



SCUOLA DOTTORALE “TULLIO ASCARELLI”

Università degli Studi “Roma Tre”
Dipartimento di Giurisprudenza

XXXI ciclo

Tesi di dottorato in Diritto Penale (IUS/17)
Curriculum: Discipline Giuridiche Pubblicistiche

REATI DI OPINIONE E
GIURISPRUDENZA EUROPEA

Tutor e relatore

Chiar.mo Prof. Mario Trapani

Coordinatore

Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

Dottorando

Dott. Marco Piccoli

A Tita e Roberto,
i miei genitori,
a cui devo ciò che sono

A Livia,
a cui devo ciò che sarò

INDICE

Introduzione.....	4
-------------------	---

Capitolo I

IL PRINCIPIO DI MATERIALITÀ DEL REATO

1) PREMESSA.....	8
2) L'ESTENSIONE DEL PRINCIPIO: OSSERVAZIONI SULL'ASSIOLOGIA SOTTOSTANTE.....	14
3) IL PONTE DELLA MATERIALITÀ TRA DIRITTO E REALTÀ: NATURALISMO E NORMATIVISMO NEL CONCETTO DI "FATTO MATERIALE".....	19
4) LA RECEZIONE COSTITUZIONALE E CODICISTICA.....	24
5) LA RECEZIONE NEL SISTEMA CEDU.....	33

Capitolo II

I REATI DI OPINIONE

1) ORIGINE STORICA ED AMBITO DI PERTINENZA DEL CONCETTO.....	41
---	----

2) LA TENSIONE CON LA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO QUALE NOTA ESSENZIALE DEL “REATO DI OPINIONE”	50
3) NODI TEORICI E QUESTIONI DI SOSTENIBILITÀ NELLA SISTEMATICA DEL REATO.....	61
4) LE FORME DI MANIFESTAZIONE DEL REATO DI OPINIONE.....	71
5) ATTUALI TENDENZE GIURISPRUDENZIALI CEDU.....	76

Capitolo III
I REATI DI NEGAZIONISMO

1) INQUADRAMENTO E RATIO DEI REATI CONTRO LA MEMORIA NEL SISTEMA CEDU.....	84
2) LA TENUTA DELLE GARANZIE PENALI.....	100
3) NEGAZIONISMO E DEMOCRAZIA: LA CONSACRAZIONE DEL PRINCIPIO POLITICO NEGLI STATUTI PENALI.....	110
4) GLI ELEMENTI PSEUDO-NORMATIVI E IL DILEMMA DELL’ELEMENTO OGGETTIVO.....	118

Conclusioni.....125

Bibliografia.....131

INTRODUZIONE

La scelta di scrivere a proposito di “reati di opinione”, sull’immeritata scia di illustre e prolifica dottrina, vuole dare un piccolo contributo nel riaffermare il ruolo della *parola*, nella sua funzione più alta; viviamo oggi un’epoca nella quale le parole vengono sottoposte ad un’usura e ad uno svuotamento che è difficile ignorare. Appaiono quanto mai nitide le riflessioni di un eminente intellettuale italiano, da poco scomparso, che deplorava la proliferazione di sempre più effimeri mezzi di comunicazione, per avere essa travolto qualunque ingiunzione di autocensura, di riserbo e di ponderazione nel formulare, ognuno, i propri pensieri, o nel dare voce alle proprie opinioni. Questo vociare indistinto ha portato in primo piano la parola “scandalosa”, per la sua capacità di amplificare il brusio, che puntualmente sopravanza tutti gli sforzi di contenerlo e di organizzarlo in un confronto civile e pacato. Messi in minoranza e resi di fatto inefficaci, questi sforzi hanno infine suffragato scelte restrittive di legalità del pensiero espresso, che sembrano aver dimenticato dove – e soprattutto perché – la pretesa del Diritto di normare la vita dell’Uomo dovrebbe arrestarsi.

Oggi il diritto penale, in Italia e in Europa, è forse descritto meglio dai propri “confini” che non dai suoi contenuti; se questi ultimi sono, infatti, imbrigliati in una fitta rete di contenimento – costituzionale e sovranazionale – , i primi sono di contro maggiormente rimessi alla discrezione delle scelte politiche, che troppo spesso decidono di “fare cassa” di fronte all’opinione pubblica, con i metodi sommari del diritto penale simbolico; in tal modo, detti “confini” si estendono a settori della vita che prima ne erano esenti (si pensi ad esempio ai reati commessi tramite internet).

La politica europea ha iniziato a controllare, con un certo rigore, la deriva

INTRODUZIONE

di abusi verbali ormai gravemente fuori rotta, per la quale sempre di più l'eco delle parole non segue la loro pregnanza, né l'intelligenza di chi le pronuncia, ma piuttosto lo scandalo o la riprovazione che esse suscitano. A tutto questo si sta reagendo in maniera scomposta; non solo con risposte eterogenee ed incoerenti, ma anche con tangibile paura; e la paura non è mai sintomo di una società in salute, forte delle sue convinzioni e serena nei suoi sommovimenti.

Il presente lavoro parte da questa constatazione per interpretare detti sommovimenti nel rassicurante alveo del nostro Diritto e della nostra tradizione giuridica, per mettere vecchie e nuove derive liberticide sul banco di prova più impegnativo: quello di un ordinamento che si è plasmato con fatica e su indicibili sofferenze – di ben altro calibro rispetto a quelle di cui oggi ci si lamenta – , che la parola oggi criminalizzata ridicolizza e attacca nella sua dignità.

La trattazione ha una struttura a tre stadi, rivolti, rispettivamente, al tema filosofico sottostante, alle questioni costituzionali e di parte generale, alla specifica declinazione di parte speciale. La scelta di un modello – potremmo dire – a “lente d’ingrandimento”, che proceda esplicitamente dal generale al particolare, riflette una ricerca di unitarietà nella materia del discorrere: un approccio che non rinunci ai riferimenti alle nozioni filosofiche fin nella casistica più settoriale, in un aperto sforzo di coordinamento tra dottrina e applicazione, tra teoria e prassi. Anche la scelta di fonti e bibliografia vuole restituire questa impostazione: la tesi cita Carnelutti e Carrara, ma anche ricercatori contemporanei; Antolisei e Gallo, ma anche Beccaria, Montesquieu e Popper.

Il “reato di opinione” è un qualcosa che ci porta la mente verso realtà sinistre, nelle quali intercorre un rapporto torbido e intimamente corrotto tra l’individuo e lo Stato. Nell’epoca del fallimento delle “*grandi meta-narrazioni*” che ci ha consegnato la c.d. “società postmoderna”, la

INTRODUZIONE

permanenza di queste fattispecie criminali ci racconta due fatti distinti: da un lato, il mancato pieno affrancamento dalle nefaste esperienze del passato; dall'altro, il tentativo di rimanere aggrappati a dei valori fondativi che, a torto o a ragione, vengono oggi messi in discussione. Il negazionismo e la sua criminalizzazione, a cui è dedicato il terzo capitolo, sono di ciò la più plastica testimonianza.

Come l'Italia e l'Europa decideranno di atteggiarsi nei confronti delle opinioni "eretiche" potrà, in futuro, servire da indicatore circa lo stato di salute del dibattito pubblico. In una società aperta è del tutto fisiologico che posizioni radicalmente minoritarie, offensive o violente vengano messe all'indice dall'opinione prevalente, e i loro estensori emarginati e disprezzati. Tuttavia quando è lo Stato ad appropriarsi di tale prerogativa, non solo queste posizioni non subiscono un aggravio di stigmatizzazione, ma anzi rischiano di ricevere la dignità del martirio, finendo per spacciarsi come "opinioni scomode" perché, in fondo, veritiere. Da questo punto di vista, nell'era digitale e del *mantra* dell'interconnessione, il confronto con gli Stati Uniti è impietoso, se si osserva la serenità con cui, in quel contesto, il Primo Emendamento alla Costituzione garantisce una franchezza, un estremismo, e spesso anche una trivialità nel discorso pubblico che, in Europa, ricadrebbero certamente nell'area del penalmente rilevante. Se è indubbio che alcuni "sdoganamenti" siano per certi versi inquietanti, la società americana sembra avere nei loro confronti dei potenti anticorpi, in grado di metabolizzarli non già con la loro messa al bando, ma proprio col tollerare la loro inclusione nel tessuto e nel dibattito politico. L'Europa, per comprensibili ragioni storiche, è di contro molto più diffidente.

Il presente lavoro ha un proposito dichiarato e un poco confessabile auspicio: il proposito è fornire un inquadramento penalistico, sintetico ma esaustivo, di questo modo di legiferare, per comprenderne le ragioni

INTRODUZIONE

profonde ma anche i punti critici; l'auspicio è, invece, di essere “dalla parte giusta”; dalla parte, cioè, che nell'interpretare in senso ampio il significato delle libertà in gioco, non si stia sopravvalutando la nostra capacità di ricordarci da quali esperienze storiche veniamo, dalle quali è imperativo continuare, incessantemente, ad allontanarsi.

CAPITOLO I

Il principio di materialità del reato

“.. il principio di materialità dell’azione è il cuore del garantismo penale, da cui traggono valore politico e consistenza logica e giuridica gran parte delle altre garanzie.”

L. Ferrajoli

SOMMARIO: 1. PREMESSA – 2. L’ESTENSIONE DEL PRINCIPIO: OSSERVAZIONI SULL’ASSIOLOGIA SOTTOSTANTE – 3. IL PONTE DELLA MATERIALITÀ TRA DIRITTO E REALTÀ: NATURALISMO E NORMATIVISMO NEL CONCETTO DI “FATTO MATERIALE” – 4. LA RICEZIONE COSTITUZIONALE E CODICISTICA – 5. LA RECEZIONE NEL SISTEMA CEDU

1. Premessa

Quando si interroga sulla “materialità¹” del reato, tanto da un punto di vista eminentemente giuridico, quanto da una prospettiva filosofica, una delle maggiori difficoltà che incontra lo studioso è quella di attrezzare la definizione del principio contro l’appiattimento su altri principi contigui e storicamente correlati. Le conquiste della civiltà giuridica nel corso dei

¹ Sull’essenza del “principio di materialità”: L. Ferrajoli, *Diritto e ragione - Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004, par. 34; G. Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930; F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933; F. Bricola, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997; F. Palazzo, *Il fatto di reato*, Torino, 2004.

CAPITOLO I

secoli, quali espressione di una evoluzione connotata dalla fisiologica lentezza dei grandi processi storici, muovono verso una precisa direzione di tutela della persona dal potere². Inteso in senso lato, le prerogative del potere di togliere agli individui la vita, la libertà o l'incolumità in nome dell'ordine pubblico, o di pretese o reali esigenze di sicurezza e di conservazione dell'apparato statale, sono state progressivamente erose dall'affermazione di quelle che saranno alla fine chiamate "garanzie penali"³. Pur non essendo certo questa la sede nella quale compiere un tentativo credibile di riassumere l'ampio tema del garantismo, possiamo assumere, con un accettabile livello di approssimazione, che tutti questi

² Sul punto, diffusamente, P. G. Grasso, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione Italiana*, Milano, 1972, p. 4: "...nel succedersi delle teorie, il « principio generatore » del diritto positivo venne ad esser inteso in termini del tutto opposti, in quanto che fu fatto derivare: in un primo momento da « autolimitazione » degli individui, con la cessione di una parte della loro libertà originaria, per la sottoposizione ad un contratto; e dopo da « autolimitazione » dello Stato stesso, con la rinuncia all'esercizio del potere di fatto, per la sottoposizione a leggi".

³ All'espressione "garanzie penali" non sottendiamo nella presente trattazione l'accezione del primo illuminismo che ritrova le proprie radici in Rousseau (il quale *in limine* alla definizione di "sovranità" declina la stessa alla stregua di una "garanzia negativa" da intendersi come un comando di "non appropriazione" – da parte di un monarca o di un parlamento – nell'esercizio delle prerogative civiche) né alla successiva postulazione di Fourier che parla di *garantisme* come di un sistema di protezione delle fasce sociali più deboli. Il termine vive, in effetti, una lunga incubazione prima di affermarsi nella sua estensione – e nel suo valore politico – corrente che descriviamo; la sua esatta origine etimologica rimane ad oggi ignota, come spiega efficacemente D. Ippolito in *Itinerari del garantismo*, Vedere, Dourados, MS, anno 3, n. 6, 2011, p. 55: "La parola 'garantismo' – oggi d'uso corrente nelle principali lingue neolatine – è un neologismo del XIX secolo, originariamente invalso nel lessico politico francese, con un significato molto distante da quello attualmente prevalente. Il *Dictionnaire de la langue française* di Emile Littrè (edito in quattro tomi da Hachette tra il 1873 e il 1874) ne dà la seguente definizione: "*Dans le langage de l'école fourieriste ou sociétaire, système de féodalité industrielle qui doit suivre notre anarchie et précéder l'association définitive*". Il lettore che, insoddisfatto per la laconica oscurità dell'informazione, scegliesse di rivolgersi ad altra fonte lessicografica, rischierebbe di rimanere deluso: il più risalente *Dictionnaire nationale* di Louis-Nicolas Bescherelle e il posteriore *Dictionnaire classique* di Henri Bescherelle non contemplano neppure l'entrata. Omissioni significative: evidentemente, il termine *garantisme*, nella Francia del secondo Ottocento, non si è ancora affermato nel linguaggio comune."

Il principio di materialità del reato

sforzi siano accomunati dalla convergenza verso un interesse specifico, la cui soddisfazione coincide con una ridimensionata disinvoltura con cui il “potere” – nuovamente, in senso lato – irroga le sanzioni a danno dei consociati. Principio di legalità, di colpevolezza, di materialità, di separazione tra accusa e giudizio, di presunzione di innocenza – per citarne alcuni – sono e rimangono presidi del tutto autonomi tanto sul piano teorico che sul piano funzionale, e spesso espressione di orientamenti filosofici e giuridici lontani – talvolta confliggenti – e soprattutto interpretati e recepiti in modi significativamente diversi. È del tutto evidente, ad esempio, che il “principio di legalità” conosce declinazioni profondamente diverse nei sistemi di *civil law* e in quelli di *common law*⁴, a partire dalle differenti connotazioni che lo stesso concetto di “legge” – e *a fortiori* di “legalità” – ha negli ordinamenti dell’uno o all’altro tipo. Ancora, il “principio di colpevolezza” nelle sue manifestazioni risentirà del differente approccio riservato dagli ordinamenti penali al tema dell’elemento psicologico, ora assumente un peso specifico analogo alla fattispecie oggettiva (come in Italia), ora invece preponderante nella struttura del reato (come in Germania). Non

⁴ Testimoniata questa tensione “declinatoria” del principio anche nelle dinamiche di ravvicinamento tra i due modelli, soprattutto con riguardo alle disposizioni CEDU, che sempre più si atteggia – come si vedrà in particolare nel Cap. 2, par. 5 e nel Cap.3 par. 2 – ad un diritto di “matrice giurisprudenziale”; tale ravvicinamento trova, a testimonianza di questa attitudine ad una quasi *intercambiabilità* tra i principi, nel più ampio “fulcro dogmatico” del giusto processo; cfr. S. Milone, *Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 ottobre 2016: “È noto il contributo della suddetta Corte nell’esplicitazione dei corollari della legalità penale, a partire dall’interpretazione del *nullum crimen, nulla poena sine lege* di cui all’art. 7 CEDU, e nell’innalzamento ed ampliamento degli standard delle garanzie fondamentali attraverso il volano dell’autonoma qualificazione della materia penale. D’altra parte, è altrettanto noto come il rispetto del principio di legalità convenzionale, rivolgendosi anche ad ordinamenti di *common law*, venga ritenuto compatibile con un diritto a matrice giurisprudenziale, e non sottenda, invece, come condizione essenziale, il principio di riserva di legge secondo il modello recepito dall’art. 25 Cost.”.

CAPITOLO I

può non menzionarsi infine, in questa sommaria disamina, l'applicazione italiana del principio di separazione tra accusa e giudizio, alla luce della perlomeno tiepida versione accoltane dal nostro ordinamento, che vede magistratura inquirente e giudicante condividere l'appartenenza al medesimo ordine, con tutte le relative implicazioni⁵.

I principi di garanzia, come linee guida nella formulazione e interpretazione di diritti costituzionali, hanno quindi un carattere mutevole nella propria applicazione; pur presentando un certo livello di isolabilità concettuale che ne dovrebbe garantire l'autonomia dello studio è tuttavia possibile scorgere, ad un livello puramente euristico, un terreno assiologico comune nel quale tutte queste garanzie ritrovano una fondamentale *ratio essendi*: quella di impedire al potere di deflagrare oltre il confine di ciò che è ragionevole⁶, e di ricondurre l'utilizzo di qualunque sanzione penale allo status di eccezione, anziché di regola, nella prassi di gestione del potere. La fondamentale unificazione scientifica delle garanzie sotto tale unica direttrice non preclude di parametrarne la singola estensione ma implica il rischio, puntualizzato in apertura, di quella che Bobbio⁷ definiva “deriva riduzionistica”: il fenomeno per cui, cioè, nella compartecipazione di diversi elementi ad una definizione – il celebre giurista torinese ne descriveva l'impatto sulla ricostruzione della

⁵ Sul punto, per una raccolta di opinioni da parte di numerosi estensori di una riforma dell'ordinamento giudiziario: *Antologia d'eccellenza sulla separazione delle carriere*, Unione delle Camere Penali, Roma, 2010.

⁶ Il criterio della “ragionevolezza” rappresenta nelle più evolute teorie del garantismo la necessità di un “affaccio esterno” del diritto penale in cui ritrovarne una giustificazione, che scongiuri la confusione tra la sua dimensione “interna” (o *ex parte principis*) e la sua dimensione “esterna” (o *ex parte populi*) – cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, cit. p. 894. Lungi quindi dal rappresentare uno sconfinamento della morale nel diritto, la ragionevolezza costituisce il presidio proprio della loro separazione, nella misura in cui impedisce che l'obbedienza cieca al dettato legislativo ne comprometta la ragione – intesa non come “razionalità” ma, per l'appunto “ragionevolezza” – sottostante.

⁷ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 31

nozione stessa di “giuridicità” della norma – uno di essi “prenda il sopravvento” e fagociti i propri omologhi, risultandone quest’ultimi soccombenti e, in definitiva, svuotati di qualunque significato autonomo. Un esempio utile può essere il regime, accolto dall’ordinamento italiano, del tentativo. La commissione di “*atti idonei diretti in modo non equivoco*” che espone il reo alla pena ribassata “*se l’azione non si compie o l’evento non si verifica*”, integra una condotta penalmente rilevante che attinge le proprie note dall’innesto dell’art. 56 c.p. su una fattispecie delittuosa di parte speciale. Per i propri tratti naturalistici, il “tentativo” descritto dal legislatore è – o almeno può essere – connotato dai c.d. “atti preparatori”⁸ la cui punibilità soggiace alle comuni verifiche di integrazione degli elementi del reato (principio di tipicità). Tali atti risulteranno penalmente rilevanti, cioè, solo se autonomamente costituiscono fattispecie di reato, ed è abbastanza agevole identificare la convergenza di due diversi principi nella disciplina così disegnata: oltre alla già citata tipicità, quella “materialità” del reato, tradizionalmente restituita dal brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*⁹, che esige la realizzazione estrinseca e compiuta dell’offesa¹⁰ individuata dal legislatore, qualificando come diseconomica, oltreché ingiusta, una

⁸ L’appartenenza logica e strutturale dei quali alla fattispecie tentata rappresenta, fin dalle più rudimentali sistematizzazioni, una costante quanto “dirimente” preoccupazione, come ad esempio nel *Code Napoléon*; cfr. G. Vassalli, *Le «Statut de Rome» concernant l’institution d’une cour pénale internationale permanente*, in *Annuaire Européen - European Yearbook - Vol. XLVI, 2000*, p. 68: “Il suffit d’avoir rappelé que le Statut adopte la notion considérée comme étant la plus libérale et «garantiste» et qui exclut ainsi l’importance des actes purement préparatoires à la tentative”.

⁹ Ulpiano, *Digesta* (48.19.18, *Ulp. 3 ad ed.*) - *De poenis*

¹⁰ Sorprendente come già lo stesso Ulpiano si fosse premurato di differenziare la *cogitatio* – mera volontà interna – dal ‘tentativo’ (inteso, ovviamente, al netto di ovvi anacronismi) nel ricostruire la peculiare fattispecie dell’ “editto di ritorsione” commesso dal *magistratus*. Sul punto F. Tuccillo, *Cogitationis poenam nemo patitur*, *iurisprudenzia.it - rivista giuridica - Anno IV, Giugno 2018*.

CAPITOLO I

politica criminale che punisca le mere intenzioni, opinioni o sommovimenti dell'animo.

Vale la pena, prima di procedere, fare una precisazione: questa ricostruzione non vuole e non deve avere un carattere meramente compilativo, riducendosi a un esercizio tassonomico. Ricostruire l'incidenza dei vari principi di garanzia negli statuti penali deve, in ultima analisi, fungere da strumento ermeneutico che individui quali priorità una certa legislazione si è data. La presente trattazione analizzerà gli orientamenti giurisprudenziali della Corte EDU in materia di reati di opinione e la dottrina italiana ha già avuto modo di chiarire come, nel complesso tema del rapporto tra fonti nazionali e comunitarie, ben possono i principi della Carta fungere da parametro interpretativo della stessa Costituzione. Affermare l'esistenza di questi principi, in altre parole, non significa minimamente voler promuovere una forma di surrettizio concettualismo, ma piuttosto sistematizzare la lettura di capisaldi positivi in un complesso rapporto tra fonti eterogenee.

2. L'estensione del principio: osservazioni sull'assiologia sottostante

Nel coniare il suo “paradigma garantista”, Luigi Ferrajoli formula una serie di dieci assunzioni¹¹, assiologicamente concatenate, che individuano altrettante garanzie penali non solo nella propria dimensione peculiare, ma secondo una precisa collocazione logica¹² progressiva. I principi che ne scaturiscono, resi da altrettanti brocardi latini, fondano l'attuale griglia concettuale garantista comunemente accettata, secondo una direttrice funzionalistica che va dalla previsione normativa all'irrogazione della pena, passando per l'incriminazione e per il contraddittorio processuale. In questa griglia, che usiamo nella presente trattazione come punto di partenza per individuare l'esatta estensione del principio qui considerato, troviamo la “materialità del reato” al punto mediano del decalogo (quinto di dieci) resa dal brocardo “*nulla iniuria sine actione*”, preceduto dal “principio di offensività” (*nulla necessitas sine iniuria*) e seguito dal “principio di colpevolezza” (*nulla actio sine culpa*).

La concatenazione qualifica ogni elemento del decalogo come presupposto del successivo e implicazione del precedente, di talché quella “azione” è requisito della “offesa” (*iniuria*), che a sua volta è requisito della “necessità” (*necessitas* – economia normativa penale), requisito della “legge” (*lex* – legalità), requisito della pena (*poena* –

¹¹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit. p. 69.

¹² (*ibidem*) nelle pagine relative al paradigma si trova una fondamentale precisazione circa la “concatenazione”; l'autore precisa che i dieci assiomi non sono “derivabili” (p. 70) l'uno dall'altro, di talché la “presupposizione” del termine successivo e la “implicazione” del termine precedente non sono frutto di una necessità *logica*, ma piuttosto di un'opzione *assiologica*. Pertanto, all'espressione che utilizziamo di “collocazione logica” va attribuito un significato proprio e peculiare che non concerne l'appartenenza inferenziale (come di un sillogismo), ma che si limita a riflettere una scelta intuitiva di progressiva pertinenza, e interdipendenza, dei termini.

