicomprensiva della clausola di abuso del diritto connessa alla negazione del genocidio ebraico, i giudici si siano profusi in una tanto inusuale, quanto apprezzabile analisi delle circostanze del caso concreto. Tuttavia è probabile, malgrado una smentita in futuro sia da salutare favorevolmente, che la Corte resisterà ad utilizzare il paradigma – al momento riaffiorato – de “*in the light of the case as a whole*”⁷⁴: se, come la giurisprudenza fin qui considerata dimostra, l'obiettivo dei giudici europei è quello di imprimere uno stigma alle condotte rientranti in questo

⁶⁹ Sul fattore spaziale e temporale vd. *Perinçek v. Switzerland*, *ult. cit.*, rispettivamente §§ 243-246 e § 250.

⁷⁰ *Perinçek v. Switzerland*, *ult. cit.*, § 252: «La Corte è consapevole dell'immensa importanza degli avvenimenti per il popolo armeno[...]», tuttavia non ritiene le affermazioni particolarmente lesive della dignità in quanto «dal tenore generale delle stesse il ricorrente non è giunto alla conclusione che gli armeni meritassero di subire le atrocità e l'annichilimento».

⁷¹ Cfr. P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione*, cit., 1847.

⁷² Compendiate nella *dissenting opinion* congiunta dei giudici Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis e Kūris, in particolare: § II, «minimizzare l'importanza delle affermazioni del ricorrente, cercando di limitare la loro portata dal punto di vista geografico, significa indebolire l'ambito universale ed *erga omnes* dei diritti umani – la tipica caratteristica che oggi li definisce», e § III in cui, con una punta di sarcasmo, si legge «dobbiamo inferire che tra venti o trent'anni, la negazione dell'Olocausto *tout court* potrebbe costituire libertà d'espressione? Come si coniuga quest'affermazione con l'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità?».

⁷³ Depone in questo senso l'*opinion concordante* dei giudici Raimondi e Sajó, in seno alla sez. II (e non vi è ragione di ritenere diversamente quanto alla pronuncia della Grande Camera): «Ci sono delle occasioni in cui i giudici [...] hanno un particolare obbligo morale di chiarire la loro posizione alle persone coinvolte dalla sentenza [...]. Forse i membri della comunità armena si sentiranno abbandonati, anzi traditi, dalla posizione della maggioranza in questa causa. Forse arriveranno alla conclusione che una volta ancora, non si dimostra loro tutta la comprensione e il rispetto che meritano[...]. Ci esprimiamo in questa sede, anticipando tale reazione[...]».

⁷⁴ Su questo modello cfr. ad es. il caso *Handyside*, cit., § 50.

ambito, è sufficiente creare un precedente e limitarsi ad un richiamo sbrigativo dello stesso per l'avvenire, atteso che il biasimo è tanto più efficace quanto più si mantenga viva la differenza rimarchevole tra art. 10 § 2 e art. 17 (cioè tra analisi di tutte le circostanze ed esclusione in radice dalla protezione).

Senza dimenticare dei rischi di omogeneizzazione dei beni giuridici tutelati dalle norme degli Stati in seno al Consiglio d'Europa⁷⁵, nel contesto della negazione dell'Olocausto alla «volontà tesa a scagionare i colpevoli delle violazioni, attenuarne le responsabilità o approvarne le azioni» e «alla finalità – magari celata dietro lo schermo del revisionismo storico – di confutare l'entità del dolore subito dalle vittime e minimizzare la tragicità del loro destino»⁷⁶, si aggiunge la ridicolizzazione delle vittime stesse. *Nihil sub sole novi* a ben meditare: si rende palese un'ulteriore modalità con cui può essere sferrato l'attacco alla dignità dei reduci dai campi di sterminio e alle fondamenta assiologiche della cultura europea.