CAPITOLO I

retribuzione). Sul versante opposto, la “azione” implica a sua volta la “colpevolezza” (*culpa*), la cui ricognizione implica il “giudizio” (*iudicio* – principio di giurisdizione), da celebrarsi secondo una rigida separazione con l'accusa (*accusatio* – principio di separazione tra accusa e giudizio), sorretta da prove (*probatio* – onere della prova), necessariamente immissibili nella disponibilità della difesa (*defensio* – principio del contraddittorio nella formazione della prova) perché la stessa le possa confutare. Se da un lato i diversi principi del paradigma sono apparentemente suscettibili di una connotazione in senso “sostanziale” o “processuale”, è opportuno ribadire – anche in una prospettiva metodologica – ciò che la migliore dottrina ha da tempo chiarito in merito all'intrinseca limitatezza di un approccio rigidamente dicotomico, superabile dall'introduzione del concetto di *norma penale reale*¹³: una premessa “definitoria” che, addivenendo alla qualificazione del processo quale “momento fisiologico” del diritto penale – contrapposta alla natura “patologica” del processo nel diritto civile – , che costituisce pertanto il naturale contesto di cognizione della responsabilità del reo e di irrogazione della relativa pena, disconosce in radice la distinzione affermando che in tanto una fattispecie “sostanziale” di reato rileva, in quanto possa dispiegare i propri effetti concreti solo nelle forme stabilite del processo; la “norma reale” si configura quindi come quel segmento di disposizioni rilevanti nell'accertamento di una responsabilità penale che non può prescindere, nelle conseguenze che astrattamente prevede, da

¹³ M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. I, Torino, 2007, p. 18: “..la norma penale reale, la proposizione cioè che esaurisce il significato che ad una determinata condotta umana è attribuito in quel settore dell'ordinamento definito penale e criminale, consta di segmenti che delineano la fattispecie condizionante e le conseguenze condizionate e di segmenti che dispongono come deve essere accertata detta fattispecie e come vanno pronunciate (irrogate) ed eseguite le conseguenze sanzionatorie”.

quei modi che altre disposizioni - a stretto rigore “processuali” – impongono.

E a ben vedere il principio di materialità non fa eccezione nel rifiuto di una “riferibilità” limitata alle sole disposizioni incriminatrici o alle sole forme. L’affermazione per la quale non dovrebbero essere punibili le mere intenzioni o le mere opinioni è in grado di declinarsi più volte lungo lo spettro dell’accertamento penale, e in particolare:

- sul piano della c.d. “economia¹⁴” normativa nel diritto penale, laddove la repressione di un’opinione o di un’intenzione molto difficilmente soddisfa i requisiti di efficacia deterrente e di rieducazione;
- sul piano probatorio¹⁵, stante la ovvia impossibilità di comprovare, al di là di ogni ragionevole dubbio, la sussistenza di un sommovimento interiore;

¹⁴ Seppure sia indubbio che la nozione abbia acquistato una specifica autonomia, perlomeno funzionale, in materia penale, il “principio di economia” rappresenta l’inveramento giuridico-processuale del celeberrimo “rasoio di Occam” nella sua accezione più ampia resa, *inter alia*, dal brocardo “*Pluralitas non est ponenda sine necessitate*” (cfr. A. Ghisalberti, *Scritti filosofici di Guglielmo di Occam*, 1991); tradotto nella dimensione penalistica assume una dimensione ulteriore rispetto ad una norma di razionale formulazione delle leggi, divenendo un’autentica deontologia legislativa.

¹⁵ Le osservazioni critiche in tema di accertamento dei “reati immateriali” rappresentano una rivendicazione costante nella storia del pensiero giuridico; cfr. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* – edizione di riferimento a cura di R. Fabietti, Milano, 1973, p. 33: “...è quasi nulla la credibilità del testimonio quando si faccia delle parole un delitto, poiché il tono, il gesto, tutto ciò che precede e ciò che segue le differenti idee che gli uomini attaccano alle stesse parole, alterano e modificano in maniera i detti di un uomo che è quasi impossibile il ripeterle quali precisamente furono dette”; e inoltre Montesquieu, *De l’Esprit des Loix*, Edizione di riferimento “Editions Gallimard”, Parigi, 1995, pp. 133-134: “Les lois de la Chine décident que quiconque manque de respect à l’empereur doit être puni de mort. Comme elles ne définissent pas ce que c’est que ce manquement de respect, tout peut fournir un prétexte pour ôter la vie à qui l’on veut, et exterminer la famille que l’on veut. Deux personnes chargées de faire la gazette de la cour, ayant mis dans quelque fait des circonstances qui ne se trouvèrent pas vraies, on dit que mentir dans une gazette de la cour, c’était manquer de respect à la cour; et on les fit mourir. Un prince du sang ayant mis quelque note par mégarde sur un mémorial signé du pinceau rouge par l’empereur, on décida qu’il avait manqué de respect à l’empereur, ce qui causa contre cette famille

CAPITOLO I

- sul piano dell'offensività, data l'assenza di una "vittima" o, in senso più lato, dell'offesa a un qualsivoglia bene giuridico;
- sul piano della tipicità, stante l'intrinseca mutevolezza e non determinatezza delle opinioni o delle intenzioni, che sfugge¹⁶ per sua natura ai crismi della tassatività cui una norma penale dovrebbe informarsi.

Tutti livelli quelli elencati che richiamano, direttamente o indirettamente, l'esigenza di un modello di ordinamento penale "minimo", liberale, impostato a un'identificazione rigorosa delle condotte reprimende e alla separazione, faticosamente – e forse non ancora del tutto – ottenuta dopo secoli di riflessioni e di riforme, tra diritto e morale. Coerentemente rispetto al suo abbracciare una molteplicità di livelli di lettura degli ordinamenti penali, la violazione del principio di materialità riflette il rifiuto, da parte del legislatore, di aderire con la dovuta serenità all'impostazione "minima", in un tentativo maldestro – quando non apertamente liberticida – di correggere quelle che vengono percepite come deviazioni dall'uso "corretto" della riconosciuta libertà di

une des terribles persécutions dont l'histoire ait jamais parlé. C'est assez que le crime de lèse-majesté soit vague, pour que le gouvernement dégénère en despotisme. Je m'étendrai davantage là-dessus dans le livre de la composition des lois".

¹⁶ Cfr. F. Mantovani, *Diritto Penale*, Padova, 2013, p. 65, il quale parla di "insufficiente determinatezza del significato linguistico (...) in tema di osceno, assistenza morale, vilipendio (...), vilipendio della religione" per sottolineare la precarietà di definizioni e previsioni astratte da un contesto di concreto apprezzamento per sfociare in una funzione intrinsecamente *valutativa*; tale tendenza non solo mette a repentaglio un'applicazione equanime e ragionevole delle disposizioni, ma riflette finanche l'incapacità del legislatore di interpretare correttamente il fenomeno sociale che regola, come spiega P. G. Grasso, *Il principio "nullum crimen sine lege"*, cit. p. 130: "...i rapporti della vita presentano profili vaghi, complessi e mutevoli, i quali di per sé rifuggono dall'essere fermati entro schemi precisi, nonché disciplinati da regole rigide e meccaniche. Le disposizioni elastiche ed indeterminate denotano proprio l'incapacità del legislatore di formulare la legge con una espressione tale che riesca a soddisfare la «certezza del diritto» e, nello stesso tempo, a rispondere alla «natura delle cose»".

Il principio di materialità del reato

espressione, che si concretano soprattutto, nella recente giurisprudenza e legislazione europea, nel conio di reati di opinione e, più nello specifico, di negazionismo.

CAPITOLO I

3. Il ponte della materialità tra diritto e realtà: naturalismo e normativismo nel concetto di “fatto materiale”

La ragione per cui, nella disamina che stiamo compiendo, la “materialità” sembra assumere particolare rilievo nel novero dei connotati di un diritto penale “minimo”, è a nostra sommessima opinione da ricercarsi nel suo attingere esclusivamente ad una nozione di esperienza pre-giuridica comune, che ne fa – ci si consenta inizialmente questa metafora – un “ponte” con la realtà regolamentata.

La griglia delle garanzie a cui lo studio del diritto è giunto intesse, si è detto, una serie complessa di principi che attengono a diversi momenti della funzione penale e il cui invero è demandato, virtualmente, a tutti i soggetti coinvolti. Abbiamo già osservato di come l'applicazione dei vari principi risentirà inevitabilmente dell'influenza (culturale, linguistica, politica, storica) che il contesto esercita sugli stessi. Tuttavia, tutti questi principi, proprio e solo in quanto *giuridici*, assumono il proprio prevalente significato in quella dimensione sussuntiva, per la quale i termini che li racchiudono sono trasposti in un contesto tecnico di notevole complessità, nel quale solo l'interpretazione sistematica consente di individuarne l'effettiva estensione e, *ex post*, verificarne il reale rispetto. “Legge”, “processo”, “difesa”, “prova”, “colpevolezza” sono termini ontologicamente *giuridici* che traggono il proprio portato descrittivo dal contesto in cui sono destinati ad operare; quando i *principi* – enunciati riassuntivi una o più norme costituzionali – sono formulati mediante l'utilizzo di tali termini, il significato di essi si innerva nel tessuto giuridico e si ridefinisce: l'accezione semantica preesistente colloca il termine nella nomenclatura legale ma, al tempo stesso, il portato del principio ne espande il sostrato assiologico. Il risultato, da un punto di vista strettamente linguistico, è un'accezione peculiare e

diveniente dei termini con i quali i principi sono formulati. È questo un meccanismo, che potremmo chiamare di “ridefinizione epistemica” dei termini, del tutto fisiologico nelle scienze sociali¹⁷ e che disvela l’attitudine del diritto a definire sé stesso mediante un linguaggio che contemperi lo *ius dicere* – la cui irrinunciabile premessa è la comprensibilità del comando insito nella norma – con la tensione assiologica; tale ridefinizione tuttavia non può spingersi fino a rendere il diritto, a tutti gli effetti, una “lingua” – alla stregua dell’italiano, dell’arabo o del gaelico – priva di qualsiasi ancoraggio ad un contesto preesistente, e l’attività di normativizzazione¹⁸ delle nozioni conosce un limite dettato non solo da questioni di ordine pratico, ma anche, nuovamente, da una fondamentale esigenza di garanzia: il linguaggio comune, a differenza di un qualsivoglia linguaggio deontologico – sia esso giuridico, storico od economico – si diffonde e si evolve in modo del tutto consuetudinario, libero e non sovrinteso da alcuna autorità. Di contro, il linguaggio giuridico trae il proprio significato in larga parte dalle disposizioni stesse: seppure filtrato dall’attività interpretativa dello studioso e applicativa del giudice, e sempre nel solco dei parametri costituzionali, esso è sancito dal potere politico. Se il potere si appropriasse del linguaggio potendo contraddire finanche il significato minimo, proprio e pre-giuridico di termini come “fatto”, “condotta”, “azione” o “evento”, si verificherebbe una drammatica inversione dell’ordine dei fattori della “equazione” penale: le parole smetterebbero di avere una funzione di *denotazione* delle vicende umane *regolamentate*, per assumere una funzione di *connotazione*

¹⁷ F. Palazzo, *Il fatto di reato*, cit., p. 16: “..mentre per lo storico la nozione di comportamento può dilatarsi fino a comprendere un vasto segmento [...] per lo psicanalista assurgono al rango di condotte significative anche i “tic” [...] mentre il moralista attribuirà la maggiore “significatività comportamentale” a quei comportamento esternamente inespressi che sono i pensieri..”

¹⁸ F. Palazzo, *Il fatto di reato*, cit., p. 17-18

CAPITOLO I

delle vicende *regolamentanti*¹⁹; detto in altri termini, non sarebbero più le norme a derivare dal significato (delle parole) ma il significato a derivare dalle norme²⁰.

Il principio di materialità è, a nostro avviso, ciò che ancora alla realtà pre-giuridica la griglia delle garanzie penali, conferendo alla nozione di reato, ampiamente specificata dal e nel linguaggio normativo dagli altri principi, la propria “*fisionomia esistenziale*”²¹.

Affermare che una condotta, perché possa qualificarsi come penalmente rilevante, necessiti di quei tratti estrinseci di – direbbe la dottrina tradizionale – “modificazione della realtà sensibile”²², implica un

¹⁹ La distinzione tra “denotazione” e “connotazione” ricopre un ruolo fondamentale nella grammatica giusfilosofica, a partire da John Stuart Mill (*System of Logic*, 1843) e dalla sua riflessione sul discrimine tra ciò che identifica univocamente (o “denota”) una certa entità, e ciò che invece ne riflette o ne implica una proprietà o un attributo (ovvero “connota”).

²⁰ Il che non è storicamente insolito, né particolarmente arduo da immaginare. Si pensi alle “figure criminali fisiologiche” nei totalitarismi novecenteschi, dal “nemico del popolo” in Unione Sovietica, al “tipo normativo d’autore” nel sistema nazista (cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, cit. p. 77). L’utilizzo di formule descrittive evocative, che certo obbedisce alla realizzazione di uno stato di polizia, piega il consueto significato di un termine – generalmente piano e comprensibile, come “nemico” per l’appunto – ad una logica di *connotazione* (o di attribuzione di proprietà o caratteristiche) di tratti generalmente non pre-determinati, che emergono da indagini sommarie o dal mero sospetto. In questo modo, la manifestazione esteriore che dovrebbe sussumersi nella pre-visione insita nella legge finisce, al contrario, per suffragarla *ex post*.

²¹ F. Palazzo, *Il fatto di reato*, cit., p. 18.

²² Il rilievo e il peso che la “modificazione della realtà sensibile” – empiricamente e crudamente intesa – hanno nelle teorie del reato rappresenta un tema per certi versi “infinito” su cui si sono concentrati notevolissimi sforzi in seno alla dottrina tedesca e italiana. Nel corso dei decenni si sono così succeduti diversi inquadramenti della nozione di “azione” – nella sua attitudine a sprigionare il decorso causale “criminoso” – progressivamente più afferenti ad una dimensione “normativa” e sempre meno ad una “naturalistica”. Questo processo prende le mosse dal c.d. “Sistema classico” (Von Liszt, Beling), improntato al determinismo causale – recepito in Italia da Enrico Ferri – e ad una lettura – in ottemperanza all’asserita coesistenzialità epistemologica tra sociologia criminale e diritto penale – squisitamente “meccanica” del concetto “azione” (cfr. José Luis Guzmán D’Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Trento, p.

parallelismo non mediato tra la dimensione normativa e quella naturalistica, nel quale la prima recepisce integralmente l'accezione della seconda in un meccanismo di esplicita positivizzazione non di un dato di esperienza, ma dell'esperienza stessa.

Il diritto, in altre parole, rinuncia a definire cosa sia un "fatto" - e *a fortiori* cosa sia un "fatto materiale" - perché in tutte le proprie declinazioni ne presuppone un significato auto-evidente che attinge direttamente non già da altre scienze, ma dal modo in cui l'essere umano *conosce* ciò che lo circonda²³. Tale modalità è restituita dal termine "fatto" (o "evento", o

161 (nota n. 20): "La concezione lisztiana dell'azione nella struttura del reato è un paradigma della sua metodologia deduttivo-classificatrice. Il reato rappresenta un concetto giuridico che ha come genere prossimo l'azione e (...) in quanto tale, resta libero da considerazioni normative, puro nella sua nudità fisico-psicologica, naturalistica". Sviluppata l'opera di Liszt in un contesto profondamente ostile all'idealismo, l'impeto della filosofia neokantiana e del suo "braccio penalistico" (Mezger), porteranno ad una svolta in chiave assiologica – formalizzatasi nel c.d. "Sistema neoclassico" – che ridefinisce l'azione in senso "normativo", valorizzando per la prima volta apertamente il contenuto sociale del reato e la sua attitudine non solo a giustificare la pena, ma finanche a definire gli stessi tratti reprimendi della condotta. Anche i sostenitori più "radicali" della teoria neoclassica (Mayer, Radbruch) compresero tuttavia l'insostenibilità di una totale sovrapposizione tra i piani dello "essere" e del "dover essere", il che portò infine ad una teorizzazione di sintesi: il c.d. "Sistema finalista" (Welzel); scevro da connotazioni eticizzanti in senso stretto, tale teoria postula una categorizzazione dei comportamenti umani secondo un sistema di strutture ontologiche. Essendo la "finalità" di ogni azione non già un tratto accidentale di essa ma una sua propria nota intrinseca, la scelta di commettere un'azione implica, necessariamente, la scelta di un mezzo; un postulato brillantemente riassunto da un aforisma del suo principale teorico, per il quale "la causalità è cieca, ma la finalità è veggente". Cfr. inoltre, A. Pagliaro, *Il Diritto Penale fra Norma e Società, Scritti 1956-2008*, Vol. I - Monografie di Parte Generale, Milano, 2009, p. 307: "Secondo l'autore tedesco, il problema dell'azione concerne la possibilità di una sovradeterminazione finalistica dell'accadere causale".

²³ Sostanzialmente, in tal senso: José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, cit. p. 60: "Se il Diritto punitivo deve rispettare un certo nucleo di ciò che si dà sul piano psicofisico, nella misura in cui riguarda il piano della regolazione giuridica, risulta che il normativismo della Dogmatica non può radicalizzarsi, a pena di degenerare in un mero costruttivismo, in un regno di forme senza contenuti e risultati senza valore. Al contrario, la Dogmatica penale deve prestare grande attenzione alle informazioni che riceve dal contesto naturale e sociale. Questo

CAPITOLO I

“accadimento”) che rappresenta il criterio ultimo di classificazione cognitiva, con il quale il legislatore arresta la propria attività di ridefinizione epistemica delle disposizioni.

«ancoraggio» al mondo della realtà sensibile appare primordialmente nell'atto delittuoso, il nucleo delle fattispecie descritte nella Parte Speciale, che a sua volta deve essere salvaguardato come punto di partenza e base della teoria del reato”.

4. La recezione costituzionale e codicistica

Le inerenti premesse filosofiche, in specie la tendenziale sovrapposizione con altre, fondamentali, garanzie e la suscettibilità del principio ad una ricezione a-critica di quel che abbiamo riconosciuto come un “supremo” criterio di cognizione, descrivono piuttosto accuratamente il modo con cui la nostra Costituzione ha fatto proprio il principio di materialità del reato.

Esso è stato scorto valorizzando nelle maglie del linguaggio dell’articolo 25, secondo comma, l’inciso “fatto commesso” quale esprime la statuizione di una scelta linguistica molto precisa che, come detto in precedenza, non viene in alcun modo “specificata” per via giuridica ma recepita nella sua integrale e preesistente pregnanza semantica. Si è puniti solo per un “fatto commesso”: un accadimento estrinseco, potenziale oggetto di un processo di cognizione sensoria, riconducibile ad una dicotomia soggetto-oggetto, anch’essa implicita quale presupposto della “commissione” (e non della mera “causazione”) del fatto.

I lavori preparatori della Carta costituzionale riconoscono la natura controversa²⁴ della nozione insita nel termine, ora riferentesi all’azione, ora all’evento, ed è con riguardo alle preoccupazioni circa l’irretroattività delle leggi penali di sfavore che il costituente sembra aver adoperato il

²⁴ V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, p. 61: “Quando si parla di *fatto*, nella scienza giuridica e nella legislazione è controversa la nozione. Per alcuni *fatto* è sia l’azione che l’evento, per altri è solo l’azione. Se noi diciamo che si può punire soltanto in forza di una legge che sia in vigore nel momento in cui si commette il fatto, questa formula potrebbe prestarsi a una applicazione pericolosa; cioè a far ritenere che basti, per punire un soggetto, che la legge sia andata in vigore prima dell’evento, anche dopo l’azione.”

CAPITOLO I

lemma proprio in una prospettiva di sintesi²⁵, che scongiurasse il rischio di una indebita polarizzazione del significato verso questa o quella teoria; qualora il “fatto” si riferisse all’evento e non all’azione, la condotta risulterebbe punibile pur essendosi interamente consumata prima dell’entrata in vigore della disposizione incriminatrice. In questo specifico frangente, pertanto, non è sostenibile l’ipotesi di una scelta “dogmatica”, che attribuisse al termine “fatto” una specifica accezione già pregnante di un significato penalistico. Tuttavia, stante l’indubitabile centralità nella disciplina vigente, è opportuno soffermarsi su come la dottrina ha interpretato la nozione, per comprendere l’estensione del principio su di essa fondato, nonché le ripercussioni sulle garanzie concettualmente limitrofe.

Va premesso che la centralità del “fatto” nell’architettura penale non è affatto una imprescindibile necessità scientifica, ma una scelta molto precisa che allude ad un altrettanto precisa assiologia: l’accoglimento o il rigetto di esso quale tratto definitorio nella “modellistica²⁶” optata segna l’appartenenza ad uno dei due termini della *summa divisio*²⁷ tra il c.d. “diritto penale del fatto” e il c.d. “diritto penale d’autore”. Anche noti,

²⁵ V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione*, cit. p. 61: “..vogliamo che si stabilisca in maniera precisa che la norma di legge penale deve preesistere non solo all’evento ma anche all’azione. Onde è necessario scrivere ‘in vigore prima del fatto’”.

²⁶ G. Marinucci, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale: uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, Vol. 54, 2017, p. 2: “[..] puniamo l’uomo per quel fa, oppure per quel che ha l’intenzione di fare, ovvero per quel che è, come soggetto pericoloso o come nemico della società e/o dello Stato? [..] Sul piano dei modelli di diritto penale, quello oggettivistico — il diritto penale del fatto — designa l’orientamento che pone l’accento e assegna il rango primario al fattore oggettivo, scorgendo il fondamento della pena nella realizzazione del fatto, quintessenza dell’offesa ai beni penalmente protetti, assegnando al principio di colpevolezza — dolo, colpa, assenza di scusanti, errore sulla legge penale, imputabilità — il ruolo di limite alla rilevanza dei fatti offensivi dei beni giuridici.”

²⁷ G. Licci, *Figure del Diritto Penale*, Torino, 2010, p. 69: “Tutta la scienza penalistica è attraversata da una grande dicotomia fra concezioni soggettivistiche e concezioni oggettivistiche dell’illecito penale.”

rispettivamente, come “modello oggettivistico” e “modello soggettivistico”, essi costituiscono le due principali metodologie della funzione penale. La prima individua la devianza punibile nelle caratteristiche dell’azione, la seconda nelle caratteristiche dell’agente. Seppure inerenti ad altra classificazione, è generalmente corretto associare i due modelli a diverse teorie sulla *funzione* della pena: una funzione *retributiva* nel primo caso - che fa seguire alla devianza delle misure che ne sono una *conseguenza*²⁸ - e una funzione *preventiva* nel secondo - che fa precedere alla devianza²⁹ delle misure che ne sono un’*anticipazione*.