L'invito è a non abbassare la guardia, perché la ferita della *Shoah*, ovvero la “colpa” da cui hanno tratto vita ed alimento i contemporanei sistemi di protezione internazionale dei diritti umani, non si (deve) rimargina(re?).

6. Il cambiamento di rotta nell'approccio nazionale ad un'(ancora) ipotetica fattispecie criminosa di negazionismo.

La criminalizzazione del negazionismo è diventata col tempo uno dei più appassionati temi di ricerca della nostra dottrina, che si interroga costantemente sulla necessità e sull'opportunità dell'opzione penalizzatrice⁷⁷. È pacifico che lo strumento

⁷⁵ Sulla tendenza della Corte ad elevare il rispetto dei diritti fondamentali ad emblema fondante la nuova costruzione identitaria europea e sui rischi connessi alla valorizzazione di un ordine pubblico ideale europeo in tema di libertà di espressione si rinvia *in toto* alle argomentate considerazioni di P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione*, cit., 1846 ss. Di «ermeneutica finalizzata all'inveramento di una moralità universale» parla C. CARUSO, *Dignità degli «altri» e spazi di libertà degli «intolleranti»*. Una rilettura dell'art. 21 Cost, in *Quad. cost.*, n. 4/2013, 795-821, 801. Sulla contrarietà di un tale *modus procedendi* alla funzione sussidiaria della Corte EDU e al margine di apprezzamento lasciato agli Stati membri del Consiglio d'Europa v. D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti Nazionali e Corte Europea di Strasburgo*, Milano, 2012, 110 ss.

⁷⁶ P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione*, cit., 1842.

⁷⁷ Vd. da ultimo il IV Convegno Nazionale Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, “*La Criminalizzazione del Dissenso. Legittimazione e Limiti*”, Genova 13-14 novembre 2015, in occasione del quale si è dedicato un intero panel al tema “*Punire il Negazionismo?*”.

In materia cfr. *ex plurimis*: D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla “menzogna di Auschwitz”*, Milano, 2012; 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, 101 ss.; M. CAPUTO, [La “menzogna di Auschwitz”, le “verità” del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità](#), in *questa Rivista*, 7 gennaio 2014 (ora anche in G. FORTI – G. VARRASO – M. CAPUTO, “*Verità” del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 263 ss.); M. CASSANO, *Negazionismo ed opportunità di una risposta penale*, in *Criminalia*, 2013, 271 ss.; V. CUCCIA, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Rass. Parl.*, 2007, 857 ss.; C. DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare ma nemmeno punire. Alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo*, in *Criminalia*, 2013, 285 ss.; G. DELLA MORTE,

penale, cercando «sempre di imprigionare la complessità del volere e del fare nella semplicità del linguaggio»⁷⁸, rischia di esporsi, qui più che altrove, ad uno scollamento tra substrato fattuale della condotta (i.e. la negazione della Shoah con i suoi *refrain* tipici⁷⁹) e normativizzazione della stessa. Se il primo profilo non desta alcuna preoccupazione, in quanto le tesi negazioniste non meritano certo dignità accademico-scientifica⁸⁰, in merito al secondo permane sempre il bisogno di un'intima coerenza tra politica criminale e categorie dogmatiche, affinché l'esercizio del magistero punitivo sia non solo razionale, ma anche credibile.

La premessa non appaia superflua. Questo fenomeno subdolo e strisciante, che molti ordinamenti hanno finito per regolare⁸¹, si sostanzia infatti di un'abissale divergenza tra significante, l'*habitus* del diniego, e significato, non circoscritto al mero

L'introduzione del reato di negazionismo in Italia. Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2014, 1181 ss.; A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa, "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, XIV ss.; E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in *RIDPP*, n. 3/1999, 1034-1074; ID., *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 2008, 27 ss.; ID., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; E. FRONZA – A. GAMBERINI, [Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato](#), in questa Rivista, 29 ottobre 2013; F. GUELLA – C. PICIOCCHI, *Liberata manifestazione del pensiero tra fatti di sentimento e fatti di conoscenza*, in *Quad. cost.*, n. 4/2013, 849 ss.; J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 1193 ss.; M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, 41 ss.; A. MERLI, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, 2008; O. POLLICINO, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.1/2011, 85 ss.; S. PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quad. cost.*, n.4/2013, 879 ss.; D. PULITANO, [Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio](#), in questa Rivista, 16 marzo 2015; C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013; G. E. VIGEVANI, *Radici della costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 217 ss.

⁷⁸ L'efficace espressione è di M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, 750 ss., 756.

⁷⁹ Otto sono gli assiomi del negazionismo formulati dall'*Institute of Historical Review* nel 1973, sui quali vd. A. DI GIOVINE, *op. ult. cit.*, XVI. Tecniche e i metodi del linguaggio negazionista vengono analizzati nei fondamentali studi di V. PISANTY, tra cui: *Abusi di memoria. Negare, sacralizzare, banalizzare la Shoah*, Milano, 2012; ID., *L'irritante questione delle camere a gas: logica del negazionismo*, Milano, 1998; ID., *Come si nega un fatto: le strategie interpretative dei negazionisti*, in M. FLORES (a cura di), *Storia, Verità, giustizia. I crimini del XX secolo*, Milano, 2009.

⁸⁰ Ogni storico è di mestiere ontologicamente revisionista, nel senso che deve poter "aggiornare" o quantomeno "mettere in dubbio", *sine ira et studio*, le proprie conclusioni quando emergano nuovi elementi da valutare; il negazionista, invece, mistifica la realtà, in una «contrapposizione autistica tra i fatti e la propria versione», C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, cit., 46. Più precisamente, questi ultimi «vengono nascosti, stravolti, usati per provare ora questa, ora quella opinione; gli eventi si spezzettano, i loro nessi causali anche ampissimamente accertati e testimoniati si dissolvono, e i fatti isolati diventano disponibili a tecniche di vero e proprio "montaggio" per sostenere o negare, di volta in volta, quanto serve ad avvalorare la tesi desiderata», E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., XVIII-XIX. È in fondo per questa ragione che non si può sostenere strenuamente che un intervento penale in materia limiterebbe la ricerca scientifica: i *gap* logici nel discorso negazionista e ancora peggio la *pervicacia* che li contraddistingue sono incompatibili con la ricerca storica – e queste valutazioni costituirebbero il *prius* dell'esercizio di un'eventuale azione penale anche da parte di chi storico propriamente non è.

⁸¹ Per tutti vd. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., 15 ss.

“dire che non”, ma idoneo a scoperchiare un “vaso di Pandora”, poiché mette a nudo la richiesta di morte di un terzo⁸².

Per questa ragione, qualora un ordinamento pensi di farsi giuridicamente carico di una tale mostruosità, non soltanto per il tramite di una *loi mémorielle*⁸³, ma servendosi dello *jus terribile* per eccellenza, l’interprete deve affrontare il ginepraio della laicità e del bene giuridico, nel cui sfondo campeggia la libertà di espressione-«pietra angolare dell’ordinamento democratico»⁸⁴, che in Europa conosce limitazioni più pregnanti che altrove⁸⁵.

⁸² In questo senso M. CAPUTO, *op.ult. cit.*, 20. Come già osservato da G. BATESON, *Steps to an ecology of mind*, 1974, trad. it., *Verso un’ecologia della mente*, Milano, 1976, ciascun comunicatore procede in ogni atto comunicativo su due livelli distinti e interdipendenti al contempo: quello della *notizia*, vale a dire degli enunciati che produce e quello del *comando*, ovvero l’indicazione all’interlocutore del valore comunicativo da attribuire alla prima; indicazione fornita, ad esempio, in base ai gesti e all’intonazione. Nel caso di specie, se si tenta di nascondere l’aberrazione dello sterminio [notizia], si riproduce «l’annientamento dei singoli e del popolo vittima dei massacri e [si] cancellan[d]o – come se non fossero mai nati – tutti coloro che sono stati uccisi nei campi di sterminio e dei quali si nega la morte», M. CAPUTO, *op. ult. cit.*, 18, fino a insinuare che “si poteva fare di più” [comando] – non dissimilmente dalla vicenda del cabarettista Dieudonné, da cui queste considerazioni traggono spunto.