²⁸ Occorre naturalmente non commettere l’errore di ritenere che il “modello oggettivistico” rinunci a qualunque efficacia deterrente nei confronti dei reati ancora non commessi, accettando che il sistema penale si limiti a reagire alle violazioni senza prevenirle. Intanto le osservazioni su tale efficacia devono necessariamente tenere conto non solo della funzione della pena, ma anche - e forse soprattutto - del suo *contenuto*, che se carico di quell’effetto rieducativo prescritto dalla Costituzione, ben può disincentivare la futura commissione di ulteriori reati da parte di un condannato. L’efficacia deterrente è tuttavia rinvenibile anche nei confronti di destinatari non ancora afflitti da alcuna misura, seguendo un percorso argomentativo che tenga conto dell’astrattezza della disposizione; che si tratti di una misura retributiva o preventiva, la disposizione penale è, in quanto disposizione, generale ed astratta: attiva un determinato provvedimento in presenza di pre-determinate condizioni. Ebbene, a opinione pressoché unanime della dottrina (si veda, per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale – parte generale*), la conoscenza – o la conoscibilità integrata dall’inescusabilità insita nell’ignoranza non inevitabile della *lex poenalis* – del precetto penale da parte dei destinatari si carica di una “intimidazione, associata al contenuto afflittivo della pena, alla quale si assegna una funzione di controspinta psicologica”. Pertanto, nel caso dei modelli oggettivistici l’efficacia deterrente passerà per la credibilità della forza intimidatrice del precetto, la quale potrà aversi solo in presenza della c.d. “certezza della pena”.

²⁹ Nel caso dei modelli penali d’autore, va fatta una precisazione doverosa inerente il concetto di “devianza”: aderendo al modello rigorosamente positivistico di impronta kelseniana (si veda G. Licci, *Figure del Diritto Penale*, Torino, 2010, p. 6 e ss.), non può che qualificarsi come “devianza” la sola realizzazione della “premessa condizionante” della norma, anche qualora essa si riferisca a mere condizioni personali o a semplici intenzioni; sebbene orientata a prevenire un’offesa che, nella mente del legislatore, è un *quid pluris* rispetto a quanto accluso nel precetto, essa opera comunque secondo lo schema della formula di Kelsen “se A, deve essere B”; in questo senso, anche le

CAPITOLO I

È evidente che la differenza tra i due modelli non risiede solo nella diversa tecnica di redazione delle fattispecie, ma presuppone, a monte, un differente metodo di ricognizione della devianza stessa.

Nel “diritto penale del fatto”, la ricognizione della devianza è demandata ad un’attività di scomposizione logica del *quid* estrinseco che chiamiamo “fatto”, volta ad isolarne i tratti che siano manifestazione delle potenzialità dell’individuo di impattare la realtà esteriore, e che vanno sotto il nome di “condotta”³⁰. Intervenendo sulla nozione ontologica di “fatto” e riempiendola di un significato giuridico - vedremo quanto significativo - , tale concetto assolve alla funzione di riferire il fatto al soggetto, fornendo una prima, fondamentale, circoscrizione alla sfera di rilevanza penale. Occorre, in altre parole, che alla realizzazione della fattispecie concorra³¹ un comportamento umano individuato non solo nella sua estensione di movimento muscolare indotto da impulso

disposizioni di un modello penale d’autore rimangono, a stretto rigore, “successive” e pertanto “conseguenziali” rispetto alla premessa.

³⁰ Si veda sul punto, F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., pp. 126 e ss. che attribuisce al concetto di condotta una triplice funzione categoriale - “di estrinsecazione dell’uomo nel mondo sociale” - , limitativa - “di esclusione delle estrinsecazioni fuoriuscenti dalla sfera della coscienza o della volontà” - e dogmatico-applicativa di unificazione (formale) dei concetti di azione ed omissione.

³¹ Al verbo “concorrere” qui utilizzato è necessario non attribuire riferimento alcuno al tema del “concorso di persone nel reato” (art. 110 c.p.), né al problema delle “cause preesistenti, simultanee o sopravvenute” (art. 41 c.p.) ma serve solo a suggerire le prevalenti posizioni in tema di nesso di causalità. La rimodernazione della teoria condizionalistica (F. Stella, G. Fiandaca, E. Musco), ancora improntata al meccanismo della “sussunzione sotto legge scientifica” ha chiarito l’impossibilità di rinvenire ogni singola “legge di copertura” effettivamente coinvolta in un processo causale. Il risultato, in sintesi, è che la condotta umana, a stretto rigore, è sempre una concausa, anche qualora superi il vaglio del giudizio controfattuale alla base della *conditio sine qua non*.

psichico-nervoso, ma di azione avente una sua intrinseca rilevanza sociale³².

La distinzione tra “fatto” e “condotta” può, esaminando la tecnica di formulazione delle fattispecie, apparire superflua proprio per la peculiarità dell’illecito penale, individuata nel suo essere un illecito di “modalità di lesione ³³” descritto in maniera rigorosamente particolareggiata. Così, molto spesso, il fatto di reato descritto dalla disposizione è una condotta, risultando la distinzione prospettata poco utile nello specificare l’ambito della norma. A questo argomento, apparentemente plausibile, può risponderci secondo due diverse linee di ragionamento: *in primis*, la distinzione tra fatto e condotta rileva non solo in una dimensione di analisi, ma anche e soprattutto in una dimensione fondante; essa individua le fattualità sanzionabili nelle sole ascrivibili, in diversa misura, ai comportamenti dell’uomo; *in secundis*, la distinzione recupera appieno le proprie funzionalità applicative in presenza dei c.d. “reati ad evento naturalistico ³⁴” la cui formulazione implica strutturalmente uno iato tra l’accadimento estrinseco e la condotta che l’ha causato.

Il processo logico di *riferimento* al soggetto del fatto si arricchisce, a questo punto, di quella che potremmo definire una delle più rivoluzionarie – tenendo fede alla terminologia proposta poc’anzi – “ridefinizioni

³² F. Palazzo in *Il fatto di reato*, cit., menziona un “naturalismo” di tipo socio-valutativo, che tempera la “cecità” di una nozione polarizzata sulla mera fisicità mediante tre diversi correttivi: “*cogitationis poenam nemo patitur*”, la c.d. “*suitas*” della condotta e l’aggregazione logica di atti materialmente distinti in una sola “azione”, unitariamente considerata.

³³ M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. II, Parte I, cit. Torino, 2007, p. 12: “L’illeceità penale assume anch’essa come punto di partenza una lesione oggettiva, ma, a differenza dell’illecito civile, costruisce la rilevanza di essa in base a modalità che hanno accompagnato il suo verificarsi; in particolar modo tiene anche conto delle caratteristiche personali del soggetto agente.”

³⁴ F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit. pp. 137 e ss.

CAPITOLO I

epistemiche” dei termini utilizzati nella prassi legislativa, perfezionata da una vasta giurisprudenza³⁵, anche costituzionale³⁶, che trova fondamento nell’art. 42 c.p. Tale disposizione, prescrivendo l’impunibilità di una condotta non sorretta da “coscienza e volontà”, sancisce una distinzione fondamentale sul piano sistematico. La scelta di tenere distinta l’endiadi dalla descrizione dell’elemento psicologico – di cui all’articolo successivo – obbedisce alla volontà di escludere dall’intero fenomeno penale qualunque azione *materialmente* umana, ma priva di quei connotati psichici – minimi – di riferibilità della stessa alle capacità volitive del soggetto, al punto che tale carenza implicherà l’assoluzione per insussistenza del fatto³⁷. A questo punto, ecco che il termine “fatto”, definito nella sua

³⁵ Esemplificativa, Cass. del 30 marzo 1974, n. 229; la cui massima menziona coscienza e volontà quali requisiti ex art. 42 c.p. non già della mera punibilità della condotta, ma per la stessa esistenza giuridica del reato.

³⁶ Corte Cost. n. 364 del 1988: “(..) far sorgere l’obbligo giuridico di non commettere il fatto penalmente sanzionato senza alcun riferimento alla consapevolezza dell’agente (...) equivale a scardinare fondamentali garanzie che lo Stato democratico offre al cittadino ed a strumentalizzare la persona umana, facendola retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati (...)”. Corte Cost. n. 322 del 2007: “[il principio di colpevolezza] mira (...) a garantire ai consociati libere scelte d’azione, sulla base di una valutazione anticipata delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta (...) che verrebbe meno ove all’agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili”.

³⁷ M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol.II, Parte I, cit. p. 68: “Se la coscienza e volontà dell’atto rappresenta sul piano strutturale il segmento iniziale del dolo o della colpa, sul piano sistematico è trattata come un requisito della fattispecie oggettiva, nel senso che, mancando la coscienza e volontà, viene a mancare un fatto oggettivo penalmente rilevante (...)”.

Sull’applicabilità della formula di insussistenza in carenza del requisito ex art. 42 c.p. – Cass. Penale n. 364/1988.

Sulla maggiore “intensità” dell’assoluzione per insussistenza del fatto - che esclude in radice la sussistenza dell’interesse ad impugnare da parte dell’imputato da essa beneficiato - Cass. n. 1340/1993: “(..) la assoluzione con la formula «perché il fatto non sussiste» prevale su qualsiasi altra con formula diversa e, in particolare, rende superflua ogni valutazione della condotta poiché siffatto esame comporterebbe un giudizio che, comunque, si risolverebbe in una *obiter dictum*. Ed infatti, pur se tale

semantica intima ad opera del principio di materialità si colora di quei tratti assiologici ri-definitòri, squisitamente giuridici, forniti da altro principio – c.d. di “personalità³⁸ della responsabilità penale” – realizzando una fondamentale compartecipazione di due dei principali assiomi del diritto penale italiano alla connotazione dello stesso quale “diritto penale del fatto”.

Viceversa, nel “diritto penale d'autore”, non solo il fatto perde la propria centralità, ma la differenza stessa tra “fatto” e “condotta” perde di significato. Il fine esplicito di individuare dei tratti, meramente sintomatici, di un'attitudine innata nel soggetto pericoloso prevarica qualunque esigenza di “riferire” allo stesso il fatto penalmente rilevante. Il processo di riferimento non si configura più come la ricognizione di un nesso tra le facoltà volitive del soggetto e il fatto di reato; si configura piuttosto come un'ascrizione acritica, rigidamente naturalistica e

giudizio fosse favorevole all'imputato, la relativa formula di assoluzione - e cioè «perché il fatto non costituisce reato» - non troverebbe applicazione essendo su di essa prevalente l'altra formula assolutoria più favorevole (..) sia perché indicata con priorità nella elencazione di cui all'art. 129 c.p.p. sia perché preclusiva di azione civile ex art. 652 c.p.p.”.

³⁸ Il principio di “personalità della responsabile penale” risiede nell'art. 27 comma 1 Cost. Sul punto: V. Manes, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto Penale sostanziale)* - Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid 13 – 15 ottobre 2011, p. 35: “Dopo una fase iniziale in cui la disposizione è stata interpretata nella sua accezione minimale, ricavandone un mero “divieto di responsabilità per fatto altrui”(…), la Corte ha progressivamente amplificato tutte le potenzialità dell'istanza personalistica accogliendo definitivamente il principio di colpevolezza (...): nelle pieghe argomentative di quella “fondamentale” pronuncia, argomentando soprattutto alla luce della finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.) - che sarebbe frustrata in radice dall'irrogazione di una sanzione avulsa dalla rimproverabilità soggettiva del fatto addebitato - si è specificato che “per fatto proprio” non deve intendersi «il fatto collegato al soggetto, all'azione dell'autore, dal mero nesso di causalità materiale [...] ma anche, e soprattutto, dal momento subiettivo, il quale deve investire – almeno nella forma della colpa – gli elementi più significativi della fattispecie tipica».”

CAPITOLO I

innestata, in effetti, sul solo nesso di causalità materiale. È d'altronde questa una conclusione, a prescindere da considerazioni non neutrali di ordine politico, perfettamente lineare e coerente: se la fattispecie penale deve individuare, in un meccanismo di esasperata anticipazione della soglia di tutela, comportamenti e modi di essere espressivi di una natura intrinsecamente deviante, la semplice constatazione di quei comportamenti in capo al soggetto punito è requisito necessario e sufficiente all'irrogazione della sanzione.

Ma c'è di più. Non sarà certo sfuggito che un modello oggettivistico funzionante non può che declinarsi in un sistema rigidamente *formale*. I modi di riferimento alle facoltà volitive del soggetto sono regola invalicabile di parte generale, il cui innesto sulla specifica fattispecie determina l'effettiva estensione della norma penale. Ora, in un siffatto modello le previsioni legislative di parte speciale hanno solo in teoria un funzionamento autonomo, e presuppongono ogni singola norma di parte generale non esplicitamente derogata. In presenza di un fatto – anche perfettamente – coincidente alla disposizione di parte speciale, ma commesso (*rectius*: causato) in difetto di coscienza e volontà, tale difetto implica non già la non punibilità, ma l'*inesistenza* del reato. Di contro, nel modello autoriale, il reato – se, a questo punto, di reato possa ancora parlarsi – *preesiste* al fatto e quest'ultimo altro non è che una manifestazione estemporanea³⁹ e del tutto accidentale di una situazione

³⁹ A dimostrazione della straordinaria lucidità della dottrina più risalente, che sembra aver colto *ab origine* l'essenza intima di queste annose problematiche, si riporta un passaggio di F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, cit., p. 71: “Un reato, come ogni atto giuridico, è un *uomo che agisce*; detto in modo ancora più semplice, un *uomo che si muove*. Fisicamente non si può scindere l'uomo dal suo movimento; logicamente sì. Questa scissione si esprime considerando l'atto, o, in particolare, il reato *a parte subiecti* o *a parte obiecti*. Ciò vuol dire, insomma, considerare il *modo di essere dell'uomo* prescindendo dal *modo di essere del movimento*, o, viceversa, il *modo di essere del movimento*, indipendentemente dal *modo di essere dell'uomo*”.

giuridica geneticamente deviante. Le conseguenze estreme della scelta tra i due modelli attengono, in ultima analisi, alla possibilità riconosciuta o meno al consociato di auto-determinarsi in un senso legalitario⁴⁰.

⁴⁰ Scelta che non sembra *ab origine* da riconoscersi – o da riconoscersi solo parzialmente – , nella più recente formulazione della dottrina penalistica “d’autore”, nota come “diritto penale del nemico” – il cui massimo esponente è il tedesco Günther Jakobs – la quale postula la coesistenza di “*due diverse tendenze opposte*” all’interno di un pur unico contesto giuridico penale: attesa la comune natura della pena, in entrambe le tendenze, di reazione ad un tentativo di “*esautorazione della norma*”, quando essa è riservata al “cittadino” mantiene una latente funzione di ripristino del contratto sociale; di contro, quando è rivolta “al nemico” (coloro che “*realizzano condotte devianti per principio*”), la pena assume una funzione pacificatrice che ha come unico scopo la messa in sicurezza dell’ordine statale o sociale avverso una specifica minaccia, i cui perpetratori non si assumono “redimibili” alla legalità. Sul punto, G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico*, Quaderni di Diritto Penale Comparato, Internazionale ed Europeo, a cura di M. Donini e di M. Papa, Milano, 2007.

CAPITOLO I

5. La recezione nel sistema CEDU

Se l'individuazione del principio di materialità appare, nell'ordinamento italiano, difficoltosa non già *nonostante* la sua natura ubiquitaria, che sembra informare il lessico giuridico e guidare il legislatore penale, ma forse proprio per questo suo essere immanente e quasi connaturale all'attività legislativa stessa, nel panorama europeo ciò è persino più difficile per il suo essersi plasmato, nel corso degli anni ed a opinione quasi unanime della dottrina⁴¹, intaccando un gran numero di “dogmi” in materia penale.

Invero la diffidenza⁴² che l'idea stessa di un “diritto penale europeo” aveva da sempre suscitato negli studiosi muoveva da una concezione di rigida separazione dei ruoli – tra giudice e legislatore – e di tassativa individuazione delle fonti che, non certo incoerentemente, solo lo *Stato* sembrava poter garantire. Acquisite le garanzie costituzionali in rottura con l'esperienza fascista e fuggate definitivamente le tentazioni di un modello autoriale – dalla scuola positiva di inizio secolo –, il diritto penale ha assunto la coerente fisionomia della branca di diritto pubblico *par excellence*, informato alla severa disciplina del principio di legalità e ad inderogabili regole di interpretazione. La natura vitale degli interessi in gioco nella funzione penale ne aveva fatto la c.d. *magna charta* del reo⁴³ e

⁴¹ In particolare, V. Manes, *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; A. Bernardi, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Itinerari di Diritto Penale – sezione Saggi, Torino, 2004; G. Stea, *I principi di diritto penale nella giurisdizione europea*, Pisa, 2014; C. E. Paliero, F. Viganò, *Europa e Diritto Penale*, Milano, 2013.

⁴² Emblematici, in tal senso, alcuni interventi tenutisi a Bressanone, nel 1967, in occasione del IV Convegno di diritto penale intitolato “Prospettive per un diritto penale europeo”, nel quale Cesare Pedrazzi disse (cit.) “il diritto penale comunitario, quale branca autonoma e speciale del diritto comunitario, non esiste; così come non esiste un potere sanzionatorio-penale di cui le istituzioni comunitarie siano titolari.”

⁴³ V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit. p. 2.

la “tenuta stagna”, rispetto a un sistema sovranazionale di fonti, garantiva la validità formale delle attività di bilanciamento tra le prerogative di ordine pubblico e i diritti costituzionali individuali; la soggezione del giudice alla sola legge statale – cui la Costituzione riserva in via tendenzialmente assoluta⁴⁴ la potestà dispositiva – garantiva una certa uniformità di applicazione, potenziata dall’attività nomofilattica della Corte di Cassazione. La ben nota metafora del diritto penale come “*Cina imperiale chiusa nelle sue muraglie*⁴⁵” restituiva appieno la nozione “statocentrica” della disciplina, gelosamente sottratta ad interferenze esterne che ne delegittimassero una tradizionale giustificazione “sovranista” e, in definitiva, democratica⁴⁶.

⁴⁴ La riserva di legge in materia penale nell’ordinamento italiano è considerata “tendenzialmente assoluta”, ammettendosi alcune rare eccezioni in materia di c.d. “norma penale in bianco”.

⁴⁵ V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit. p. 6, in citazione di M. S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, 1940.

⁴⁶ Sul rapporto tra democrazia e diritto penale, G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, Quaderni fiorentini XXXVI, 2007, il quale riassume i termini del legame postulato in una duplice ottica di legittimazione da un lato - resa necessaria dalla gravità intrinseca della misura (cit. p. 1250: “Nell’ambito della elaborazione penalistica corrente, la garanzia democratica sottesa al principio di legalità viene riconnessa (..) all’esigenza di dare forte legittimazione politica alle scelte di tutela penale. Questa esigenza di legittimazione si spiega (..) in considerazione del fatto che la sanzione penale è una medicina cui ricorrere con molta precauzione per i negativi effetti collaterali che ne derivano.” e di efficienza dall’altro - intesa quale prudente scelta di criminalizzazione, informata ad esigenze generalmente sentite dalla collettività rappresentata (cit. p. 1251: “L’essere invece il potere di definire i reati riservato al monopolio legislativo - con conseguente (tendenziale) esclusione di fonti normative di grado inferiore - intende, in realtà, promettere qualche cosa di più in una prospettiva di potenziamento delle garanzie sostanziali. Nel senso che il procedimento legislativo appare lo strumento potenzialmente più adeguato a garantire il bene della libertà personale sotto più profili concorrenti: da un lato, potendosi presumere che il Parlamento, quale organo rappresentativo della volontà popolare, ricorra alla coercizione penale soltanto in vista della tutela di interessi rilevanti per la collettività e la cui protezione valga, quindi, il sacrificio della libertà personale (e degli altri diritti) connesso all’applicazione della pena; dall’altro, l’assemblea parlamentare, essendo aperta al confronto tra le forze di maggioranza e di opposizione, dovrebbe poter consentire alle minoranze di esercitare un sindacato sulle scelte di criminalizzazione.”).

CAPITOLO I

L'apertura registratasi, negli ultimi due decenni, a forme di collaborazione politica, cessioni di sovranità e conseguenti compenetrazioni tra gli ordinamenti europei hanno avviato una ridefinizione dei “rapporti di forza” tra le branche dell'ordinamento in un'ottica di progressiva sovrapposizione: ciò è avvenuto secondo due direttrici, la cui combinazione sembra aver avviato un mutamento irreversibile verso una dimensione sempre più “reticolare” della materia penale, contrapposta alla tradizionale visione “piramidale”.

La prima direttrice di questo mutamento attiene, *sic et simpliciter*, al sistema delle fonti. L'auspicata armonizzazione degli ordinamenti anche in materia penale, a partire dal c.d. “terzo pilastro”, è stata demandata a strumenti la cui efficacia oscilla lungo un segmento di vincolatività che va dalla mera raccomandazione⁴⁷ ad una funzione di indirizzo interpretativo⁴⁸, quando non strettamente prescrittiva⁴⁹. La questione è ulteriormente complicata dalla ormai conclamata coesistenza, a fianco della *tipica* competenza normativa o para-normativa ex art. 83 TFUE⁵⁰ – così come ridisegnata dal Trattato di Lisbona – , di una competenza *atipica* pretoria che pone in capo al giudice interno “*un obbligo di risultato*”

⁴⁷ Si pensi, ad esempio, alle raccomandazioni FATF-GAFI: “Standard internazionali per il contrasto del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo e della proliferazione delle armi di distruzione di massa”.

⁴⁸ La c.d. “interpretazione conforme” - *inter alia* alla CEDU - appare uno strumento ben più complesso e penetrante rispetto al proprio omologo delle antinomie “interne”, ristretto ai tradizionali criteri cronologico, gerarchico o di specialità, in quanto presuppone una lettura combinata di disposizioni asimmetriche, in una prospettiva di armonizzazione - se non addirittura *de iure condendo*. Sul punto V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit. p. 48 e ss.

⁴⁹ In particolare con lo strumento delle “decisioni quadro”, a titolo esemplificativo: 2002/584/GAI (mandato di arresto europeo) - 2001/500/GAI (identificazione e confisca di proventi di reato) - 2003/577/GAI (esecuzione nella UE di ordini di blocco dei beni).

⁵⁰ Il quale prescrive l'utilizzo della direttiva quale strumento esclusivo di armonizzazione in materia penale per i fenomeni di “dimensione transfrontaliera” per le “sfere di criminalità” ivi individuate.

Il principio di materialità del reato

*sottoposto al sindacato della Corte di Giustizia che verifica, nel corso della procedura di infrazione, la concreta adeguatezza della soluzione sanzionatoria adottata dallo Stato membro*⁵¹”.

La seconda direttrice è invece di natura *contenutistica* e muove nel solco di una tendenza di progressiva sovrapposizione, che ha visto intrecciare sempre maggiormente il diritto penale con la trama dei diritti umani⁵². È del tutto evidente che la legislazione internazionale umanitaria, tanto per gli strumenti con cui viene implementata che per il suo respiro giusnaturalistico, è in grado di permeare il tessuto normativo senza riguardo alcuno a quelli che sono i limiti – impliciti o espliciti – di applicazione di una normativa di settore – e delle sue nomenclature –, in una marcata prevalenza della sostanza sulla forma⁵³. Inoltre, la possibilità di ricorrere alla Corte EDU per la violazione di un diritto umano – certamente perpetrata anche tramite lo strumento punitivo – ha configurato uno scenario prima del tutto impensabile nel quale lo Stato,

⁵¹ G. Stea, *I principi di diritto penale*, cit. p. 27.

⁵² A tal proposito occorre rilevare che la Corte Costituzionale ancora non riconosce un collegamento esplicito tra la CEDU e l'articolo 2 (che stabilisce il riconoscimento dei diritti dell'uomo in seno al tessuto costituzionale), conducendo la convenzione europea nell' "habitat" dell'art. 117, come si legge nelle ben note sentenze nn. 348 e 349 del 2007.

⁵³ Si veda, a titolo esemplificativo, la sentenza CEDU in merito al ricorso del 23 marzo 2009, n. 17475/09, *Varvara c. Italia*, nella quale la Corte non esita a qualificare come "pena" una misura di confisca eseguita in assenza di una sentenza di condanna (carente, nel caso di specie, per intervenuta prescrizione), accertando pertanto una violazione dell'articolo 7 pur in assenza di un tradizionale requisito formale. Un orientamento poi confermato in sede di appello dinanzi alla Grande Camera (cfr. A. Galluccio, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della corte edu, grande camera, in materia urbanistica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 luglio 2018, par. 7: "Il fatto che una qualsivoglia misura, in qualunque modo 'etichettata' nelle legislazioni nazionali degli Stati contraenti, sia attratta nell'alveo della *matière pénale* convenzionale comporta un unico, fondamentale obbligo per lo Stato parte: quello di garantire che in relazione a tale misura siano applicate le garanzie che la Convenzione riconosce alle sanzioni penali; nel caso di specie, quelle derivanti dall'art. 7 Cedu, così come interpretato dalla Corte Edu").

CAPITOLO I

in una vicenda che decide della libertà di un singolo, smette la propria veste di garante ed esecutore del processo decisionale per divenire, a tutti gli effetti, *parte* nel contenzioso. Ed invero il ruolo dello stato contraente nel sistema CEDU è fondamentale per comprendere non solo la recezione del principio che stiamo considerando, ma piuttosto il modo stesso con cui la Carta “dialoga” con gli ordinamenti nazionali e il ruolo che ne assume nel sistema delle fonti. In altre parole, chiedersi quanto la CEDU abbia *recepito* il principio di materialità del reato implica, innanzitutto, chiedersi a chi la Carta sia rivolta: se al legislatore ovvero al solo giudice.

Occorre muovere due diverse considerazioni: la prima è che del principio, almeno ad un esplicito livello testuale, ve ne è una traccia all’art. 7 (*nulla poena sine lege*⁵⁴) astrattamente rinvenibile – mediante il medesimo percorso argomentativo illustrato per la Costituzione – dall’utilizzo dell’endiadi “azione od omissione (..) *commessa*” nello stabilire i principi di legalità⁵⁵ e di irretroattività delle disposizioni incriminatrici. Scriviamo “astrattamente” alla luce di un’insormontabile carenza di ordine sistematico nella Convenzione che obbliga, purtroppo, a ridefinire “a ribasso” questa specifica garanzia. Abbiamo visto come “il fatto” dell’articolo 25 della Costituzione tragga un fondamentale ampliamento ad opera dell’articolo 27 e del “principio di personalità” ivi espresso: il “fatto” di reato è tale in forza di una connessione alle facoltà volitive del reo, e questo requisito non solo ne condiziona la rilevanza penale, ma

⁵⁴ CEDU, Art. 7: “Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale (..)”.

⁵⁵ Si precisa che nella Convenzione, sia secondo la dottrina che per la giurisprudenza CEDU, il “principio di legalità” non si declina secondo i crismi della “riserva di legge” ma nella più precipua esigenza di “prevedibilità” circa l’illiceità della condotta. Sul punto, più approfonditamente, Cap. 3, par. 2.

innesta sulla nozione minima di “fatto estrinseco” la peculiare nota di riferibilità all’individuo. Ora, non solo nella CEDU non esiste un articolo omologo che consenta una ridefinizione autentica della “azione od omissione”, ma la stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo ammette che “*l’articolo 7 della Convenzione non richiede espressamente un «nesso psicologico» o «intellettuale» o «morale» tra l’elemento materiale del reato e la persona che ne è ritenuta l’autore*⁵⁶”, con ciò avallando, di fatto, ipotesi di responsabilità oggettiva *tout court*. Le implicazioni di questa semplice constatazione sono, potenzialmente, enormi. La presa di posizione della Corte legittima apertamente la costruzione di fattispecie mono-elemento optate dallo stato contraente, derubricando l’insussistenza di un qualsivoglia elemento psicologico a tratto non dirimente in un contenzioso umanitario. Ora, se sul piano sistematico la “coscienza e volontà” e lo specifico criterio di imputazione (sia esso il dolo o la colpa) attengono a elementi distinti nella struttura del reato, lo stesso non avviene – ovviamente – sul piano naturalistico, stante che tanto la “coscienza” quanto la “volontà” rappresentano il segmento iniziale – ed irrinunciabile – nella formazione di qualsiasi processo psichico. Laddove

⁵⁶ *Varvara c. Italia*, cit. par. 70. La sentenza aveva ridimensionato in senso “oggettivistico” un precedente orientamento maggiormente ricettivo degli approcci personalistici nazionali (Ricorso del 25 settembre 2001, n. 75909/01, *Sud Fondi srl ed altri c. Italia*, par. 116:“.. l’articolo 7 non menziona espressamente il legame morale esistente tra l’elemento materiale del reato e la persona che ne viene considerata l’autore. Tuttavia, la logica della pena e della punizione, così come la nozione di «guilty» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «persona colpevole» (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell’articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell’autore materiale del reato. In caso contrario, la pena non sarebbe giustificata. Sarebbe del resto incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall’altra, permettere che si consideri una persona come «colpevole» e «punirla» quando essa non era in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non può assolutamente essere imputato a colui o colei che ne è vittima.”)

CAPITOLO I

il legislatore, come in Italia, espressamente scompone i tratti immateriali della condotta criminosa, imputandone una parte all'elemento oggettivo-fattuale ed un'altra al criterio psicologico di imputazione, ben può – come abbiamo visto – la condotta connotarsi in un senso “psicologico, intellettuale o morale”; in assenza di una simile previsione, la “azione od omissione” menzionate dalla Carta non possono, per la loro estensione semantica, che limitarsi a quanto commesso e volto a connotare la “modificazione del mondo esterno” in un senso strettamente fisico.

La seconda considerazione attiene invece al destinatario della Carta – legislatore o giudice –, e consiste purtroppo, ad oggi, in un *non sequitur*, trattandosi di un interrogativo privo di una risposta univoca. Esemplificative alcune motivazioni *a latere* di decisioni⁵⁷ rivolte all'Italia che sembrano destituire di centralità il tema dei controlimiti in materia penale, muovendosi nel solco di un'argomentazione logicamente irreprensibile, ma palesemente evasiva. Chiamata a decidere sulle violazioni dell'articolo 7, la Corte sovente arguisce⁵⁸ che il proprio compito statutario è quello di verificare la “compatibilità degli effetti” della decisione impugnata con lo spirito della Convenzione, sulla scorta di una considerazione - abbastanza ovvia, in effetti - che tali effetti non sono mai interamente riconducibili alla sola disposizione (legislativa) o alla sola interpretazione (giudiziale). Si tratta di un tema di teoria generale

⁵⁷ Si veda CEDU, *Greco vs. Italy*, ricorso n. 70462/13 par. 40: “Di conseguenza, in qualsiasi sistema giuridico, per quanto chiaro possa essere il contenuto di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti ambigui e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre la certezza, benché altamente auspicabile, è accompagnata a volte da una eccessiva rigidità; ora, il diritto deve sapersi adattare ai cambiamenti di situazione.”

⁵⁸ *Contrada vs. Italy*, ricorso n. 66655/13, par. 61.

ben noto alla dottrina⁵⁹ e sul quale non è possibile eccepire alcunché nel merito, se non fosse che nella costruzione di un sistema sovranazionale di armonizzazione della tutela penale⁶⁰, la Corte EDU ben dovrebbe distinguere tra “effetti dispositivi” ed “effetti interpretativi” contrari alla Carta o, almeno, trattarne la contrarietà in modo differente⁶¹.

Abbiamo quindi una Convenzione – a cui il giudice delle leggi italiano riconosce un rango sub-costituzionale di “parametro interposto di legittimità” – che accoglie del principio di materialità una versione meno rigorosa di quanto non faccia l’ordinamento interno. È questa una premessa importante che forzerà l’analisi della giurisprudenza CEDU in materia di “reati di opinione” sul versante, squisitamente contenutistico, della libertà di espressione.

⁵⁹ Particolarmente radicale, in proposito, la posizione espressa da M. Trapani in *Creazione giudiziale della norma e suo controllo politico*, Archivio Penale, 2017, n.1, p. 20: “La ‘norma’ infatti – giova sottolinearlo anche in questa sede – non coincide affatto con l’enunciato linguistico (= insieme di parole) contenuto nel documento in cui si materializza la legge scritta, ma è, per sua natura, solo il ‘risultato’ dell’attività (cosiddetta) ‘interpretativa’ del giudice avente ad oggetto uno o – in genere – più enunciati linguistici, ossia, propriamente ‘disposizioni’ di legge; norma che, a sua volta, costituisce il ‘presupposto’ logico della ‘decisione’ del caso concreto. Detta confusione che impedisce di vedere la ‘realtà’ normativa delle ‘fonti’ è particolarmente grave, posto che un qualunque ordinamento giuridico – anche ‘parziale’, come quello penale – si caratterizza proprio per ciò che è, nella realtà, il ‘sistema’ effettivo delle sue ‘fonti’ di produzione del diritto (*rectius*: delle ‘norme’ che lo costituiscono).”

⁶⁰ Nel quale, *rebus sic stantibus*, alla Corte EDU competerebbe non già una funzione normativa ma perlopiù nomofilattica.

⁶¹ Dal momento che il comma secondo dello stesso articolo 7 sancisce una vera e propria “clausola di riserva”, che riportiamo integralmente: “Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.”

CAPITOLO II

I reati di opinione

“Ritenere che lo Stato democratico possa (...) limitare drasticamente l’esercizio della libertà non appena esso lasci intravedere un pericolo di turbamento degli equilibri costituiti, significa non capire (...) che l’essenza pratica della libertà è tutta in questo suo essere ‘pericolosa’..”

C. Fiore

SOMMARIO: 1. ORIGINE STORICA ED AMBITO DI PERTINENZA DEL CONCETTO – 2. LA TENSIONE CON LA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO QUALE NOTA ESSENZIALE DEL “REATO DI OPINIONE” – 3. NODI TEORICI E QUESTIONI DI SOSTENIBILITÀ NELLA SISTEMATICA DEL REATO – 4. LE FORME DI MANIFESTAZIONE DEL REATO DI OPINIONE – 5. ATTUALI TENDENZE GIURISPRUDENZIALI CEDU

1. Origine storica ed ambito di pertinenza del concetto

Lo studio per rintracciare le note di un concetto, *stricto sensu*, meta-normativo come quello di “reato di opinione⁶²” impone un particolare rigore nella scelta e nell’uso dei termini, i quali, come abbiamo visto, subiscono un’inevitabile trasfigurazione non appena sono collocati in un

⁶² In generale, sul tema, cfr. L. Alesiani, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006; G. Bettiol, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966; M. Tarantino, *I c.d. “reati di opinione” e il diritto costituzionale alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giustizia Penale*, n.443, 1970; A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati di opinione*, Milano, 1988; C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958.

contesto già denso di proprietà generali. Così, è abbastanza ovvio che una volta trasposta in un ordinamento informato alle note del “diritto penale del fatto”, la dicitura “reato di opinione” tradisce nella propria sintassi l’elisione di un termine mediano – verosimilmente “manifestazione” ovvero “espressione” – che si dà, ragionevolmente, per scontato; ciò a meno ovviamente di voler aderire alle più sinistre soluzioni della letteratura anti-utopica della prima metà del secolo scorso⁶³, per la quale non solo l’esternazione di qualsivoglia dissenso, ma finanche l’*essere* portatori – magari inconsapevoli – di un’opinione “divergente” espone alla ritorsione del potere. È d’altra parte innegabile che la “opinione”, nella sua stretta estensione semantica, individua solo un certo livello di consolidamento intellettuale – puramente interiore – circa un tema o un accadimento, e affatto necessariamente la circostanza che di tale convincimento siano fatti partecipi altri soggetti. Inoltre, come vedremo approfonditamente, un ruolo dirimente nell’integrazione degli elementi oggettivi di fattispecie è spesso giocato dal contesto e dalle modalità in cui l’esternazione avviene, con ciò imponendosi la precisazione preliminare – e in linea di massima applicabile a tutti gli esempi astrattamente considerabili – che il “reato di opinione” è, innanzitutto, un *reato di esternazione finalizzata di un convincimento personale*⁶⁴.

⁶³ Principalmente George Orwell con l’indimenticabile “1984”, ma anche Ray Bradbury, H.G. Wells, Thea von Harbou ed Aldous Huxley.

⁶⁴ Anche tale enunciazione, tuttavia, impone un importante distinguo. Una volta trasposto nel “diritto penale del fatto”, il concetto di reato di opinione non può, *ipso facto*, parametrarsi sul “convincimento personale”. Se ciò che rileva ai fini della punibilità è l’esternazione dell’opinione e la sua finalità, e non l’opinione stessa interiormente considerata, le considerazioni sull’adesione spirituale o morale del reo all’esternazione perdono di qualunque rilevanza. In altre parole, un’opinione “punibile” ai sensi della norma resterà tale anche se esternata in presenza di riserve mentali o – comunque – in assenza di un reale radicamento nel foro interno.

CAPITOLO II

L'origine storica di un simile strumento repressivo è da rinvenirsi nell'istinto di autoconservazione a cui molti ordini costituiti – certo con modalità e intensità differenti – hanno prima o poi ceduto. L'idea di punire un comportamento materialmente inoffensivo, ma virtualmente destabilizzante per le menti o i cuori, è implicitamente sottesa alla presa d'atto che i destinatari della norma penale non sono soggetti meramente soggiacenti, ma individui capaci di pensare e di sentire e, pertanto, di maturare tramite il dialogo o l'ascolto⁶⁵ una posizione autonoma. La paventata eventualità che un'opinione “destabilizzante” si potesse diffondere andando a delegittimare uno *status quo* gradito – o comunque gestibile – descrive accuratamente la nozione di questi reati nella sua accezione primigenia per la quale, in una prospettiva rigidamente *verticale*, essi rappresentavano sostanzialmente una particolare categoria di reati politici – a partire dal paradigma ulpiano del *crimen lesae maiestatis*⁶⁶ –, andandosi quindi a concretare in forme di disprezzo o di dileggio nei confronti del potere o delle istituzioni. Con la dovuta prudenza può individuarsi nell'articolo 19 dell'Editto Albertino sulla stampa, che puniva le “offese verso la Sacra Persona del Re o Reale Famiglia, o

⁶⁵ Come spiega chiaramente F. Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale, I: Delitti contro la persona*, Padova, 2005, p. 201: “(..)per la loro sussistenza [nda: dei delitti di diffamazione e ingiuria] sono necessarie non solo l'esternazione, in tutti i modi possibili, ma anche l'altrui percezione, l'altrui presa di conoscenza del pensiero offensivo”.

⁶⁶ I “reati di maestà” di cui al codice sardo-piemontese del 1839, in sostanziale continuità con i codici dell'*ancien régime* (come spiega C. Fiore, *I reati di opinione*, Padova, 1972, pp. 16 e ss.) nel reprimere l'attentato, la cospirazione o l'istigazione, subiranno un cambio di denominazione col codice Zanardelli nell'espressione “Delitti contro la sicurezza dello Stato”, che doveva promuoverne una visione liberale in discontinuità con esperienze autoritarie. La formulazione poi introdotta dal codice Rocco – e tuttora vigente – di “Delitti contro la personalità dello Stato” vuole, di contro, recuperare la visione autoritaria di cui il fascismo era portatore, nel riaffermare la soggettività dello Stato, in grado di declinarsi in restrizioni più ampie di quelle volte a garantirne la pura e semplice sicurezza.

Principi del sangue” il capostipite – per quanto concerne l’Italia – di tutte quelle fattispecie – costruite a tutela del prestigio dei soggetti apicali nel sistema politico del tempo – che evolveranno alla fine in ciò che chiamiamo, con una formula tanto solenne quanto generica, “vilipendio”. È però necessario prendere atto che la criminalizzazione dell’opinione, sin dai suoi albori, non si esaurisce affatto nella censura di esternazioni irrispettose, destinate per la loro natura ad attaccare la mera integrità o il decoro di un’istituzione, ben dovendosi annoverare varie forme⁶⁷ orizzontali di “apologia”, di “provocazione”, di “istigazione” e di “propaganda” che inevitabilmente danno, sul piano normativo, connotati più complessi al concetto di “opinione” e, di riflesso, al reato tramite essa commesso. La giurisprudenza costituzionale⁶⁸ e di legittimità⁶⁹ in epoca repubblicana tenterà di tracciare con precisione il confine tra le condotte limitrofe di “apologia”, “istigazione” e “propaganda”, districandosi in una fitta fenomenologia il cui tratto dirimente sembrerebbe essere il movente che anima l’*opinans* all’esternazione. Usiamo deliberatamente il latinismo in vece del concetto di “portatore di opinione”, con

⁶⁷ Paradigmatico in questo senso l’articolo 24 del citato Editto Albertino che recitava: “Qualunque offesa contro la inviolabilità del diritto di proprietà, il rispetto dovuto alla legge, ogni apologia di fatti qualificati crimini o delitti dalla legge penale, ogni provocazione all’odio fra le varie condizioni sociali, e contro l’ordinamento della famiglia, sarà punito colle pene di cui all’art. 17”.

⁶⁸ Corte Cost. sentenza del 4 maggio 1970, n. 65; Corte Cost. sentenza del 17 aprile 1969, n. 84. Sul coefficiente psicologico nelle condotte di istigazione: Corte Cost. sentenza del 23-24 marzo 1988 n. 364; Corte Cost. sentenza del 30 novembre 1988 n. 1085.

⁶⁹ A partire dalla sentenza Cass. Sez. Un. 19 novembre 1958, in RIDPP, 1960, la cui massima recita: “Per aversi ‘apologia’ ai fini dell’art. 414, ultima parte, cod. pen., è necessario e sufficiente che la rievocazione del delitto venga fatta in modo che l’apologeta manifesti la propria approvazione convinta dell’episodio delittuoso e la propria adesione spirituale ad esso; tale giudizio favorevole, infatti, concorre a determinare, nello spirito di chi lo apprende, quella disgregazione del comune sentimento di avversione e ripulsa verso il delitto, che costituisce il fondamento dell’incriminazione dell’apologia di reato”.

CAPITOLO II

riferimento a condotte – quali l’istigazione appunto – che sembrerebbero esulare dalla mera esternazione di un convincimento, per introdurre una questione fondamentale nella topografia dei reati in questione cui, a nostro sommo avviso, la citata giurisprudenza – come anche parte della dottrina – non ha sinora offerto soluzioni soddisfacenti. Invero, l’opera interpretativa tutta appare molto disinvolta e fiduciosa nel ricostruire il confine tra lecito e illecito nella possibilità della “opinione criminale” di impattare l’altrui sfera psichica al punto di far protendere verso la commissione di reati, immaginando – ci si consenta la forzatura – una sorta di *conditio sine qua non* tutta mentale. Così, la Cassazione del 1958 attribuiva al reato di apologia di delitto, di cui all’art. 414 c.p., una funzione “*disgregante del comune sentimento di avversione*” contro l’episodio delittuoso, che ne valida la collocazione tra i “delitti contro l’ordine pubblico” in quanto concretamente suscettibile di determinare altri a condotte criminose. Un passaggio logico – il riferimento a un “comune sentimento” – presente anche, *mutatis mutandis*, in una pronuncia⁷⁰ di rigetto della questione di legittimità costituzionale del medesimo articolo del codice che, riconducendo l’apologia alla figura della “istigazione indiretta”, non solo ne sancisce la compatibilità con il diritto costituzionale alla manifestazione del pensiero, ma ammette – neanche tanto implicitamente – che la condotta meramente apologetica può sottendere una ragione motivazionale e finanche uno sprone per ottenere la soppressione di una legge sgradita, sostituendo così un legittimo e progressivo cambiamento con una rottura violenta. A tutto questo fa eco

⁷⁰ Corte Cost. sentenza del 4 maggio 1970, n. 65, “considerato in diritto” – terzo capoverso: “Ogni ordinamento statale prevede e indica i mezzi per mutare le leggi penali quando esse appaiono non più rispondenti al comune sentimento della giustizia. Non solo, quindi, i regimi autoritari, ma altresì quelli liberali, democratici, popolari hanno sempre preveduto e prevedono il reato d’apologia del delitto, già contemplato nell’art. 247 del codice penale italiano del 1889.”

un'illustre posizione dottrinale⁷¹, che pretende di individuare il limite della guarentigia dell'articolo 21 in una vera e propria distinzione sul piano dei processi cognitivi, per la quale sussisterebbe una differenza strutturale tra la persuasione e l'adesione meramente emotiva; con ciò implicando che il dibattito democratico, che la libera manifestazione del pensiero deve alimentare e garantire, è tale solo in forza della ragionevole e pacata dialettica a cui è, solo eventualmente, informato.

Sul piano dogmatico e sistematico, siffatta impostazione sembrerebbe presentare il vantaggio di ricostruire con relativa certezza l'ambito di pertinenza del "reato di opinione", rappresentando le varie fattispecie ad esso riconducibili come "abusi" della libertà di espressione, carichi di un *quid pluris* che farebbe venir meno la copertura costituzionale. In realtà, a ben vedere tale soluzione in altro non si traduce che una tautologia, laddove l'esatta estensione della libertà di espressione viene definita, in via residuale⁷², negli spazi liberi non soggetti ad alcuna criminalizzazione, col risultato che è lecito dire non ciò che è tutelato dalla Costituzione, ma ciò che non è illecito⁷³. Il rifiuto della Corte Costituzionale di dichiarare illegittimo l'ultimo comma dell'art. 414 c.p. sembra obbedire sorprendentemente proprio a questa logica, non foss'altro che la differenza nel mero tenore letterale dei termini considerati – apologia e istigazione – sottintende, quasi alla perfezione, un diverso approccio

⁷¹ G. Bettiol, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 13: "[le condotte di istigazione, apologia e propaganda sono] soverchiate da momenti psicologico-sentimentali, irrazionali, volitivi ed emotivi che non tendono per natura loro a persuadere, ma ad eccitare, a commuovere"

⁷² Si tratta, tra l'altro, di un primo orientamento costituzionale noto come "teoria dei limiti naturali". Sul punto, si veda più avanti, par.2.

⁷³ La giurisprudenza costituzionale sul punto chiarisce che la riserva "assoluta" di legge non costituisce l'unico requisito di una criminalizzazione compatibile con l'articolo 21, che esige anche la tutela di un bene costituzionalmente tutelato; in tal senso, Corte Cost. sentenza n. 9 del 1965; sent. n. 11 del 1968; sent. n. 112 del 1973; sent. n. 20 del 1974; sent. n. 18 e sent. n. 100 del 1981.