⁸³ Cfr. A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost.*, 2009, 7 ss. La legge 20 luglio 2000, n. 211, **Istituzione del “Giorno della Memoria” in ricordo dello sterminio e delle persecuzioni del popolo ebraico e dei deportati militari e politici italiani nei campi nazisti** recita: art. 1- La Repubblica italiana riconosce il giorno 27 gennaio, data dell’abbattimento dei cancelli di Auschwitz, “Giorno della Memoria”, al fine di ricordare la *Shoah* (sterminio del popolo ebraico), le leggi razziali, la persecuzione italiana dei cittadini ebrei, gli italiani che hanno subito la deportazione, la prigionia, la morte, nonché coloro che, anche in campi e schieramenti diversi, si sono opposti al progetto di sterminio, ed a rischio della propria vita hanno salvato altre vite e protetto i perseguitati. Art. 2. In occasione del “Giorno della Memoria” di cui all’articolo 1, sono organizzati cerimonie, iniziative, incontri e momenti comuni di narrazione dei fatti e di riflessione, in modo particolare nelle scuole di ogni ordine e grado, su quanto è accaduto al popolo ebraico e ai deportati militari e politici italiani nei campi nazisti in modo da conservare nel futuro dell’Italia la memoria di un tragico ed oscuro periodo della storia nel nostro Paese e in Europa, e affinché simili eventi non possano mai più accadere.

⁸⁴ Corte cost. (2 aprile) 17 aprile 1969, n. 84, in *www.giurcost.org*.

⁸⁵ Sono pressoché antitetici i paradigmi della *Streitbare/Wehrhafte Demokratie* (democrazia militante/protetta), concetto di matrice tedesca/europea, su cui cfr. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova, 2009, 59 ss. in part. nt. 1, e di *Tolerant Democracy*, di origine statunitense (esemplificativo a riguardo è il dialogo tra due avvocati uno tedesco, l’altro americano, durante il volo Francoforte-Washington immaginato da A. H. LOEWY, *A Dialogue on Hate Speech*, in *Florida State University Law Review*, n.1/2008, 67 ss., reperibile sul sito *www.law.fsu.edu*; caposaldo in materia è L. BOLLINGER, *La società tollerante*, Milano, 1992). Nel contesto della prima prevale il principio di Autorità, in termini di una maggiore propensione alla regolamentazione degli *hate speeches*, con conseguente trasformazione degli stessi in *hate crimes* quando ledano controinteressi meritevoli di tutela, su cui cfr. OSCE, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odihr, 2009. La seconda, scudata dal principio liberale della c.d. “astinenza epistemica”, non può che conoscere dei limiti blandi, al fine di rimanere per quanto possibile valutativamente neutra, vd. L. SCAFFARDI, *op. ult. cit.*, 107 ss.; S. VOLTERRA, *La libertà di espressione ed “espressioni odiose” nella società pluralista. I casi di Usa e del Canada*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, n. 134/ 2001, 67 ss. La giurisprudenza della Corte Suprema, infatti, a partire dal caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), facendo leva sulla *dissenting opinion* del giudice Holmes, ha nella stragrande maggioranza delle pronunce fatto applicazione del I Emendamento, c.d. *marketplace of ideas’ clause*, escludendo dallo spettro di ammissibilità/liceità dello stesso le *fighting words*, vale a dire «quelle che già solo quando vengono

Preso atto dell'andamento rapsodico della giurisprudenza costituzionale in materia di *free speech*⁸⁶, vale la pena notare che se optiamo per un non-cognitivismo moderato⁸⁷ e pertanto non suicida, è chiaro come delle limitazioni al libero discorso (*recte* a questo tipo di discorso a piede libero) siano necessarie⁸⁸.