CAPITOLO II

politico criminale: il primo tipico, per l'appunto, del fascismo in cui è criminale già solo “perorare o difendere” una causa o un episodio; il secondo in cui la punibilità è sottoposta a una verifica eziologica almeno potenziale. Sebbene il ragionamento della Corte non suffraghi, *tout court*, la legittimità di fattispecie apologetiche, il lemma diviene un'articolazione della condotta istigatrice⁷⁴ che, pur “indirettamente”, dispiega i propri effetti sulla formazione dell'altrui convincimento⁷⁵, incarnando perciò il medesimo disvalore.

La già difficile differenziazione tra le condotte nel solco di questo criterio “cognitivo” si complica ulteriormente aggiungendo alla griglia concettuale la nozione di “propaganda”, rintracciabile nel più peculiare contesto dei reati d'odio⁷⁶, in merito al quale recente giurisprudenza di legittimità⁷⁷ ha individuato il tratto distintivo nella indeterminatezza del destinatario ultimo, e la conseguente suscettibilità delle affermazioni a permeare incontrollatamente l'opinione pubblica.

È a questo punto necessario serrare le fila del ragionamento, tentando di addivenire ad una definizione minima della categoria in analisi, avendo

⁷⁴ Corte Cost. sentenza del 4 maggio 1970, n. 65, “considerato in diritto” – sesto capoverso: “Plaudire a fatti che l'ordinamento giuridico punisce come delitto e glorificarne gli autori è da molti considerata una ipotesi di istigazione indiretta: (...)”.

⁷⁵ Interpretazione suffragata dal coevo orientamento di Cassazione con Cass. 16 dicembre 1968, in *Giust. Pen.*, 1970, II, 46 m.74

⁷⁶ L. n. 654 del 1975, art. 3, comma 1 e L. n. 85 del 2006, art. 13, per il reato ivi contemplato di “Propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico”.

⁷⁷ Cass. pen. Sez. I, Sent., 11-12-2012, n. 47894, pt.3, 5° capoverso: “..l'elemento che caratterizza la fattispecie è la propaganda discriminatoria, intesa come diffusione di un'idea di avversione tutt'altro che superficiale, non già indirizzata verso un gruppo [specifico e individuato degli appartenenti all'etnia, *nda*], ma verso tutti [gli appartenenti al medesimo, *nda*] indicati come assassini, ladri, pigri, canaglie, aguzzini e via dicendo, quindi verso il loro modo di essere, verso la loro etnia evocata espressamente, avversione apertamente argomentata sulla ritenuta diversità ed inferiorità.” Sul punto si veda inoltre Cass. Sez. 3 7.5.2008, n. 37581.

chiara – come buona prassi metodologica⁷⁸ – l’esigenza di evitare derive concettualistiche che pure nella formulazione di una nozione, come detto, “meta-normativa”, dal respiro maggiormente storico e sociologico, potrebbero apparire plausibili.

Nell’alveo di un ordinamento che recepisce il “principio di materialità” nelle note descritte⁷⁹ in precedenza, è pacifico che la *opinione* di cui si discorre vede la propria genesi nel momento in cui si tramuta in *fatto*; per successiva implicazione, il requisito di *suitas* di cui all’art. 42 c.p. aiuta a circoscrivere la nozione individuandola quale espressiva di uno specifico contenuto sociale, il che – è bene precisare – è ben diverso dal riconoscere una qualche rilevanza alla nozione pre-giuridica di *opinione*, astrattamente carica di un presunto significato universale⁸⁰ quale, invece, è possibile rinvenire nel concetto di “fatto”. Tanto, infatti, sotto un profilo squisitamente semantico, che lungo la proiezione del medesimo in tutte le norme ad esso virtualmente rispondenti, non può non

⁷⁸ Si abbia riguardo a tal proposito, nonostante una sua certa prolissità, alle ancora attuali posizioni dell’autorevole dottrina di Arturo Rocco esplicitate nella celebre “prolusione sassarese”. A. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* in Riv. dir. e proc. pen. 1910, 514- 518: “Questo studio [la scienza del diritto penale, *nda*] è necessariamente uno studio tecnico giuridico, perché altri mezzi non si hanno, nella conoscenza scientifica del diritto, se non quelli forniti dalla tecnica giuridica: ma ciò non vuol dire che il cultore del diritto penale non debba assumere talvolta la veste dell’antropologo, del psicologo e del sociologo; e neppure che in questo studio tecnico del diritto non si possa, e non di debba, anzi, seguire un metodo positivo e sperimentale. Distinzione non è separazione e tantomeno divorzio scientifico.”

⁷⁹ Si veda, cap. 1, par. 3

⁸⁰ Come argomenta molto bene Alessandro Spina, *Libertà di espressione e reati di opinione*, intervento presentato all’incontro di studio: “Le novelle penalistiche del 2006 — Legittima difesa, reati associativi politici e reati d’opinione”, tenutosi a Palermo il 9 maggio 2006, il quale spiega: “In quest’ottica, non esistono condotte che ontologicamente (cioè in virtù di proprie caratteristiche strutturali) rientrino nella garanzia della libertà di espressione, e condotte che ne siano ontologicamente escluse: qualunque condotta vi può rientrare (allo stesso modo in cui una condotta che tipicamente consiste nella manifestazione del pensiero può esserne esclusa), a seconda delle ragioni per cui, e del punto di vista dal quale, essa sia presa in considerazione dalla legge.”

CAPITOLO II

riscontrarsi rispettivamente un'inaccettabile vaghezza ovvero soluzioni palesemente irragionevoli. Si pensi, ad esempio, a qualunque condotta di rimostranza politica che degeneri in forme di violenza, anche solo verbale (come accadrebbe se, in preda al furore di un comizio politico, Tizio pronunciasse affermazioni fattualmente false e calunniose ai danni di qualcuno); è del tutto ovvio che anche una condotta carica di un genuino livello di convincimento personale, che a torto o ragione si può qualificare o spacciare per un'opinione, può avere delle ripercussioni penali che nulla hanno a che vedere con la libertà d'espressione. Se si cede alla tentazione di attingere a fonti esclusivamente pre-giuridiche, che rinveghano le proprie note dirimenti nel solo foro interno fenomenologicamente considerato, la nozione finisce col dilatarsi inaccettabilmente finendo col coincidere, in tutto e per tutto, con la *suitas* stessa. D'altronde, qualunque comportamento umano può astrattamente essere letto ed interpretato alla luce di un radicamento intellettuale pregresso, e perciò considerarsi *lato sensu* la "esternazione di un contenuto di pensiero" o, più genericamente, "manifestazione del proprio essere".

Attesa l'inaffidabilità⁸¹ di un criterio "ontologico", non rimane che riguardare a un criterio "teleologico", che individui le fattispecie strutturate sulla censura di uno specifico contenuto esternato *in quanto tale*, al quale è attribuito un disvalore che costituisce la *ragione* – sottostante – per la quale quella precipua opinione è criminalizzata⁸².

⁸¹ Alessandro Spina, *Libertà di espressione*, cit. p. 702.

⁸² Alessandro Spina, *Libertà di espressione*, cit. p. 724-725: "Partendo (...) da una considerazione dello scopo di una certa norma incriminatrice, del perché il legislatore ha incriminato una certa condotta, di cos'è che il legislatore ha voluto evitare che si verificasse, e quindi del modo in cui la condotta è tipizzata nella norma incriminatrice, potremo dire di trovarci di fronte ad un reato di opinione, tutte le volte che si possa dire che una norma incrimina un certo fatto in quanto espressivo

2. La tensione con la libertà di manifestazione del pensiero quale nota essenziale del “reato di opinione”

In osservanza delle dette premesse di metodo, che scongiurino un’impostazione indebitamente concettualistica – o avventurosamente pre-giuridica – , una proposta definitoria dei reati di opinione non potrà tradursi in un’elencazione tassativa di specifiche fattispecie, dovendosi ammettere in linea di principio tanto l’eventuale – concreta – pertinenza alla categoria di fattispecie delittuose apparentemente estranee, quanto l’estraneità in concreto di fattispecie apparentemente pertinenti. Prima di procedere, un’ultima precisazione; un approccio doveroso dal punto di vista metodologico è quello di considerare la nozione di “reato di opinione” come *assiologicamente neutra*. Certo la sensibilità e il prevalente orientamento politico attuale ben potrebbero valutarla alla stregua di un “ossimoro” giuridico, e cioè la fusione a freddo di due termini non accostabili, suscettibili di escludersi vicendevolmente, col risultato di polarizzare in un senso o nell’altro la risposta a qualunque *quaestio iuris* che sorgesse dall’indagine: “accettare l’ossimoro” significherebbe, in altre parole, o concludere che non può esservi reato perché c’è un’opinione (e qui interverrebbero molte clausole generali come il “reato impossibile” ex art. 49 c.p., o la non punibilità ex art. 131bis c.p.) o che non può esservi un’opinione perché c’è un reato. Assiologicamente opposte, le due conclusioni finiscono, a prescindere dalla loro plausibilità, col negare a priori la sussistenza di qualunque profilo critico e, *a fortiori*, l’esigenza di qualunque bilanciamento interpretativo.

di un contro-valore rispetto ad un valore morale sovra-individuale, od anche in quanto turbativo di una sensibilità sovra-individuale rispetto ad un valore morale.”

CAPITOLO II

Perciò, proprio per valorizzare tanto il profilo descrittivo quanto quello critico, occorre ammettere che pur in presenza di solide garanzie costituzionali, un certo segmento del fenomeno regolamentato vede collidere due distinte esigenze, entrambe tutelate. Quella di “reato di opinione” deve pertanto assumersi come un’espressione descrittiva, non illegittima a priori, che pone l’interprete di fronte all’eventualità di un “*trade-off*” tra libertà e tutela penale.

Definiamo i *reati di opinione* come delle condotte penalmente rilevanti, tipiche, colpevoli ed antiggiuridiche, che per le precipue modalità di commissione determinano, se punite, un *potenziale* conflitto con l’articolo 21 della Costituzione.

Per iniziare, se un’accezione naturalistica del concetto di *opinione* non può, per le suesposte ragioni, trovare applicazione nell’economia del presente ragionamento, lo stesso dovrebbe perlomeno fungere da parametro di apprezzamento della tutela costituzionale della libertà di espressione, almeno per la sua astratta suscettibilità a ricomprendere, in senso lato, tutte le forme di “pensiero” la cui manifestazione è costituzionalmente garantita. Cedere completamente a questa istanza rischia tuttavia di tradursi in una forzatura di quelli che sono i confini, stabiliti da una pur ondivaga giurisprudenza costituzionale⁸³, della libertà di manifestazione del pensiero, tracciati dalla c.d. “teoria dei limiti

⁸³ Corte Cost. sent. n. 87/1966, considerato in diritto, pt. 4, secondo capoverso: “il diritto di libertà della manifestazione del pensiero non può ritenersi leso da una limitazione posta a tutela del metodo democratico. Gli artt. 1 e 49 della Costituzione proclamano tale metodo come il solo che possa determinare la politica sociale e nazionale. Ed esso non consente l’usurpazione violenta dei poteri, ma richiede e il rispetto della sovranità popolare affidata alle maggioranze legalmente costituite, e la tutela dei diritti delle minoranze, e l’osservanza delle libertà stabilite dalla Costituzione.”

logici⁸⁴”. Andatasi a sostituire ad un primo orientamento “di rodaggio” ad una giovanissima costituzione, chiamato a gestire la transizione ad un ordinamento repubblicano e costituzionale, e facente sostanzialmente leva sul riconoscimento di una norma generale esclusiva⁸⁵ – che validava in quanto tali le scelte incriminatrici del legislatore ordinario – , tale teoria inquadra la nozione di “pensiero” in un senso profondamente restrittivo, tendendo ad escludere dal sintagma qualunque forma di suggestione irrazionale o prerazionale⁸⁶. Ora, sebbene il termine “pensiero” ed il termine “opinione” possono ragionevolmente considerarsi alla stregua di sinonimi, il rigore che la materia impone richiede di indagare – seppure succintamente – la loro effettiva interscambiabilità, e ciò non può non avvenire, nuovamente, che nel solco del diritto positivo. La presenza di una sponda positiva e testuale che renda plausibile l'accostamento dei due termini, o che ne valorizzi una differenza semantica da cui trarre considerazioni utili a definirne la rispettiva estensione, permetterebbe di dare al concetto una definitiva “cittadinanza” giuridica; soccorrono, a questo scopo, gli unici due articoli⁸⁷ della Costituzione che annoverano il termine “opinione” nel proprio testo: l'articolo 3 e l'articolo 68.

⁸⁴ Sul punto, P. Nuvolone, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in Legge penale e libertà di pensiero, Padova, 1966.

⁸⁵ In tal senso, C. Caruso, *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e libertà di manifestazione del pensiero*, Forum di Quaderni Costituzionali, Bologna, 2012, p. 2: “In un primo momento, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione del 1948, la Corte applica in via deduttiva il figurino dogmatico della libertà di manifestazione del pensiero. Così, sin dalla sua prima sentenza, il Giudice delle leggi, nel dichiarare illegittima la norma oggetto del giudizio, delimita i confini della libertà attraverso lo schema della norma generale esclusiva, escludendo dalla tutela ciò che non rientra nella protasi della disposizione costituzionale.”

⁸⁶ C. Caruso, *Tecniche argomentative*, cit. p. 3: “..la libertà di espressione assume le sembianze del colloquio razionale, che consiste in uno scambio di idee alieno da particolari forme di pressione psicologica.”

⁸⁷ Per scrupolo di completezza, è doveroso segnalare che a livello strettamente testuale anche l'art. 122 utilizza, al 4° comma, il vocabolo “opinioni”. Trattandosi

CAPITOLO II

Il primo, che sancisce il principio di uguaglianza formale dei cittadini dinanzi alla legge, eleva l'opinione politica a tratto della persona esposto ad un significativo – perché storicamente fondato – rischio di discriminazione; qualificata pertanto come una nota della personalità guarentigata dall'emarginazione o da un trattamento di indebito sfavore, la “opinione politica” a mente dei principi fondamentali rappresenta la *specificazione individuale*⁸⁸ di quella libertà che copiosa dottrina⁸⁹ e costante giurisprudenza⁹⁰ hanno definito la “pietra angolare” dell'ordine democratico. Il secondo sancisce invece la controversa “insindacabilità parlamentare” e consente di trarre, su di un livello meramente testuale, una preziosa indicazione: la circostanza che, in forza del ricostruito “nesso funzionale”⁹¹ con l'attività parlamentare, l'opinione – e il voto – acquisisce la liceità in forza dalla sussistenza di una causa di giustificazione⁹², implica che ben può una “opinione” integrare un fatto tipico di reato, solo incidentalmente scusato da una speciale clausola che non rimuove la colpevolezza, ma l'antigiuridicità – ovvero determina la

tuttavia del medesimo presidio – a livello però regionale – di cui all'art. 68, si ritiene ai fini della trattazione di unificare i due casi.

⁸⁸ Secondo un'interpretazione del più recente costituzionalismo, ad opera di L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari, 2018, il portato dell'articolo 3 si realizza pienamente in un principio di laicità (*rectius*: in una “meta-etica laica”) che tollera la coesistenza di opinioni morali differenti in forza del c.d. “anticognitismo” a cui è informata.

⁸⁹ Per tutti, cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1997; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Roma, 2001.

⁹⁰ Corte Cost. sentenza del 17 aprile 1969, n. 84, prima sentenza ad utilizzare l'espressione “pietra angolare”; seguono, in senso conforme: Corte Cost. sentenza del 4 febbraio 1965, n. 9; Corte Cost. sentenza del 24 giugno 1970, n. 122; Corte Cost. sentenza del 5 luglio 1971, n. 168; Corte Cost. sentenza del 29 aprile 1985, n. 126.

⁹¹ Sulla sussistenza del nesso a fronte di attività c.d. “extra-moenia” o di atti parlamentari “innominati” o “atipici”, cfr. P. Caretti, M. Morisi, G. Tarli Barbieri, *Lo status di membro del Parlamento in prospettiva comparata* - Seminario di studi e ricerche parlamentari «Silvano Tosi», Firenze, giugno 2012.

⁹² Sulla natura “esimente” dell'art. 68 Cost, Cass. sez. V, 27 ottobre 2006 – 24 novembre 2006, n. 38944.

non assenza di un elemento negativo, secondo la teoria bipartita⁹³ –; una contiguità, pertanto, rispetto all’esercizio ordinario della libertà di espressione, sancita espressamente anche dalla giurisprudenza costituzionale⁹⁴.

La “potenzialità” del conflitto che assumiamo a requisito incorpora una formula dubitativa che deve rimandare alla premessa *neutralità* della categoria che consideriamo; nuovamente, se il requisito si esaurisse in un conflitto aperto con l’articolo 21 ne deriverebbe l’illegittimità *tout court* di tutti i reati di opinione, la cui definizione si tradurrebbe nella *reprimenda* di una prassi legislativa strutturalmente difforme dal dettato costituzionale, e “l’ossimoro” prima evocato tornerebbe pienamente valido. Tuttavia, l’esigenza di non derivare verso qualificazioni astratte, prive di qualunque ancoraggio a prassi giuridiche reali impone di valutare la sussistenza di tali potenzialità alla stregua di deduzioni formalmente certe, che pongano la questione in termini altri dalla mera speculazione; l’origine di questa esigenza è facilmente rinvenibile: ad un’interpretazione testuale, l’articolo 21 pone come unico limite *esplicito* alla libertà di manifestazione del pensiero⁹⁵ quello del “buon costume”, afferente peraltro al solo e

⁹³ In generale su “bipartizione” e “tripartizione” del reato e sulla qualificazione sistematica delle cause di giustificazione, cfr. M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. II, Parte I, cit., p. 47 e ss. e 184.

⁹⁴ Corte Cost. sentenza dell’11 gennaio 2000, n. 10: “Per tale ragione «solo il c.d. “nesso funzionale” consente di discernere le opinioni del parlamentare riconducibili alla libera manifestazione del pensiero, garantita ad ogni cittadino nei limiti generali della libertà di espressione, da quelle che riguardano l’esercizio della funzione parlamentare»”.

⁹⁵ Si tratta di una latitudine testuale, a presidio della libertà in esame, tutt’altro che sconosciuta anche in culture giuridiche particolarmente distanti, come gli Stati Uniti, la cui Costituzione realizza un’assertiva ed energica sintesi tra la dottrina del *free marketplace of ideas* (Locke, Milton e Mill) e la dottrina primo-illuministica (Montesquieu) sulla separazione dei poteri; la risultante, in tema di libertà d’espressione, è quella di un autentico obbligo di *non facere* imposto al potere legislativo che, ai sensi del primo emendamento “*shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or of the press; (...)*”.

CAPITOLO II

specifico *medium* della stampa. L'incisività di una simile scelta di linguaggio aveva prodotto, come accennato, un primo orientamento⁹⁶ di disconoscimento del tratto naturalistico di "opinione" a proposito delle condotte di *istigazione, propaganda, apologia e vilipendio* in forza di una presunta forma "attivizzante"⁹⁷ da cui sarebbero connotate, che depriverebbe l'esternazione, per ciò solo, della propria copertura costituzionale. È a questo punto necessario soffermarsi su questo specifico aspetto e rintracciare gli argomenti che hanno portato al superamento di un'impostazione tanto rigida e "mitizzante" del rapporto che, normalmente, corre tra due interlocutori. L'idea alla base di questo orientamento "disconoscente" è che sia possibile, sul piano dei processi cognitivi e relazionali, distinguere con assoluta precisione – tanto semantica quanto empirica – la *comunicazione* dalla *persuasione*. Essendo due condotte orientate, teoricamente, a finalità del tutto distinte, tale differenza sarebbe deliberatamente traducibile nelle modalità di esternazione del contenuto comunicato, ovvero perorato; di talché, in presenza vuoi di elementi di fatto o contesto che indirizzino l'indagine, vuoi di indizi circa l'*animus opinandi*, sarebbe sempre praticabile una qualificazione discriminante che si rifletta nell'eventuale attivazione di una risposta sanzionatoria. Tuttavia, come è stato efficacemente fatto notare oltreoceano in tempi ormai lontani⁹⁸, nella costruzione di una

⁹⁶ L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit. p. 144: "...le condotte in questione [secondo tale orientamento, nda] sarebbero di per sé estranee, indipendentemente dalla natura degli interessi su cui incidono i loro effetti pregiudizievole, al concetto di manifestazione del pensiero rilevante ex art. 21 Cost., in quanto esse, costituendo "principio di azione", "incitamento all'azione", ovvero essendo caratterizzate dalla prevalenza di momenti emotivi e irrazionali, concreterebbero altrettanti limiti "logici" della libertà oggetto di tutela costituzionale".

⁹⁷ P. Nuvolone, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero*, cit. p. 353 e ss.

⁹⁸ Ci riferiamo ad un autentico caso di scuola nel diritto statunitense, nato dall'opinione dissenziente del giudice della Corte Suprema Federale Oliver Wendell Holmes nel caso *Gitlow v. New York*. In dissenso rispetto alla decisione di convalida

fortunata dottrina⁹⁹ aderente ad una visione ben più radicale e, a nostro sommo avviso, anche più condivisibile, sull'essenza della libertà di espressione, “ogni idea è un incitamento¹⁰⁰”; non sussiste una differenza qualitativa, chiaramente individuabile, tra un'esternazione puro pensiero ed un tentativo di persuasione, dipendendo l'esito da un fattore di “enfasi” dell'oratore che può incontrare un contro-bilanciamento del tutto indipendente dalla propria volontà o condotta. Un'intuizione, questa, in grado di ridefinire la portata della libertà di espressione addirittura oltre quelli che sarebbero i confini della propria stessa sopravvivenza¹⁰¹, in un'implicita accettazione del rischio insito nella deflagrazione degli abusi della libertà stessa, che portino alla compromissione delle garanzie democratiche. L'inerenza di questi limiti alla libertà d'espressione non ad un divieto esplicito né ad un aspetto

della condanna inflitta a Benjamin Gitlow, attivista comunista reo di incitamento alla rivolta, il giudice Holmes offre una rilettura molto estensiva del primo emendamento, destinato a suo dire a funzionare ad appannaggio finanche della peggiore ideologia antagonista: “If, in the long run, the beliefs expressed in proletarian dictatorship are destined to be accepted by the dominant forces of the community, the only meaning of free speech is that they should be given their chance and have their way”. Dissenting opinion in *Gitlow v. New York* - Justice Holmes; 268 U.S. 652, June 08, 1925.

⁹⁹ Si tratta della c.d. “*clear and present danger doctrine*”, originata dal caso di cui alla nota precedente e che informerà senza soluzione di continuità la giurisprudenza della Corte Suprema in tema di *freedom of speech*.

¹⁰⁰ Dissenting opinion in *Gitlow v. New York*, cit. “Every idea is an incitement. It offers itself for belief, and, if believed, it is acted on unless some other belief outweighs it or some failure of energy stifles the movement at its birth. The only difference between the expression of an opinion and an incitement in the narrower sense is the speaker's enthusiasm for the result”.

¹⁰¹ Recepita quasi integralmente in C. Fiore, *I reati di opinione*, cit. p. 171: “Nessuno può determinare, *a priori*, quali effetti deriveranno dall'uso delle libertà politiche; ma è certo, invece, che il loro elenco è un elenco che « non si può scorciare senza regredire verso la tirannide » e che, viceversa « è destinato ad arricchirsi di altre voci quanto più si innalza il livello dell'educazione politica di un popolo o si affina il sentimento della dignità morale dell'uomo come elemento attivo della comunità ». L'uso della libertà è destinato, per sua natura, a turbare equilibri consolidati, e a promuoverne di nuovi: è funzione della lotta politica, e come tale deve essere inteso e accettato..”.