Beninteso, l'imposizione paternalistica di una verità di Stato è il primo male da fuggire in un ordinamento che si "professi" pluralista. Eppure, a ben guardare, ad una visione negativa della laicità, intesa come auspicio che l'ordinamento non scelga al posto dell'individuo su temi eticamente pregnanti⁸⁹, si affianca una laicità positiva/propositiva, intimamente legata allo svolgimento della personalità dell'individuo come singolo e come componente di un gruppo.

La "neutralità" allora è l'ultimo approdo della laicità, l'utopia che la mantiene in vita, dandole significato, ma perché essa sia veramente tale, bisogna che vengano rimossi gli ostacoli che impediscono il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale⁹⁰.

Finché il negazionista – quello vero, la cui esternazione sia astiosa e sprezzante, quindi lesiva – sia mandato esente da pena, la possibilità di *essere ciò che si è* è garantita solo in astratto⁹¹. In altre parole, coloro che negano l'Olocausto «sfruttano l'idea della "società aperta" alla ricerca della verità come palcoscenico per affermare con

pronunciate offendono o tendono ad incitare alla rottura della pace sociale» [*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. (1942) 568] e creano un *clear and present danger* [*Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, (1919)]. Un'accurata analisi delle tecniche di bilanciamento usate dalla Corte Suprema in materia di *free speech* è quella di C. CARUSO, *Teoria e "ideologia" della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla freedom of speech*, in www.forumcostituzionale.it, 27 ottobre 2013.

⁸⁶ C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 2, sottolinea sin dall'inizio del suo lavoro: l'«andamento [...] rapsodico che se, da un lato, si può ipotizzare abbia finito per smorzare la potenziale portata delle censure di illegittimità, dall'altro, però ha consentito verosimilmente alla Corte di sottrarsi al rischio di contendere al parlamento il monopolio delle scelte di criminalizzazione in un settore nevralgico».

⁸⁷ In breve, per non cognitivismo si intende l'idea che non vi siano norme morali oggettivamente valide, vd. M. LA TORRE, *Non cognitivismo e principio di tolleranza. Una discussione su etica, bioetica e metaetica*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 65, 1988, 301 ss. Parlare di non cognitivismo moderato significa dunque che, salva l'autodeterminazione e la possibilità di dissenso argomentato di ciascuno, non si è costretti a tollerare gli intolleranti, vd. K. POPPER, cit. alla nt. 60.

⁸⁸ «È solo a un liberalismo angelicato (talvolta strumentalmente) che si può chiedere la tolleranza verso ogni e qualsivoglia forma di dissenso ideologico», A DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988, 88.

⁸⁹ Laicità pertanto da intendersi tanto come autonomia, quanto come mondanità: «la potestà punitiva non può essere esercitata per il perseguimento di ideali trascendenti di giustizia assoluta, di palingenesi totale della società, di riparazione del male, ma solamente per finalità preventive», altrimenti si avrebbe un diritto penale (dell'amico e) del nemico, così S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle Democrazie Costituzionali*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, 139 ss., 140.

⁹⁰ Si interroga sulla possibilità di configurare un diritto soggettivo all'eguaglianza, M. CENTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Giur. Cost.*, n. 3/2007, 2405 ss.

⁹¹ D'altra parte è lo stesso S. CANESTRARI, *op. ult. cit.*, 163, che evidenzia come occorra trovare «un consenso su alcune basi irrinunciabili. Tra queste, inderogabile sembra essere l'esigenza solidaristica di tutela dei più deboli: garantire cioè il massimo di salvaguardia a quei soggetti che per ragioni di debolezza [...] fragilità non sono capaci di auto tutelare le proprie prerogative».

intransigenza e intolleranza un punto di vista incompatibile con il riconoscimento dell'altro»⁹² come portatore di pari dignità. La cultura ebraica non si può modificare, come pure immutabile ci sembra l'amara constatazione che l'ebreo è il delegato di tutte le vittime della storia⁹³.

Proprio la valorizzazione dell'aspetto personalistico dell'offesa ha interessato le analisi più recenti degli Studiosi, tanto da spingerci a parlare icasticamente di *nouvelle vague*⁹⁴. In precedenza, al contrario, ci si era focalizzati (fin troppo?) sull'impossibilità di concepire la verità storica come *Rechtsgut*⁹⁵. Certo, se si affronta la questione nei termini appena esplicitati, colgono nel segno coloro che hanno evidenziato la marcata differenza tra "autopsia" dello storico e cognizione giudiziale dei fatti⁹⁶, l'evanescenza del concetto di memoria *sub specie materialitatis*⁹⁷ e il valore simbolico di una tutela di

⁹² M. CAPUTO, *op. ult. cit.*, 31.

⁹³ In questo senso P. RICOEUR, *Tempo e racconto*, Milano, 1988, 273. Vd. anche *BundesVerfassungsgericht*, 13 aprile 1994, in *Giur. Cost.*, 1994, 3382, con commento di M. C. VITUCCI, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*.

⁹⁴ Ci riferiamo in particolare al pensiero di M. CAPUTO, D. BIFULCO e D. PULITANÒ, citati in nt. 80. In particolare D. PULITANÒ, *op. cit.*, commentando l'introduzione di una circostanza aggravante di "negazionismo" ad opera del d.d.l. S. n. 57 (Amati e a.), poi modificata nei margini applicativi dal d.d.l. C. 2874 (Amati e a.), attualmente giacente in Senato, nota che: «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. La vitale importanza di tutto questo può essere misurata, se solo ci domandiamo che ne sarebbe del nostro mondo morale e politico, ove mai i negazionisti riuscissero a far breccia. La posta in gioco è altissima. Altro che inesistenza di un bene giuridico!», 2. Tuttavia l'A., se apprezza la soluzione di compromesso realizzatasi grazie alla previsione di un'aggravante, è sostanzialmente contrario all'introduzione di un autonomo titolo di reato alla luce dei limiti razionali del diritto penale e della necessità della libertà di ricerca storica, vd. D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, in *Verità del precetto*, cit., 90 ss. Il recente iter legislativo del disegno di legge in materia di negazionismo è documentato dai contributi di G. L. GATTA e M. MONTANARI, in *questa Rivista*, [16 febbraio 2015](#) e [19 ottobre 2015](#).

⁹⁵ Categoria, è appena il caso di notare, che oggi soffre una profonda crisi, cfr. G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014 e G. FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014. La suggestione di individuare la storia come oggetto di tutela deriva con ogni probabilità dal riferimento che la Decisione Quadro 2008/913/GAI, non ancora recepita dal nostro paese [vd. M. MONTANARI, [L'attuazione italiana della decisione quadro 2008/913/GAI in materia di negazionismo, nel rapporto della Commissione europea](#), in *questa Rivista*, 18 febbraio 2014] fa all'articolo 6 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945. Sul tema si veda, in generale, H. DONNEDIEU DE VABRES, *Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. LXX, 1947-I, 486-568, che fu uno dei quattro giudici componenti il collegio giudicante a Norimberga.

⁹⁶ Per un'efficace sintesi delle divergenze tra indagine storiografica e processuale vd. C. CARUSO, *Il Negazionismo del genocidio armeno in una decisione del Conseil Constitutionnel*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2012, 415.