CAPITOLO II

“consustanziale¹⁰²” al contenuto del diritto stesso, hanno portato la dottrina¹⁰³ a parlare a questo proposito di limiti *interni*, derivanti non da una lettura sistemica ma afferenti al solo dispiegamento semantico della disposizione, isolatamente considerato. Pertanto, a mente della menzionata dottrina, l'unico limite interno ammissibile concerne sì un tratto naturalistico del pensiero ma non la descritta “superfetazione dell'incitamento” quanto l'ipotesi di un'oggettiva e concreta divergenza tra il “detto” e il “pensato”, laddove si traduce nel “*subiettivamente falso, la menzogna (deformante, reticente, patente, latente), il dolo, l'inganno, il raggirio o la frode*”¹⁰⁴. Se è agevole comprendere come una simile riserva attenga al contenuto di una libertà il cui esercizio si assume “sincero”, meno agevole si dimostra vagliare l'efficacia di detti limiti nel definire le “zone grigie¹⁰⁵” del processo psichico che sottende la condotta, in special modo quando assumono la forma del *dolo eventuale*; ma su questo punto si dirà più avanti. Sconfessata quindi la plausibilità di limiti interni all'art. 21 al di fuori della citata eccezione, permangono nel contribuire ad un potenziale conflitto dei limiti *esterni*, da rinvenirsi in un'attività di contemperamento tra libertà d'espressione ed altre, costituzionali, esigenze di tutela. Nel novero delle esigenze astrattamente rinvenibili vale la pena soffermarsi brevemente su quella più problematica e più direttamente pregnante nella materia che consideriamo: l'*ordine pubblico*¹⁰⁶.

¹⁰² In tal senso, P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in Enciclopedia del diritto - vol. XXIV, Milano, 1974, pp. 424-486.

¹⁰³ L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit. p. 145 e bibliografia ivi citata.

¹⁰⁴ L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit. p. 146.

¹⁰⁵ M. Pelissero, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, p. 448.

¹⁰⁶ Sulla nozione di ordine pubblico e sulle implicazioni in materia di reati di opinione, cfr. P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit.; C. Fiore, *I reati di opinione*, cit.; C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit.

Concetto antico¹⁰⁷ e da sempre foriero di un certo fermento dottrinale, è stato ventilato per lungo tempo dalla giurisprudenza costituzionale in una sua accezione apparentemente “poliedrica”, che ha assunto di volta in volta le vesti della “sicurezza pubblica¹⁰⁸”, di “ordine legale su cui poggia la convivenza sociale¹⁰⁹”, di “ordine e sicurezza pubblica¹¹⁰”, di “ordine istituzionale del regime vigente¹¹¹” ovvero di “ordine legale costituito¹¹²”. La nozione ha vissuto una lunga incubazione, sospesa tra una definizione “ideale-normativa” ed una “materiale-empirica¹¹³”; distinzione, questa, non solo in grado di declinarne diversamente il contenuto, ma soprattutto dirimente nella sua qualificazione di bene giuridico costituzionalmente rilevante, in grado perciò di operare da contrappeso alla libertà d’espressione, assurgendo in tal modo a limite esterno della stessa. Naturalmente, sotto entrambe le prospettive è plausibile un abuso della libertà di espressione: tanto, cioè, a valutarne la carica di inaccettabile critica ai valori ispiratori dell’ordinamento (accezione ideale-normativa),

¹⁰⁷ G. De Vero, *Ordine pubblico (Delitti contro)*, in *Digesto delle discipline penalistiche. Vol. IX*, pp. 72-96, Torino, 1995: “..la nozione di ordine pubblico, unitamente a quelle di tranquillità e sicurezza pubblica, appartiene al patrimonio concettuale della legislazione e della scienza penale fin dalle origine delle moderne codificazioni e trova precisi riscontri nel più ampio contesto culturale dell’illuminismo giuridico-penale”.

¹⁰⁸ Corte Cost. sentenza del 4 maggio 1970, n. 65

¹⁰⁹ Corte Cost. sentenza dell’8 marzo 1962, n. 19

¹¹⁰ Corte Cost. sentenza del 14 giugno 1956, n. 2

¹¹¹ Corte Cost. sentenza dell’8 marzo 1962, n. 19

¹¹² Corte Cost. sentenza del 22 giugno 1966, n. 87

¹¹³ G. De Vero, *Ordine pubblico (Delitti contro)*, cit.: “Sospinta in particolare dall’esigenza di verificare la legittimità costituzionale delle fattispecie e di apologia in rapporto alla libertà di manifestazione del pensiero, la dottrina pubblicistica e penalistica mette a punto la distinzione di fondo, che può ormai considerarsi «classica», tra ordine pubblico *ideale* o *normativo* ed ordine pubblico *materiale* o *empirico*: l’uno inteso come insieme di principi e valori immanenti all’ordinamento giuridico, suscettibile di essere offeso mediante la semplice manifestazione del dissenso politico-ideologico; l’altro spiegato in termini di situazione di pacifica convivenza sociale, risultante da una componente oggettiva di ordine esteriore e da una corrispondente componente soggettiva di sentimento collettivo di sicurezza”.

CAPITOLO II

che ad apprezzarne la suscettibilità di tradursi in un tumulto o una rivolta violenta (accezione materiale-empirica), un eventuale abuso può assumere proporzioni tali da integrare una fattispecie penale reprimibile; purtuttavia nel giudicare soccombente la libertà ex art. 21 Cost. a fronte di un preminente interesse all'ordine pubblico normativamente inteso, lo scrutinio non potrà che avvenire in una dimensione di astratta valutazione dei *contenuti* espressi, assumendo perciò i tratti di un giudizio politico¹¹⁴ in senso proprio. Di contro, parametrare una condotta alla stregua della sua suscettibilità a turbare l'ordine pubblico, materialmente inteso, presenta l'indubbio vantaggio di potersi agganciare a valutazioni

¹¹⁴ G. De Vero, *Ordine pubblico (Delitti contro)*, cit.: “La verità è che il concetto di ordine pubblico c.d. materiale rinvia, più (o ancora prima) che ad una percezione, ad una valutazione delle condizioni ritenute necessarie per assicurare una pacifica convivenza civile alla stregua della vigente intesa normativa sociale. L'attributo di materialità è semplicemente inteso a sottolineare che deve trattarsi di condizioni minimali, tali da poter suscitare l'aspettativa e il consenso della stragrande maggioranza dei consociati e far dunque apparire il meno possibile arbitrarie le conseguenti limitazioni dei diritti di libertà. Per converso, il riferimento in termini critici e negativi all'ordine pubblico c.d. ideale, lungi dal segnalare una frattura «ontologica» tra ciò che può essere o meno pericoloso per il mantenimento della pace sociale, significa soltanto che è in corso o si è già perfezionata una decisiva trasformazione del giudizio comune sul carattere «pregiudizievole» di determinate condotte, quanto poteva prima apparire incidente sulle condizioni minime di permanenza della convivenza civile, si presenta ora come momento di «disordine» tollerabile o addirittura come componente qualificante di un nuovo ordine sociale”; ed inoltre, C. Fiore, *I reati di opinione*, cit. p. 112: “Quando (...) si invoca il limite dell'ordine pubblico, per desumerne l'illiceità di una manifestazione del pensiero, facendo leva sul suo contenuto o sulle «finalità» (...) si perviene all'effetto di un'inammissibile compressione della libertà di espressione politica, tendendosi fatalmente ad escludere la liceità di quelle espressioni contrarie ad un determinato assetto giuridico, economico, politico-sociale, o culturale (supposto come preesistente). Così inteso, il limite dell'ordine pubblico finisce dunque per risolversi nel divieto di esprimere un punto di vista critico, rispetto « regime » preesistente; e di propugnare istanze di cambiamento dell'ordinamento costituito.

estrinseche ed obiettive le quali, soprattutto, non censurano¹¹⁵ il contenuto di una determinata esternazione ma meramente i suoi effetti. Seppure la nozione ideale di ordine pubblico viene scongiurata¹¹⁶ dall'utilizzo in Costituzione di termini molto circostanziati – come ad esempio “*sanità*”¹¹⁷, “*incolumità*”¹¹⁸ e “*sicurezza*”¹¹⁹, tutte “*pubbliche*” – che contribuiscono a consolidare quanto più possibile un significato concreto intorno all'esigenza di *ordine* – latamente intesa –, è imperativo, in sede interpretativa, non scivolare nell'errore opposto di ritenere valida un'accezione, ancorché materiale, del tutto disancorata dallo statuto penale, che ritenga validamente controbilanciata la repressione di un'opinione da un generico riferimento alla “pace sociale”, senza fornire una disposizione penale di copertura¹²⁰.

¹¹⁵ C. Fiore, *I reati di opinione*, cit. p. 111: “..nella sua accezione materiale ed empirica, l'ordine pubblico è ben suscettibile di una tutela che può tradursi (...) nel divieto o nella limitazione (...) dell'esercizio di un diritto di libertà (...). Si tratta però (...) di limiti che non riguardano, né possono riguardare, la libertà di manifestazione del pensiero in sé, né tantomeno il suo contenuto o le sue finalità.”

¹¹⁶ L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit. p. 205.

¹¹⁷ Art. 14, c. 3, Cost.

¹¹⁸ Art. 16, c. 1, Cost.

¹¹⁹ Art. 17, c. 3, Cost.

¹²⁰ L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit. p. 205: “..al fine di evitare una nozione ideale di ordine pubblico, occorre sforzarsi di ancorare la tutela penale a situazioni di fatto più precise e circostanziate, seguendo quella indicazione in base alla quale *il significato specifico del mantenimento dell'ordine pubblico, a livello di tutela penale, debba risolversi nell'astensione dei consociati da fatti penalmente rilevanti?*”.

CAPITOLO II

3. Nodi teorici e questioni di sostenibilità nella sistematica del reato

Dovrebbe a questo punto apparire più chiara la distinzione tra condotte *verticali* ed *orizzontali* a cui abbiamo in precedenza alluso, nonché l'attitudine di questo criterio di raggruppamento dei reati di opinione a includere tanto quelle fattispecie che individuano un fatto *direttamente* lesivo di un bene giuridico – che chiamiamo, per l'appunto “verticali” –, quanto quelle istigative; queste ultime – che chiamiamo, di contro, “orizzontali” – non solo vedono la compartecipazione inevitabile d'un elemento normativo su un piano strutturale, ma si dimostrano cariche di una *ratio* incriminatrice orientata all'anticipazione della soglia di punibilità. La distinzione proposta presenta indubbiamente dei profili di affinità con la bipartizione, ben più nota e autorevole, nonché comunemente accettata in dottrina, tra *reati di danno* e *reati di pericolo*. Purtuttavia non è ravvisabile una piena spendibilità della distinzione nei riguardi dei reati di opinione per alcune ragioni, di seguito illustrate, di ordine sistematico; l'essenza della tradizionale distinzione¹²¹, che si pone come un “naturale” corollario esplicativo del principio di offensività, risiede nell'esigenza – largamente formalizzata negli ordinamenti penali moderni¹²² – di provvedere all'incriminazione non già solo in forza di un danno subito dal bene giuridico, ma anche della sua mera messa in pericolo. La distinzione così formulata non solo consente una coerente

¹²¹ Sul punto, diffusamente, F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., pp. 208 e ss.

¹²² F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 209: “Previsti in tutti i codici, i reati di pericolo sono in continua espansione, legale e fattuale, per effetto del progresso tecnologico. E su di essi si è andata accentuando l'attenzione della scienza penale. L'avvento di sempre nuove attività socialmente utili ma rischiose (..) moltiplica i fattori di pericolo e, quindi, l'emanazione di norme preventive, penalmente sanzionate, volte ad impedire che il rischio intrinseco in tali attività si traduca in danno.

classificazione di condotte naturalisticamente differenti, ritrovando nel tentativo di delitto ex art. 56 c.p. una preziosa “sponda” paradigmatica¹²³ che funge da “figura generale di reato di pericolo”, ma valida inoltre la teoria del reato quale “offesa al bene giuridico” che, individuato *ex ante* rispetto alla fattispecie¹²⁴ dispiega la propria funzione di “supporto” verso il quale si dirige la “concretizzazione” dell’offesa¹²⁵, secondo l’una o l’altra modalità – il danno ovvero il pericolo – . Nella loro più recente definizione¹²⁶, i reati di pericolo si articolano in tre diverse categorie, che restituiscono una differente modalità di recepimento normativo dello stesso, concordemente ridimensionando l’estensione del precetto: pericolo “concreto”, “astratto” o “presunto”, a seconda, rispettivamente, di una previsione dello stesso quale elemento tipico espresso¹²⁷, ovvero insito nella condotta¹²⁸ o, infine, meramente presunto¹²⁹ “*juris et de jure*”. Un inquadramento attendibile in detta griglia dei reati di opinione istigativi, definiti anche “di provocazione” da una recente dottrina¹³⁰ particolarmente dedita al tema, passa per il rispetto del principio che

¹²³ F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 209.

¹²⁴ F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 202.

¹²⁵ F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 208.

¹²⁶ F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 212.

¹²⁷ Esempi: art. 422 c.p., circa il delitto di “strage”, che menziona espressamente la morte di più persone quale conseguenza di un attacco all’incolumità pubblica; art. 431 c.p., che subordina l’irrogazione della pena edittale più severa al verificarsi dello specifico evento del “disastro ferroviario”; art. 434 c.p. che individua alla stessa stregua il “crollo di un edificio”.

¹²⁸ Esempi: art. 528 c.p. – ora depenalizzato – circa il delitto di “pubblicazioni e spettacoli osceni”, che descrive una condotta da cui possono, secondo comuni regole di esperienza, derivare effetti nocivi sulla psiche degli utenti, pur essendo quest’eventualità virtualmente inappurabile in concreto.

¹²⁹ Quest’ultima categoria include soluzioni legislative che, con ogni probabilità, esprimono peculiari scelte di politica criminale di creazione di uno “stigma” attorno a determinate condotte, di cui il legislatore opta per una criminalizzazione “a priori” rispetto ad ogni giudizio di verifica concreto; es. l’ art. 372 c.p. , che incrimina la falsa testimonianza, non richiede che la stessa influisca sull’esito del giudizio.

¹³⁰ L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit. pp. 183 e ss.

CAPITOLO II

abbiamo assunto a fondamento filosofico sovrintendente l'intera trattazione, e cioè il principio di materialità¹³¹ del reato; solo una formulazione che includa, cioè, nella fattispecie tipica un elemento espresso da sottoporre ad un giudizio¹³² di correlazione *ex ante*, determinerebbe a sufficienza il precetto nelle sue note estrinseche consentendo la concretizzazione fattuale del pensiero esternato; in altre parole, la condotta apologetica deve estrinsecarsi in modo tale da atteggiarsi ad istigazione – ancorché indiretta – di atti identici o comunque simili a quelli perorati¹³³.

In quanto calibrato sul “*pregiudizio inerente al fatto criminoso*”¹³⁴, l'illustrato criterio discretivo attiene essenzialmente alla *ratio legis*; non detta, per ciò solo, una particolare dinamica di perfezionamento del fatto tipico, di talché tanto una fattispecie di danno quanto una di pericolo vedranno attivata la rispettiva sanzione a fronte del compimento degli atti consumativi previsti dal precetto; il che pone uno spinoso dilemma se si

¹³¹ L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit. p. 190: “..la distinzione tra reati a pericolo astratto e reati a pericolo concreto (...) non è ravvisabile necessariamente, ed in via esclusiva, nel diverso grado di anticipazione della tutela, [e] si deve pur sempre sottolineare che soltanto le fattispecie del secondo tipo [nel testo, che menziona invece il “primo tipo”, ma incoerentemente rispetto al resto della trattazione, è presente un errore di riferimento, nda] soddisfano senz'altro il principio di materialità del fatto”.

¹³² F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 210.

¹³³ Un orientamento di recente avallato dalla giurisprudenza; cfr. *Rassegna della giurisprudenza di legittimità - gli orientamenti delle sezioni penali*, anno 2016, Roma, 2017 a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, p. 298: “..ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'articolo 414 cod. pen. non basta l'esternazione di un giudizio positivo su un episodio criminoso, per quanto odioso e riprovevole esso possa apparire alla generalità delle persone dotate di sensibilità umana, ma occorre che il comportamento dell'agente sia tale per il suo contenuto intrinseco, per la condizione personale dell'autore e per le circostanze di fatto in cui si esplica, da determinare il rischio, non teorico, ma effettivo, della consumazione di altri reati e, specificamente, di reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato (Sez. 1, n. 8779 del 05/05/1999, Oste, Rv. 214645; nello stesso senso, Sez. 1, n. 11578, del 17/11/1997, Gizzo, Rv. 209140)”.

¹³⁴ F. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, XVI edizione, 2003, p. 264

tiene conto di una particolare articolazione del regime del concorso di persone nel reato¹³⁵: il c.d. “concorso morale”. Ammesso ormai da lungo tempo nella giurisprudenza di legittimità¹³⁶, il concorso morale si declina nella consolidata struttura quadri-partita¹³⁷ dell’istituto, sotto forma speciale di contributo agevolatore (secondo la teoria della c.d. “causalità agevolatrice¹³⁸”) che “crea” o “rafforza” il proposito criminoso. Ora, attesa la necessaria riferibilità delle condotte di *istigazione* ed *apologia* a delitti di parte speciale chiaramente individuabili, la compresenza del regime concorsuale morale e di queste autonome fattispecie genera l’ipotesi di una – plausibile – diversa qualificazione di azioni naturalisticamente identiche¹³⁹. La medesima condotta di creazione o rafforzamento di un proposito criminoso la si potrà, cioè, inquadrare

¹³⁵ Art. 110 c.p. e ss.

¹³⁶ Da ultimo, Cass. pen. sez. VI, sentenza n. 36739 del 28 aprile 2017; Cass. pen. sez. II, sentenza n. 48029 del 14 novembre 2016; Cass. pen. sez. I, sentenza n. 2260 del 16 gennaio 2015; risalente: Cass. pen., sez. I, sentenza n. 2148 del 18 febbraio 1988.

¹³⁷ La ricostruzione comunemente accettata (sul punto, cfr. F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., pp. 514 e ss.) circa l’operatività dell’istituto concorsuale richiede quattro distinti requisiti: pluralità di agenti, integrazione del fatto tipico, dolo specifico di pluri-soggettività (consapevolezza di concorrere con altre persone), contributo causale agevolatore.

¹³⁸ La teoria in questione, si precisa, non è accolta in riferimento a qualunque fattispecie di parte speciale; un esempio “celebre” di inapplicabilità riguarda il c.d. “concorso esterno” nel delitto ex art. 416 bis c.p.; sul punto I. Giugni, *Il problema della causalità nel concorso esterno*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 ottobre 2017, *abstract*: “L’impostazione causale dell’istituto, adottata in chiave garantista dalla Corte riunita, reca, però, con sé una serie di aporie di non facile soluzione, quali la difficile definizione dell’evento di “rafforzamento” o “conservazione” dell’associazione nel suo complesso e l’irreperibilità di leggi di copertura del fenomeno della contiguità mafiosa, delineando così un ‘tipo criminoso’ dai confini incerti e dal contenuto non tassativo.”

¹³⁹ Un accostamento di fattispecie suffragato dall’equiparazione della disciplina sanzionatoria del “mero accordo” e della “istigazione inefficace” ex art. 115 c.p. In entrambi i casi – salva l’eventuale applicazione di una misura di sicurezza – la punibilità è esclusa se alla condotta *lato sensu* associativa o istigatoria non segue la commissione di reati. Sul punto, A. Martufi, *L’istigazione inefficace tra irrilevanza penale e pericolosità sociale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 gennaio 2014.

CAPITOLO II

tanto in un'autonoma fattispecie istigativa o apologetica, quanto in una fattispecie concorsuale; se le disposizioni sul "concorso apparente di norme"¹⁴⁰ impedirebbero, nel caso di specie, tanto il cumulo delle incriminazioni quanto l'attivazione del "concorso formale"¹⁴¹ di reati, scongiurando un'inopinata penalizzazione del reo, permane un'aporia di ordine sistematico per la quale la medesima condotta sarebbe punita a titolo "di danno" in un caso, e di "pericolo" nell'altro. Il risultato sembrerebbe essere quello di una soglia di tutela *ubiqua*; non bisogna dimenticare che specifiche considerazioni inerenti la *ratio legis* della fattispecie – e pertanto la prossimità della condotta rispetto alla soglia di tutela – rilevano ai fini dell'attivazione di tutta una serie di presidi garantistici, o comunque di *favor libertatis*, come ad esempio la "non punibilità per particolare tenuità del fatto"¹⁴², ovvero la stessa commisurazione ex art. 133 c.p. L'incertezza circa il posizionamento della soglia di tutela rischia pertanto di tradursi nella mancata applicazione di istituti di favore che assumerebbero rilevanza a fronte di una diversa qualificazione.

¹⁴⁰ Art. 15 c.p. In realtà, secondo Cass. 10 novembre 1964, n. 785, in simile ipotesi non opererebbe il c.d. "criterio dell'assorbimento" stante "*l'autonomia delle distinte figure di illecito caratterizzate sia dalla diversità delle azioni e del loro oggetto, sia dalla diversità degli interessi penalmente protetti.*" Si tratta, tuttavia, di giurisprudenza risalente, antecedente alle pronunce a sezioni unite circa l'esclusiva spendibilità del c.d. "criterio di specialità di astratto" (Cass. S.U. 28 ottobre 2010, n. 1235), che da allora informa la disciplina del concorso apparente di norme.

¹⁴¹ Art. 81 c.p.

¹⁴² Art. 131bis c.p. Atteso che la tenuità dell'offesa è, per forza di cose, parametrata rispetto a limiti insiti nella fattispecie *de quo*, come puntualizzato in P. Avitto, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: soglie di punibilità, reati tributari e profili successori*, in *Giurisprudenza Penale*, 5 marzo 2017, p.2: "Preme rimarcare che l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto presuppone non già soltanto l'esistenza di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, bensì anche di un'offesa che, sebbene sia "tenue", dev'essere necessariamente sussistente". In generale, sulla natura dell'istituto, G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2015, p. 409.