⁹⁷ «Anche la "memoria storica" in quanto tale non appare meritevole di diventare bene giuridico penale: potrebbe essere un bene, in effetti, ma non è un bene tutelabile penalmente (né sanzionabile *tout court* la sua stessa messa in pericolo), in quanto la sola scelta della tutela penale e giuridica in genere farebbe di un bene scientifico di verità un vero "tabù", una verità sottratta alla ricerca scientifica, che per definizione non può ricevere tutela di Stato sui suoi contenuti», 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),

tal fatta⁹⁸. Tuttavia, ferma restando una fisiologica propensione simbolica del diritto penale già in fase di comminatoria legale di pena⁹⁹, che giustificherebbe, tra l'altro, anche il favore nei confronti della previsione di un autonomo titolo di reato, il sentiero da ultimo tracciato appare rendere giustizia alla dignità delle vittime ed è sicuramente meno irto rispetto ad una tutela improntata all'ordine pubblico¹⁰⁰.

Nonostante il rischio di competizione tra dignità (quella da cui deriva il *free speech* e quella lesa) e l'alea annessa a tale concetto¹⁰¹, tale approccio ha anche il pregio di valorizzare la dimensione *sentimentale* dell'offesa¹⁰², indefettibile in una società

Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg, Milano, 2010, 41 ss., 93.

⁹⁸ «Il diritto penale interviene dunque con finalità simboliche per tutelare e ricomporre una identità collettiva proteggendo e stabilizzando la memoria pubblica: ne sancisce l'importanza attraverso la norma e la pena. Il legislatore penale, europeo e nazionale, si fa, nella sostanza, portatore di un messaggio molto più e prima che non della protezione di un interesse meritevole di tutela», E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., 159.

⁹⁹ G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 24, parla di prevenzione generale orientata in chiave pedagogica, notando che «la previsione dell'intervento punitivo, cioè di un pesante sacrificio a carico di un bene di pertinenza individuale, intende appunto sottolineare, con l'ineliminabile carica di drammaticità espressa dai presupposti antropologico-culturali "del punire", quanto necessario ed insostituibile appaia all'ordinamento l'impegno di tutti e ciascuno a salvaguardia dei fondamentali beni della vita individuale e collettiva». Vd. pure A. PAGLIARO, *Verso un nuovo codice penale: itinerari, problemi, prospettive*, in *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956-2008*, Vol. III, Altri Scritti – I, Milano, 2009, 13 ss., 20 (già in *Indice Penale*, 1992, 15 ss.): «Altro e ben diversa cosa è la tutela di un simbolo, perché un simbolo è anch'esso un bene giuridico: simbolo è il segno di un valore, e tutelare il segno vuol dire tutelare il valore. Meglio tutelare penalmente i segni e i valori di una civiltà – perché una civiltà è fatta non solo di beni materiali, ma soprattutto di valori – meglio questo, che accettare una barbarie materialistica, senza segni e senza valori», 20.

¹⁰⁰ Nota A. PUGIOTTO, [Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale](#), in *questa Rivista*, 15 luglio 2013, 14: «qualora la manifestazione del pensiero fosse ricostruibile giuridicamente come libertà funzionale alla democrazia, saranno da vietare tutte quelle sue manifestazioni antidemocratiche. E ogni forza al poter tende sempre a qualificare tali le idee antagoniste alle proprie».

¹⁰¹ Cristalline sono sul punto le parole di A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 1-3: la dignità è «un'etichetta tappa-buchi che, [...] si ritiene di poter attaccare a qualsiasi interesse di cui non si riesca a definire (confessare) più in dettaglio la specifica fisionomia», con «funzione taumaturgico-sedativa [...] il cui richiamo o invocazione [...] funziona come argomento *knock-down* in grado di chiudere la discussione in partenza, sbarrando la strada a ogni ulteriore sforzo argomentativo volto a ridurre, nei limiti del possibile, l'indeterminatezza del suo contenuto fluttuante e inafferrabile, soprattutto in rapporto all'esigenza di concedere legittimo spazio ad eventuali contro-interessi antagonisti».