In tema di elemento psicologico, i nodi di un'imputazione a titolo di dolo altro rispetto a quello *generico* ed *intenzionale* sono stati diffusamente discussi in giurisprudenza¹⁴³, in un ragionamento che assume come presupposto ineludibile la qualificazione delle condotte di istigazione come di reati di mera condotta; non rilevando nell'economia del loro perfezionamento "l'evento" – almeno in senso naturalistico¹⁴⁴ – l'ambito di rilevanza del dolo è coerentemente contenuto "*all'azione in sé stessa*"¹⁴⁵, non si estende ai motivi sottostanti l'istigazione né alla coscienza dell'illiceità¹⁴⁶ del fatto istigato, né assume con lo stesso una funzione teleologica in senso stretto¹⁴⁷. Di contro, l'eventuale pretesa – sollevata in dottrina¹⁴⁸ – di un *quid pluris* nella struttura del dolo generico – inteso come un elemento di parziale specificazione¹⁴⁹ della volizione – ha delle ripercussioni fondamentali nell'elevare a requisito oggetto di volontà e rappresentazione la commissione di un reato da parte dell'istigato: non solo, pertanto, la piena, dolosa, presenza di spirito in ordine alla condotta che si tiene, ma la rappresentata finalità di istigazione a commettere illecito penale, che assurge in tale schema e a pieno titolo ad elemento

¹⁴³ Rilevanti, per tematica ed in ordine cronologico, nelle condotte di istigazione ex art. 414 c.p.; sul "dolo generico": Cass. del 1° giugno 1964, n. 5380, Cass. del 22 novembre 1974, n. 646; sulla natura di "reato di mera condotta": Cass. del 19 gennaio 1979, n. 2710, Cass. del 16 ottobre 2010, n. 40684; sul "dolo istigatorio" nelle condotte apologetiche: Cass. del 23 gennaio 1979, n. 5380.

¹⁴⁴ Sulla distinzione, F. Antolisei, *L'azione e l'evento nel reato*, Soc. An. Istituto editoriale scientifico, Milano, 1928, p. 73 e ss; M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. II, parte I, cit. p. 90.

¹⁴⁵ Cass. del 19 gennaio 1979, n. 2710, massima inclusa in G. Lattanzi, *Codice Penale annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè Editore, 2017, p. 1238.

¹⁴⁶ Cass. S.U. del 18 novembre 1958, n. 183.

¹⁴⁷ Cass. dell'11 marzo 1975, n. 10804, massima inclusa in G. Lattanzi, *Codice Penale*, cit.: "Non hanno rilevanza ai fini del reato (...) né il preciso fine di esaltare o approvare uno o più delitti affinché altri ne commettano di ulteriori, non essendo richiesta la qualificazione teleologica della condotta (...)".

¹⁴⁸ *Inter alia*, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1983, pp. 174 e ss.

¹⁴⁹ In V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit. l'autore parla di "dolo generico arricchito di elementi di gravidanza interna".

CAPITOLO II

normativo della fattispecie¹⁵⁰, a cui i confini della rappresentazione devono estendersi. Questa discrasia tra quanto riconosciuto in giurisprudenza (dolo generico) e quanto auspicato in dottrina (dolo specifico) proviene probabilmente da preoccupazioni securitarie che un approccio troppo rigoroso desterebbe in tema di elemento psicologico, almeno sotto due profili: *in primis*, tanto realizzare quanto accertare il dolo specifico è senza dubbio più complesso di quanto non lo sia con il dolo generico, in quanto requisito supplementare¹⁵¹ a quest'ultimo; *in secundis*, emergerebbe un problema di raccordo sistematico con il dolo eventuale. Pur afferendo a due profili distinti del criterio – in specie alla *forma* il primo e alla *intensità* il secondo – che ben potrebbero sulla falsariga di altre distinzioni intersecarsi liberamente, la dottrina¹⁵² concorda sul fatto che non sempre il dolo specifico possa, strutturalmente, declinarsi secondo il paradigma dell'accettazione del rischio; su questo punto occorre svolgere alcune considerazioni.

Innanzitutto, la preoccupazione dell'inapplicabilità del dolo eventuale ai reati istigativi deve, oggi, tenere conto del notevolissimo impatto che ha

¹⁵⁰ In tal senso sul reato ex art. 414 c.p., E. Contieri, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 1961, pp. 24-25.

¹⁵¹ Cfr. M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. II, parte II, cit. p. 127; F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit. p. 329. Quest'ultimo autore offre, a proposito della maggiore o minore complessità di integrazione del dolo specifico, una preziosa precisazione, per la quale, in realtà, una funzione *restrittiva* della punibilità sarebbe da riconoscersi solo alla categoria dei *reati a dolo specifico di ulteriore offesa*.

¹⁵² Gallo in *Appunti*, cit. parla di dolo specifico che può essere “perfino” eventuale, lasciando intendere una sovrapponibilità non assoluta, ancorché plausibile. Più netta la posizione di Mantovani (*Diritto Penale*, cit.) che individua il discrimine della compatibilità nel riguardare l'eventualità del dolo il solo “fine”, ovvero altri elementi del reato. Nel primo caso si avrebbe incompatibilità strutturale, da che non può il medesimo obiettivo essere al contempo lo specifico movente dell'azione e mero effetto collaterale di cui si accetta l'eventualità; nel secondo caso (l'autore usa l'esempio del furto e dell'incertezza circa la proprietà altrui) si ha invece compatibilità, fintantoché l'incertezza si contiene al di fuori di elementi che condizionerebbero la stessa volizione.

avuto la sentenza Thyssenkrupp¹⁵³ nel tracciare il nuovo confine tra dolo e colpa. È pacifico che l'operata rivisitazione del tradizionale quanto scolastico confine è avvenuta a detrimento dell'area dolosa che, vistasi sottrarre la propria afferenza ai casi di una non piena né attendibile valutazione del rischio¹⁵⁴ – “accettato” nel “superamento dello stato di dubbio” nella precedente formulazione – ha visto la propria forma eventuale relegata a ipotesi decisamente marginali, e più contigue alla forma del dolo diretto. Senz'altro questa nuova ripartizione influenza meno le figure delittuose – come l'omicidio – soggette a multipli criteri di imputazione, di quanto non faccia con delitti esclusivamente dolosi: se nel primo caso si avrà maggior peso della rilevanza colposa, ma in uno spettro di partecipazione psicologica complessiva immutato nella sua

¹⁵³ Cass. Pen. S.U. del 18 settembre 2014, n. 38343. La sentenza in oggetto ha recuperato un risalente strumento interpretativo della dottrina tedesca – accantonato per lungo tempo – noto come “formula di Frank”, il quale, in sintesi, per distinguere tra “dolo eventuale” e “colpa cosciente” proponeva un giudizio controfattuale: se alla domanda “il soggetto avrebbe agito comunque conoscendo le conseguenze della sua azione?” si fosse data risposta positiva, si sarebbe dovuto concludere per la sussistenza del dolo; in caso contrario, della colpa. In ordine alla struttura del dolo, è del tutto evidente la preminenza nella nuova fisionomia dell'elemento della “volontà” a scapito della “rappresentazione”, la quale nel tradizionale paradigma dell'accettazione del rischio (stilizzato dal celebre caso scolastico del “lanciatore di coltelli”) occupava una posizione decisamente più centrale.

¹⁵⁴ In estrema sintesi, alla base della derubricazione colposa nella condanna Thyssenkrupp vi è una constatazione difficilmente contrastabile: un amministratore di una grande azienda, in una delicatissima posizione di responsabilità, è ben consapevole di quelle che sono le conseguenze di un rovinoso incidente in un impianto industriale e dell'eventuale morte di diversi lavoratori da un lato, e di quelli che sono i costi di una “messa a norma” dall'altro. Il non aver predisposto delle adeguate misure di prevenzione non tiene in un'ottica di “accettazione del rischio” perché, anche attribuendo al responsabile il più bieco e spregiudicato computo “costi-benefici”, tale computo avrebbe comunque indotto la messa a norma; non per una qualche ingiunzione morale, ma per puro calcolo aritmetico, attesa la modestia della spesa per gli interventi di prevenzione rispetto all'ammontare dei risarcimenti dovuti in caso di incidente. Per un approfondimento “comparatistico” tra i settori della sicurezza sul lavoro e della circolazione stradale, A. Massaro, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale “frammentario” a un diritto penale “frammentato”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 maggio 2016.

CAPITOLO II

estensione, nel secondo si avrà, di contro, una riduzione *tout court* dell'area di rilevanza penale. Ciò, naturalmente, a meno di non voler ritenere – in modo del tutto arbitrario e fraintendendone le note distintive – che la “specificità” del dolo possa sopperire a tale contrazione, ammettendo che in un reato d'opinione istigativo-apologetico una valutazione totalmente implausibile del rischio di spronare l'istigato a commettere un delitto verrebbe “compensata” dal fatto che quello era, effettivamente, lo scopo interiormente consolidato dell'istigazione. Ancor prima che su un piano assiologico, ciò è inammissibile su un piano *logico*, dal momento che riguardando tale “specificità” il fine preposti dall'agente, essa si traduce, semplicemente, nella *intenzionalità*¹⁵⁵ del dolo, a fronte della quale il livello probabilistico di verifica dell'evento perde la propria rilevanza. Esigere la *specificità* del dolo, pertanto, nei reati di istigazione più che ad escludere l'ammissibilità del dolo eventuale, equivale ad esigerne l'*intenzionalità*, rimuovendo finanche il termine mediano del *dolo diretto*. È del tutto intuibile che una soluzione siffatta non sia sostenibile già solo su un livello di politica criminale: auspicare pubblicamente la “rimozione” di un personaggio politico influente, pure non istigando né realmente augurandosi direttamente la sua uccisione – che non costituirebbe perciò il *movente* che anima l'istigatore – non può non rientrare a pieno titolo nelle fattispecie istigative laddove ciò sia commesso con le ricostruite modalità idonee a garantire il perfezionamento dell'elemento oggettivo¹⁵⁶,

¹⁵⁵ F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 330.

¹⁵⁶ Cass. pen. 17 novembre 1997, n. 11578 “l'azione deve avere la concreta capacità di provocare l'immediata esecuzione di delitti o, quanto meno, la probabilità che essi vengano commessi in un futuro più o meno prossimo”; Cass. pen. 15 maggio 2017, n. 24103: “Ai fini della configurazione della fattispecie di cui all'articolo 414 del Cp non rileva la tipologia dei reati in relazione ai quali si esplica l'attività comunicativa, ma le modalità con cui la comunicazione viene esternata, che devono possedere

I reati di opinione

in specie una concreta e significativa possibilità che l'istigazione venga accolta. La figura del “dolo istigatorio” cui è ricorsa in più di un'occasione la già citata giurisprudenza sembra quindi cogliere l'esigenza di un temperamento difficile: se nei casi di apologia serve a saldare la condotta ad un'evenienza materialmente lesiva – e a non censurare apertamente una mera opinione –, nei casi di istigazione *stricto sensu* la nozione appare invero come una formula di compromesso che eviti da un lato la deriva vagamente “autorale” che avrebbe un dolo puramente generico, e quella inevitabilmente iper-garantista che avrebbe un dolo autenticamente specifico.

connotazioni di potenzialità diffusiva, conseguenti al fatto di essere destinate a un numero indeterminato di soggetti e comunque non riconducibili a un ambito strettamente interpersonale”; cass. pen. 12 dicembre 2017, n. 55418: “La condotta di chi inneggia apertamente allo Stato islamico e alle sue gesta e ai suoi simboli deve essere adeguatamente considerata per la valutazione del rischio effettivo della consumazione di ulteriori reati derivanti dall'attività di propaganda”.

CAPITOLO II

4. Le forme di manifestazione del reato di opinione

La tradizionale afferenza degli istituti del tentativo di delitto, del reato circostanziato e del concorso di persone nel reato alla categoria delle c.d. “forme di manifestazione¹⁵⁷” dell’illecito penale obbedisce all’esigenza di codificare in termini certi particolari ipotesi, in cui determinate disposizioni di parte generale, innestandosi su fattispecie di parte speciale, danno luogo ad incriminazioni o a trattamenti sanzionatori altrimenti implausibili.

Con particolare riguardo all’istituto del *tentativo*¹⁵⁸, stante la pacifica appartenenza di molti dei delitti *de qua* (in particolare di quei reati cui ci siamo riferiti come “di provocazione”) alla categoria dogmatica dei *reati di pericolo*, occorre dare conto dei diversi orientamenti in materia, alla luce dell’ovvia problematica che sorge dalla sovrapposizione della “figura generale del reato di pericolo¹⁵⁹” ad una “figura particolare” di reato di pericolo¹⁶⁰; invero non può dirsi inconsistente la suggestione che deriva dall’accostamento in questi termini dogmatici, che produce una descrizione della fattispecie tentata come di un reato di “pericolo di pericolo”, in una esasperata, e forse pertanto illegittima, anticipazione

¹⁵⁷ In generale, sul tema, M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale, Vol. III*, Torino, 2007; F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit.; Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale – parte generale*, cit.; F. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit.

¹⁵⁸ Art. 56 c.p.

¹⁵⁹ Si veda cap. 2, par. 3. Cfr. inoltre F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, sulla ricostruzione della “idoneità” in quanto pericolo.

¹⁶⁰ Il tema allude, seppure indirettamente, a questioni fondamentali dell’intera materia penale; il posizionamento della soglia di tutela riflette infatti una precisa “filosofia” della repressione ed è foriero di infinito dibattito, come sottolineava Antolisei: “Se si considerano, nella giurisprudenza dei maggiori paesi civili i giudicati che in materia di tentativo fanno capo alla nozione astratta dell’istituto, c’è di che stupire di fronte alla ridda delle contrastanti opinioni!” in *Manuale di diritto penale, parte generale XVI ed.*, Milano, 2003, p. 486.

della soglia di tutela. Così è, secondo un primo orientamento – soprattutto dottrinale¹⁶¹ –, che disconosce del tutto l'ammissibilità del tentativo con riferimento ai reati di pericolo *tout court*, adducendo motivazioni inerenti all'offensività da un lato, e alla tipicità dall'altro. Sotto il primo profilo¹⁶², anche a dare credito alla “graduabilità” della lesione paventata nel pericolo, e nella relativa formalizzazione in una fattispecie di parte speciale, gli atti posti in essere sarebbero carichi di una probabilità di tradursi nella lesione pari a zero, con ciò compromettendo finanche la mera messa in pericolo del bene giuridico. Sotto il secondo profilo¹⁶³, il difetto di tipicità consterebbe nell'essere gli atti forse “diretti in modo non equivoco” ma certamente privi del requisito dell'idoneità. Un secondo, opposto, orientamento¹⁶⁴ riconosce invece la pertinenza orizzontale del tentativo a tutti i reati di pericolo muovendo da una

¹⁶¹ In generale, F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit. 458: “è giuridicamente inammissibile, pur se naturalisticamente concepibile: (...) 2) nei delitti di *pericolo*, perché il «pericolo del pericolo» è un «non pericolo»; e inoltre, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale, VI ed.*, Bologna, 2009; in particolare, ad esempio in tema di terrorismo, cfr. V. Masarone, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, pp. 253 e ss.

¹⁶² F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit. 458.

¹⁶³ Ad illustrazione della dottrina, *inter alia*, di Marcello Gallo (*I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969) cfr. C. Pecoraro, *Le presunzioni nel diritto penale*, tesi di dottorato pubblicata, Roma, 2008, p. 155: “Quando dunque l'offesa è richiamata nella descrizione del fatto tipico – in via di approssimazione e salvo ulteriori approfondimenti –, non si dovrebbe porre alcun problema di rispetto del principio di offensività; questo, al massimo, varrà in sede di lettura del fatto storico, al fine di valutare se quanto verificatosi possa assurgere al rango di “danno” o di “pericolo”, o sia invece al di sotto di quanto possa effettivamente percepirsi come offensivo: insomma, una stima di tipo quantitativo, ma sempre nell'ottica di stabilire la sussumibilità del fatto concreto nell'ipotesi astratta descritta dal legislatore.”

¹⁶⁴ Tra gli autori estensori di una soluzione formalistica, ricordiamo A. Pagliaro, *Trattato di Diritto Penale - Parte Generale - Il Reato*, Milano, 2007, p. 34-35: “Avvertiamo (...) che la contrapposizione tra reati di danno e reati di pericolo non è così rigida come comunemente si crede. Infatti, il reato di pericolo, mentre è incriminato perché il fatto che lo costituisce crea una situazione di pericolo per un certo interesse, tuttavia nella sua realizzazione è lesivo di un altro interesse, che sta in posizione avanzata rispetto a quello che può essere indicato come «preinteresse». (...) La sola

CAPITOLO II

diversa, meno rigida, lettura della pur riconosciuta distinzione tra reati di danno e di pericolo; tale orientamento, anche suffragato da una non maggioritaria giurisprudenza¹⁶⁵, propende per il rifiuto di un'interpretazione parzialmente disapplicante dell'istituto tanto per l'assenza di una disposizione positiva di copertura, quanto per l'osservazione che sarebbero individuabili, anche in ipotesi di "tentativi di messa in pericolo", degli interessi – ontologicamente *altri* rispetto alla fattispecie – lesi nel processo di progressiva causazione dell'offesa.

Il terzo ed ultimo orientamento¹⁶⁶, valorizzando l'ulteriore distinzione in seno alla categoria, ammette la compatibilità del tentativo con il solo riferimento ai reati di pericolo concreto; è proprio a quest'ultimo orientamento che è necessario guardare per apprezzare come, soprattutto in sede di legittimità costituzionale, sia stata affrontata la delicata esigenza di un ragionevole collocamento della soglia di punibilità nei reati di opinione¹⁶⁷; se da un lato è ravvisabile uno sforzo di *concretizzazione* – una

effettiva differenza rispetto ai reati di danno sta nella ragione della incriminazione; e il solo problema peculiare ai reati di pericolo sta nella necessità di una maggiore cautela nella formazione della fattispecie”.

¹⁶⁵ Cass. pen. 13 febbraio 1995, n. 1783; Cass. pen. 18 marzo 1970, n. 470. Di recente, inoltre, con riguardo al “tentativo di arruolamento” ex artt. 56 e 270 quater c.p., Cass. pen. 9 settembre 2015, n. 40699; sul punto in particolare: F. De Marinis, *Considerazioni minime intorno al tentativo di arruolamento, tra legislazione e prassi giurisprudenziale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 luglio 2017, p. 76: “Nella pronuncia menzionata, la Corte, una volta interpretato l'assetto normativo innanzi descritto, si oppone alla valutazione dogmatica effettuata dal Tribunale, nella parte in cui esclude in radice la configurabilità del tentativo di arruolamento. Dovrebbe, invece, ammettersi, in via generale, la possibilità di realizzazione del tentativo in relazione ai reati di pericolo, individuando il discrimine per l'applicazione dell'art. 56 c.p. nella struttura della singola fattispecie e nella possibilità concreta di rintracciare nella condotta una «“progressione della esposizione a pericolo” dei beni giuridici protetti».

¹⁶⁶ G.A. De Francesco, *Il tentativo nei reati di pericolo, prospettive di un dialogo ermeneutico*, in *Cassazione penale*, Vol. 53, N° 5, 2013, pagine 1731-1742

¹⁶⁷ I reati di istigazione e apologia (414 c.p.), istigazione a disobbedire alle leggi (415 c.p.), propaganda sovversiva (272 c.p.), istigazione di militari a disobbedire alle leggi

lettura, cioè, che ancori il più possibile la pericolosità di questi reati alla messa in pericolo di un bene dispositivamente previsto –, tale sforzo rischia di legittimare una lettura di totale avallo di fattispecie di “tentativo di reato di opinione” le quali, già solo ad una lettura superficiale, non sembrano realizzare un ragionevole collocamento della soglia di tutela. Ci sembra invece spendibile, in proposito, un argomento di comparazione, *in favor libertatis*, con le fattispecie di attentato¹⁶⁸, su cui la dottrina¹⁶⁹ e la giurisprudenza¹⁷⁰ tutta riconoscono non innestabile il tentativo per ragioni di tipicità; l’identificazione di un notevole disvalore insito nella condotta dell’attentato, che spinge ad optare per una formulazione strutturalmente conativa potrebbe, laddove applicata a fattispecie istigative o apologetiche, portare ad una conclusione di inapplicabilità *tout court* dell’art. 56 c.p. se si riconoscesse insito nella predicazione di cui ai termini “istigare” e “fare l’apologia” la medesima connotazione di “tentativo implicito”.

Con riguardo ai reati di opinione *verticali* (o di danno), quali ad esempio il vilipendio¹⁷¹, si pone invece una problematica meno impegnativa che attiene alla pretesa inapplicabilità del tentativo ad una particolare categoria di reati, c.d. “unisussistenti”; la categoria in questione nasce

(266 c.p.) sono stati oggetto di scrutinio da parte della Corte Costituzionale con un orientamento apparentemente ondivago, non sempre proteso alla “concretizzazione” del pericolo ma almeno, meritoriamente, informato alla “depurazione” da un contenuto ideologico-politico – almeno non mediato da specifica previsione legislativa – che connotasse la fattispecie in un senso repressivo della mera disobbedienza; ad esempio, la sentenza n. 108 del 23 aprile 1974 sull’art. 415 c.p. ha svolto un intervento additivo di incostituzionalità “nella parte in cui non specifica che l’istigazione all’odio fra le classi sociali deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità”. Sul punto, L. Alesiani, *I reati di opinione*, cit. pp. 195-196.

¹⁶⁸ Artt. 276, 280, 283, 289, 294, 295 c.p.

¹⁶⁹ Per tutti, F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit. 459.

¹⁷⁰ (*ibidem*) Cass. pen. del 27 maggio 1982, n. 631; Cass. pen. del 2 febbraio 1983, n. 2204.

¹⁷¹ Artt. 278, 282 (abrogato), 290, 291, 292 c.p.

CAPITOLO II

dall'esigenza di dare una collocazione formale, da cui deriverebbe l'inapplicabilità del 56 c.p., e che gli riconosca la presenza di una nota naturalistica comune, a quegli illeciti *qui unico actu perficiuntur*; in realtà, come ha evidenziato da tempo la migliore dottrina¹⁷², la categoria stessa nasce dall'indebito conferimento di una presunta caratteristica – rinvenibile nei reati di mera condotta – che non ha rilievo nella struttura della fattispecie, ma solo nell'aspettativa di un certo percorso nella realizzazione dell'illecito. È del tutto pacifico, ad esempio, che l'ingiuria ai danni del Presidente della Repubblica – consistente in un improprio verbale di poche parole, e che integrerebbe la fattispecie vilipendente – sia suscettibile di configurarsi in un decorso causale di soli due momenti, che non ammetta perciò alcuno stadio intermedio nella realizzazione; nondimeno tale limite non discende dal diritto positivo ma, banalmente, da modi di dispiegamento della condotta che rendono problematico, se non impossibile, l'accertamento¹⁷³.

¹⁷² M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale, Vol. III*, cit. p. 116: “..non c'è però una peculiare previsione normativa che configuri un reato che si esaurisca sempre, in tutto e per tutto, in un unico atto”.

¹⁷³ (*ibidem*) p. 115, per una convincente prospettazione del “tentativo di ingiuria”.

5. Attuali tendenze giurisprudenziali CEDU

La tutela della libertà di opinione da parte della Corte EDU, in linea con la propria prerogativa umanitaria, si concretizza in forme che prescindono da qualificazioni rigide e finanche da una valutazione in senso strettamente penale dei provvedimenti impugnati. La protezione della libertà di espressione ex art. 10 – nodo giuridico da cui si dipana l'intera questione inerente il negazionismo – si declina nella valutazione di una generica “interferenza” dello Stato membro con la libertà d'espressione del singolo o della persona giuridica¹⁷⁴ – assunta beneficiaria della tutela in oggetto a prescindere da un eventuale scopo di lucro – che non ha caratteristiche tipiche precostituite e che può assumere, da che diviene oggetto di scrutinio, le forme della sanzione penale detentiva¹⁷⁵ o pecuniaria¹⁷⁶ – e persino, in un unico risalente caso, della condanna a morte¹⁷⁷ –, di provvedimenti amministrativi sanzionatori¹⁷⁸ o di annullamento¹⁷⁹, della sanzione parlamentare in

¹⁷⁴ Ricorso n. 285 del 24 febbraio 1994, *Casado Cola v. Spain*, p. 35: “The Court would first point out that Article 10 guarantees freedom of expression to “everyone”. No distinction is made in it according to whether the type of aim pursued is profit-making or not (...) and a difference in treatment in this sphere might fall foul of Article 14 (art. 14)”; in tal senso anche ricorso n. 178 del 22 maggio 1990, *Autronic AG v. Switzerland*.