¹⁰² F. BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *RIDPP*, n. 3/2010, 1165 ss., 1191: «il sentimento non è assimilabile ad un semplice ed estemporaneo stato psicologico, ma è qualcosa di diverso, e più profondo: è la peculiare disposizione che forma l'essenzialità e l'unicità di ogni essere umano. I sentimenti delineano l'identità psicologica assiologica di un soggetto: la strutturazione del sentire forma le risposte che modellano l'interazione tra l'individuo e la realtà. Il vivere di un soggetto è un complesso ordito che trova nei sentimenti il ritmo per una vita che non significhi mera sopravvivenza. Se i sentimenti fondano l'originalità della persona, contraltare di un simile dato è la diversità fra uomini: radice di possibili contrasti, la quale non implica di per sé una dimensione conflittuale del vivere sociale, bensì rivela l'eterogeneità di concezioni e modelli di vita che di fatto caratterizzano le società umane. Nondimeno, i contrasti possono sorgere, talvolta aspri».

pluralista. Quest'ultima è per definizione crogiolo di diversità e di interazioni reciproche, per cui il diritto penale potrebbe intervenire ogni volta che un comportamento esteriormente percepibile indebolisca detta relazione interpersonale, ledendo l'equilibrio trovato – nel nostro caso a fatica – dall'offeso.

A venire meno in casi di negazionismo è il rispetto-riconoscimento, non inteso come approvazione, ma come non degradazione e comprensione¹⁰³. La negazione del dramma di intere famiglie, per gli effetti in termini nocivi che ha sui sopravvissuti e sugli appartenenti alla comunità ebraica non può non essere compatibile con il diritto penale (assistito dall'insostituibile contributo dell'educazione): non solo perché alcuni significati non sono rinegoziabili, ma soprattutto perché questa forma di *comunicazione per default*, ove gli aspetti impliciti e indiretti prevalgono su quelli espliciti e immediati, fa proseliti di estromissione.

¹⁰³ Approfondisce la distinzione tra *rispetto – riconoscimento* e *rispetto – stima*, F. BACCO, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad. cost.*, a. XXXIII, n. 4/2013, 823 ss., che nota, condivisibilmente, come: «Se il concetto di dignità umana rischia di essere strumentalizzato in quanto suscettibile di interpretazioni di segno profondamente diverso – sia in sede di politica del diritto che di applicazione giudiziale – una ridefinizione dell'orizzonte di tutela nei termini dell'eguale e reciproco rispetto può rappresentare un'opzione epistemicamente più cauta: a risultare decisiva non è una ricerca di basi ontologiche, ma l'elaborazione di criteri di bilanciamento secondo una prospettiva di eguaglianza.[...] Se la dignità può essere interpretata come entità metafisica la cui rilevanza prescinde da una contingente relazione intersoggettiva, l'eguale rispetto prende forma sul presupposto di un rapporto: non è un valore "esterno" alla relazione, ma rappresenta il bilanciamento (il *giusto* bilanciamento) fra singole individualità[...] Appellarsi al principio dell'eguale rispetto significa mettere in campo *la* ragione morale di base dell'ordinamento democratico: il valore che rappresenta al contempo l'oggetto e il criterio per l'approntamento di eventuali "difese". Il principio dell'eguale rispetto, quale "surrogato concettuale" della dignità umana, sembrerebbe poter contribuire a riportare l'equilibrio del discorso su un piano che non alimenti sentimenti di rivalsa, ma esprima già a livello simbolico l'esigenza di una reciproca autolimitazione», 833-834. Di recente, sulla valorizzazione dell'aspetto interpersonale dell'illecito penale vd. G. DE FRANCESCO, *"Interpersonalità" dell'illecito penale: un 'cuore antico' per le moderne prospettive della tutela*, in *Cass. Pen.*, n. 2/2015, 854 ss.