¹⁷⁵ Ricorso del 12 gennaio 2007, n. 6940/07, *Fatma Hanbayat and others v. Turkey*.

¹⁷⁶ Ricorso del 30 gennaio 2018, n. 69317/14, *Sekmadienis Ltd. v. Lithuania*.

¹⁷⁷ Ricorso del 1° settembre 1956, trasmesso alla Corte EDU il 29 aprile del 1960, n. 214/5, *De Becker v. Belgium*. Si tratta del caso di un giornalista e scrittore belga accusato di aver collaborato attivamente con i nazisti durante l'occupazione, mediante una sistematica azione di propaganda e di sostegno del Terzo Reich. Il caso, ovviamente, non era confinato alla libertà d'espressione, ma articolava diverse rimostranze fondate, *inter alia*, anche sull'art. 10.

¹⁷⁸ Ricorso del 18 dicembre 2012, n. 913/13, *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland*; ricorso del 5 ottobre 2010, n. 72432/10, *Abdulkerim Koşar v. Turkey*.

¹⁷⁹ Ricorso dell'11 dicembre 2007, n. 56030/07, *Fernández Martínez V. Spain*

CAPITOLO II

autodichia¹⁸⁰ e finanche della semplice condanna risarcitoria in sede civile¹⁸¹; la natura multiforme dell'interferenza illegittima rende pertanto difficile parlare, a livello CEDU, di “reati di opinione” in quanto tipologia di casi soggetta a specifiche restrizioni. Il criterio positivo utilizzato nel contesto domestico che impernia la categoria sull'*antagonismo* nei confronti della libertà di espressione ha, pertanto, una debolezza insanabile una volta “proiettato” nella dimensione CEDU, giacché discorrere di “reati di opinione” implica una presunzione di equanime peso specifico tra i due sintagmi – *reato* ed *opinione* – allo scopo di valutare l'appropriatezza di una risposta specificamente penale alle degenerazioni nel dibattito pubblico. In realtà, la sola parziale spendibilità della nozione è dovuta anche ad un diverso tenore che assume la libertà di espressione nella CEDU; parallelamente ai crismi di un diritto prettamente individuale, essa si propone di realizzare importanti principi politici di pluralismo democratico, creando le condizioni per un dibattito pubblico aperto e privo di restrizioni¹⁸²;

¹⁸⁰ Ricorsi del 14 giugno e del 5 luglio 2013, nn. 42461/13 e 44357/13, *Karácsony and Others v. Hungary* (esaminati congiuntamente dalla Grande Camera).

¹⁸¹ Ricorso del 21 gennaio 2011, n. 17224/11, *Međžlis Islamske Zajednice Brčko and others v. Bosnia and Herzegovina*, par. 79: “The Court notes that it has not been submitted, nor does it appear, that the accusations made against M.S. in the applicants’ letter concerned conduct that was regarded as criminal under domestic law”.

¹⁸² Una delle più palesi dimostrazioni di questo aspetto è data dalla specifico trattamento, maggiormente permissivo, che incontrano le critiche rivolte ai personaggi politici. In quanto fisiologiche in una società dialogante e certamente connaturali di un dibattito libero, esse ricevono generalmente un trattamento di favore rispetto a omologhe critiche rivolte a comuni cittadini. In tal senso, ricorso del 19 aprile 1982, n. 9815/82, *Lingens v. Austria*, par. 42: “The limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such than as regards a private individual. Unlike the latter, the former inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of his every word and deed by both journalists and the public at large, and he must consequently display a greater degree of tolerance. No doubt article 10(2) enables the reputation of others—that is to say, of all individuals—to be protected, and this protection extends to politicians too, even when they are not

restrizioni che, di contro, si ritrovano nella tutela delle minoranze, delle sensibilità religiose¹⁸³, e in generale di tutti i gruppi maggiormente esposti al pericolo di discriminazione¹⁸⁴. Ed è proprio in particolare sul tema della discriminazione che i limiti del discorso politico, anche tenuto da importanti esponenti dell'agone elettorale¹⁸⁵, sono stati messi alla sbarra e tracciati nella loro estensione, in un costante sforzo per asserire, o per disconoscere, l'accostamento più o meno automatico tra affermazioni "scandalose" e l'incitamento all'odio e alla discriminazione; ciò è avvenuto in modo particolarmente evidente laddove l'impianto motivazionale si è strutturato sulla deprecazione dei *sentimenti*¹⁸⁶ di ostilità e di rigetto che determinate affermazioni – nel caso di specie contro i musulmani – potrebbe instillare nella generalità degli elettori avverso un gruppo etnico minoritario. L'elevazione del sentimento diffuso, e *de relato* dell'impatto che una condotta censurata può avere su di esso, a parametro di definizione di una controversia in tema di libertà d'espressione ha delle implicazioni tanto grandi da essere difficilmente

acting in their private capacity; but in such cases the requirements of such protection have to be weighed in relation to the interests of open discussion of political issues".

¹⁸³ In riferimento ad un caso di indebito uso del simbolismo religioso a fini pubblicitari; ECHR - *Overview of the Court's case-law from 1 January to 15 June 2018*, p. 17: "The judgment is of interest given that the Court ruled that, in the circumstances of the case, the respondent State had exceeded its margin of appreciation in the area of commercial speech or advertising, which, according to the established case-law, is broad (...). According to the Court's case-law those exercising Article 10 rights have a duty to avoid as far as possible an expression that is, in regard to objects of veneration, gratuitously offensive to others and profane".

¹⁸⁴ Il diritto europeo anti-discriminazione, come definito nell'*Handbook on European non-discrimination law* a cura di European Union Agency For Fundamental Rights, European Court Of Human Rights, Council Of Europe, annovera ben 17 categorie di caratteristiche protette dalla discriminazione (sesso, orientamento sessuale, disabilità, età, razza, etnia, colore, appartenenza ad una minoranza, nazionalità, origine, religione o credo, lingua, condizione sociale, origine sociale, ceto, opinioni politiche, opinioni in generale).

¹⁸⁵ Ricorso del 3 Aprile 2009, n. 18788/09, *Le Pen v. France*.

¹⁸⁶ *Le Pen v. France*, cit. "in diritto" par. 1.

CAPITOLO II

catalogabili; intanto si verifica in ciò un'inevitabile dilatazione della già esaminata soglia di tutela, da che il pericolo di un passaggio alle vie di fatto di un mero, quanto vago, sommovimento interiore come il "sentimento" è qualcosa che, per sua natura, sfugge non solo ad un rigoroso inquadramento causale, ma pone soprattutto notevoli problemi di accertamento – con ciò accettandosi implicitamente un intollerabile livello di astrazione nella commisurazione del pericolo –; *in secundis*, lo sforzo di accostamento si riflette inesorabilmente sul piano dei contenuti politici¹⁸⁷, e ripropone quella "superfetazione dell'incitamento" che abbiamo già trattato: valutare la conformità di un'affermazione politica e programmatica al suo portato di offesa ai sentimenti implica che sugli stessi non possa esercitarsi alcuna "leva mediatica" per orientare il consenso elettorale. I "sentimenti", al contrario di quanto un'impostazione indebitamente dicotomica possa suggerire, entrano sempre in gioco nell'autodeterminazione elettorale, vuoi per recondite ragioni di appartenenza ideologica, vuoi per il carisma di cui il *leader* di turno è capace; esaltarli, assecondarli o ferirli sono tutte dinamiche che in qualche misura appartengono al dibattito politico, nel quale la medesima affermazione è diversamente percepita da ogni singolo individuo o da ogni più o meno ristretta comunità. Attesa l'impossibilità di ricostruire un attendibile parametro di commisurazione, l'offesa dei sentimenti diviene uno stigma avverso affermazioni "scorrette" o "eterodosse", cui però va riconosciuta piena legittimità a promuovere nuove forme di sensibilità e di linguaggio da che incarnano, direttamente o indirettamente, una proposta politica.

¹⁸⁷ Nel caso in oggetto, le affermazioni incriminate – rilasciate al quotidiano *Le Monde* – recitavano: "il giorno in cui non ci saranno più 5, ma 25 milioni di musulmani in Francia, saranno loro al comando [traduzione dell'autore]"; *Press release issued by the Registrar - Admissibility Decision, Le Pen v. France* (application no. 18788/09).

L'affermazione di un siffatto parametro “sostanzialista¹⁸⁸”, che individui dei contenuti “strutturalmente” lesivi della dignità di un determinato gruppo di individui, a prescindere tanto da un vaglio concreto delle modalità di dispiegamento dell’offesa, tanto dall’esistenza e dal contenuto di intese formali con la rappresentanza ecclesiastica, è inoltre particolarmente evidente nella prassi CEDU in tema di offese alla religione; essa appare invero conferire a pregressi – cioè di diritto interno – parametri di valutazione e di commisurazione dell’offesa al sentimento religioso un peso specifico molto significativo¹⁸⁹, non rinunciando tuttavia ad avvalorare una funzione di spinta al “*dibattito pubblico*¹⁹⁰” insita nelle espressioni protette, e una censura delle sole espressioni “*gratuitamente offensive*¹⁹¹”; sembra possibile, in tema di tutela penale della religione a livello CEDU, poter riproporre la distinzione tra limiti interni ed esterni già discussa con riguardo all’art. 21, giacché la prassi interpretativa della Corte sui ricorsi in materia di *blasphemy* e di vilipendio della religione si è evoluta nel solco di una costante tensione con l’art. 9

¹⁸⁸ A. Gianfreda, *Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito e Francia)*, Milano, 2012, p. 139: “...ciò conferma quella tendenza (...) verso un affrancamento dall’impostazione formalistica che legava l’interpretazione di una normativa nazionale sulla tutela della religione esclusivamente al sistema vigente di rapporti Stati-chiese, per approdare (...) ad un approccio sostanziale, che prende in esame le circostanze di luogo e di tempo in cui maturano norme e decisioni giurisprudenziali, ma soprattutto che valuta le concrete conseguenze delle scelte sanzionatorie degli Stati nella protezione della religiosità”.

¹⁸⁹ Ricorso del 22 luglio 1983, n. 10737/84, *Müller and others v. Switzerland*, par. 35: “By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them”.

¹⁹⁰ In tal senso uno dei *leading case* in materia di offese alla religione, ricorso del 6 ottobre 1987, n. 13470/87, *Otto Preminger Institut v. Austria*, par. 49.

¹⁹¹ *Otto Preminger Institut v. Austria*, cit. par. 49

CAPITOLO II

CEDU¹⁹². La scelta di ammettere, nel giudizio di bilanciamento, la pertinenza di un'altra libertà sancita dalla Carta ha delle ripercussioni fondamentali, da che significa spostare l'oggetto dell'indagine da quelli che sono i confini impliciti di un diritto, alla gestione del conflitto con un diritto limitrofo; nel primo caso, il comportamento si assume *intrinsecamente* esorbitante dallo specifico dettato convenzionale (limite interno); nel secondo, il concretizzarsi dell'abuso è mediato dalla presunta violazione di un'altra, distinta, prerogativa la cui estensione argina la libertà d'espressione contenendo quelle che altrimenti sarebbero legittime modalità di esercizio (limite esterno).

E' indicativo che siano state, in diverse occasioni, delle opinioni dissenzienti¹⁹³ a cogliere uno dei nodi dirimenti di questo particolare processo ermeneutico di contemperamento, e cioè la puntuale

¹⁹² CEDU, Art. 9, c. 1: "Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti".

¹⁹³ In tema di offese alla religione, *Otto Preminger Institut v. Austria*, cit., opinioni dissenzienti dei giudici Makarczyk, Palm e Pekkanen: "...the Convention does not, in terms, guarantee a right to protection of religious feelings. More particularly, such a right cannot be derived from the right to critical of the religious opinions of others". In tema di discriminazione razziale, Ricorso del 29 marzo 2007, n. 15615/07, *Feret c. Belgique*, opinione dissenziente dei giudici Sajó, Zagrebelsky e Tsotsoria: "Les mentalités nuisibles résultent d'une multitude d'interactions de personnes de même sensibilité, lesquelles interactions se renforcent les unes les autres. La formation et la consolidation du préjugé d'intolérance est un processus mental de longue haleine. Ce dernier se distingue de l'émotion soudaine liée à l'« attisation de la haine » qu'exige l'incitation. Ce qui gêne la majorité des juges et doit également gêner tous ceux qu'inquiètent les cas de discrimination, c'est que l'ambiguïté contribue, ou du moins pourrait contribuer, à la formation d'une mentalité xénophobe (ségrégaționniste, discriminatoire). Une telle mentalité peut déboucher sur un comportement privé discriminatoire, voire sur une véritable violence. Elle peut également aboutir à soutenir des partis et mouvements politiques dont les objectifs et les actes sont incompatibles avec la démocratie et avec la protection des droits de l'homme. Mais il s'agit là d'un problème pour la démocratie militante dont les normes s'appliquent plus aux partis politiques qu'aux individus".

qualificazione della natura dei beni giuridici che si stanno considerando. Alla base della composizione tra libertà di espressione e libertà di credo dovrebbe esservi, cioè, un equanime apprezzamento del contenuto del diritto che si deduce a giudizio, inteso quale assenza di impedimenti materiali che ostano fattualmente all'esercizio del diritto stesso. Presumere che l'esternazione irrispettosa del credo possa in qualche modo minare la *libertà* di professare il credo stesso estende, logicamente, i confini di tale libertà verso una pretesa di esercizio pacifico ed esente da qualsivoglia turbamento¹⁹⁴; il che pur non essendo certo inammissibile in linea di principio, tanto più alla luce dell'optata formulazione circa la "*libertà di religione*" e non di mera "*libertà di professione*", è una conclusione interpretativa ardita che deve trovare un – seppur minimo – riscontro nel diritto positivo. In un caso divenuto celebre¹⁹⁵, non una sponda positiva in senso stretto quanto una "lacuna da colmare", è stata trovata *extra conventionem* nella circostanza di una carente regolamentazione da parte dello stato contraente, che lasciando impunte le critiche che si spingano oltre il limite di rendere impraticabile il credo¹⁹⁶ a condizioni

¹⁹⁴ La dottrina parla a tal proposito di quella religiosa come di una libertà di duplice prospettiva: "negativa" e "positiva". Sul primo versante, *nulla quaestio*; tanto la libertà dalle interferenze statali nella professione del credo quanto la libertà di non essere coinvolti contro la propria volontà nella professione medesima è principio che promana direttamente dall'articolo 9 CEDU (in tal senso, ricorso del 20 novembre 1984, n. 11581/85, *Darby v. Sweden*); sul punto, S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Bologna, 2001, pp. 326-327.

¹⁹⁵ Ricorso presso la Commissione Europea per i Diritti dell'Uomo, decisione del 14 luglio 1980, n. 8282/78, *X. and Church of Scientology v. Sweden*.

¹⁹⁶ *X. and Church of Scientology v. Sweden*, cit., par. 5: "The Commission is not of the opinion that a particular creed or confession can derive from the concept of freedom of religion a right to be free from criticism. Nevertheless the Commission does not exclude the possibility of criticism or 'agitation' against a church or religious group reaching such a level that it might endanger freedom of religion and where a tolerance of such behaviour by the authorities could engage State responsibility. However, the Commission does not consider that such an issue arises on the facts of

CAPITOLO II

accettabili¹⁹⁷, autorizzerebbe una lettura estensiva dell'articolo 9 che realizzi quella versione "attiva" della libertà di religione.

Dall'analisi svolta ci sembra di poter desumere che la libertà d'espressione nel sistema CEDU, e pertanto la reattività della tutela umanitaria nei confronti dei reati di opinione, abbia fatto e stia facendo fatica ad assumere una dimensione pienamente autonoma, venendo all'uopo preferito un contenimento sorretto da ragioni di "prudenza politica" ad un suo pieno e coraggioso riconoscimento. Le osservazioni svolte inerenti il contesto nazionale italiano, costruito su di una dichiarata "pietra angolare" che sembra doversi costantemente comprimere sotto il peso di altri interessi, hanno una sostanziale replicabilità nel contesto europeo, preoccupato come sembra di garantire una pacifica coesistenza delle opinioni, all'occorrenza a scapito della loro autenticità. Nel capitolo che segue vedremo come, con riferimento alla "parte speciale" optata per descrivere un'attualissima tendenza del diritto penale, politica criminale e politica *tout court* raggiungano un livello forse inedito di sovrapposizione.

the present case. In reaching this conclusion it notes that the remarks reported in the newspaper article were made in the course of an academic lecture by a professor of theology and not in a context which could render the remarks inflammatory. Moreover, it has not been shown that either the Church of Scientology or its members have been prevented in any way as a consequence of these published remarks from "manifesting their beliefs" in the ways enumerated by this provision."

¹⁹⁷ S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione Europea*, cit. p. 327: "La motivazione della Commissione induce a ritenere che l'ipotesi di una eventuale mancanza di qualsiasi tutela legale nel caso dell'offesa di sentimenti religiosi potrebbe costituire una violazione dell'art. 9".

CAPITOLO III

I reati di negazionismo

“A molti, individui o popoli, può accadere di ritenere, più o meno consapevolmente, che «ogni straniero è nemico». Per lo più questa convinzione giace in fondo agli animi come una infezione latente; si manifesta solo in atti saltuari e incoordinati, e non sta all'origine di un sistema di pensiero. Ma quando questo avviene, quando il dogma inespresso diventa premessa maggiore di un sillogismo, allora, al termine della catena, sta il Lager.”

P. Levi

SOMMARIO: 1. INQUADRAMENTO E RATIO DEI REATI CONTRO LA MEMORIA NEL SISTEMA CEDU – 2. LA TENUTA DELLE GARANZIE PENALI – 3. NEGAZIONISMO E DEMOCRAZIA: LA CONSACRAZIONE DEL PRINCIPIO POLITICO NEGLI STATUTI PENALI – 4. GLI ELEMENTI PSEUDO-NORMATIVI E IL DILEMMA DELL'ELEMENTO OGGETTIVO.

1. Inquadramento e *ratio* dei reati contro la memoria nel sistema CEDU

Fin dagli albori¹⁹⁸ di una dichiarata lotta ai “reati di stampo razzista o xenofobo”, inaugurata a livello europeo con una paradigmatica decisione quadro¹⁹⁹, è apparso chiaro che la tutela della memoria storica sarebbe

¹⁹⁸ Il primo provvedimento a livello comunitario in tema di negazionismo risale all’Azione Comune 96/443/GAI, pubblicata in Gazz. Uff. Un. Eur., L185 del 24 luglio 1996, poi abrogata dalla successiva decisione quadro (cfr. nota successiva).

¹⁹⁹ La Decisione Quadro 2008/913/GAI rubricata “sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale”, che rappresenta il primo tentativo, organico e sistematizzato, di risposta alla proliferazione del negazionismo a livello europeo; l’articolo 1, lettera c) fornisce l’inquadramento

CAPITOLO III

stata riconosciuta a livello penale da un linguaggio che richiamasse, in modo piuttosto esplicito, un diffuso se non unanime giudizio in merito a fatti storici particolarmente sensibili, sulla cui condanna l'Europa stessa ha costruito²⁰⁰ parte della propria identità.

È piuttosto chiaro, già da una lettura superficiale, che la previsione di condotte di “disconoscimento”, “di giustificazione”, o di “grossolana volgarizzazione” dei fatti in questione implica un giudizio precostituito che si assume sottratto, almeno in una certa misura, alla dialettica con tesi dissenzienti o minoritarie, e ciò non solo in merito alla mera successione dei fatti, ma finanche alla possibilità di una diversa – o assente – “adesione spirituale” al significato storico o politico che ad essi è comunemente conferito. Tanto analizzando la collocazione topografica di detti reati, quanto valorizzando determinate clausole di punibilità più o meno costanti, è osservabile che le scelte repressive del negazionismo sono inserite in una più ampia politica di freno alla proliferazione di idee razziste, suprematiste o xenofobe, o comunque suscettibili di istigare all'odio o alla delinquenza, quasi postulando tali scelte una sorta di “presunzione assoluta” di accostamento del primo alle seconde.

generale delle fattispecie di negazionismo con un “tripode” di predicati poi ripreso da varie legislazioni, che proietta la repressione penale lungo le direttrici del puro disconoscimento (“negazione”), della giustificazione (“apologia”) e della volgarizzazione (“grossolana minimizzazione”).

²⁰⁰ Come osserva G.M. Teruel Lozano, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in Rivista n. 2/2014 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 27 giugno 2014, p. 1-2: “In particolare, l'Olocausto continua a presentarsi come un nefasto «mito fondativo», in realtà un «contro-mito», di fronte al quale avviare un processo di ricostruzione attraverso l'affermazione del valore della persona e della sua dignità naturale.” In tal senso anche C.Sotis, *Il diritto senza codice - uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 97: “La risposta [al perché l'Europa opti per scelte repressive penali nei confronti del negazionismo, *nda*] (...) risiede proprio nel fatto che il negazionismo costituisce paradigma di quei beni che abbiamo definito come *strumentali* all'identità dell'Unione europea (...). nega l'universo etico-politico, nato in Europa dopo la seconda guerra mondiale, che costituisce (...) il “fine alto” su cui poggia tutta la costruzione comunitaria.”

In Francia, dove l'articolo 24bis della risalente *loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*²⁰¹, introdotto nel 2017, punisce “*ceux qui auront contesté (...) l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité*”, la disposizione è inserita nel paragrafo dedicato ai reati di istigazione commessi col mezzo della stampa, vincolando la nozione dei crimini contro l'umanità – bersaglio della condotta negazionista – ad un rigoroso assetto definitorio²⁰² attinto da varie fonte internazionali. Di contro, un altro tentativo di criminalizzazione del negazionismo, per crimini di genocidio così come definiti “dalla legge francese”, incontrava nel 2012 la cassazione del *Conseil Constitutionnel* per un'addotta limitazione della libertà di espressione ascrivibile all'eccessiva latitudine²⁰³ del rinvio operato dalla

²⁰¹ Come puntualmente riportato nel Dossier n. 47 della XVII legislatura – Senato della Repubblica: “In Francia una norma *ad hoc* sul negazionismo è stata introdotta all'articolo 24-bis della legge 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa, dalla cosiddetta *Loi Gayssot*, volta a reprimere ogni forma di razzismo, antisemitismo e xenofobia. Questa norma punisce, con la pena della reclusione (un anno) e l'ammenda, chi che contesta, pubblicamente i crimini contro l'umanità, come definiti dall'articolo 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale annesso all'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945, che sono stati commessi tanto da membri di un'organizzazione dichiarata criminale ai sensi dell'articolo 9 dell'Accordo citato, quanto da un individuo che sia stato dichiarato colpevole di predetti crimini da una giurisdizione francese o internazionale. La norma limita la portata della fattispecie alla sola negazione dei crimini contro l'umanità, così come definiti dall'articolo 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga.”

²⁰² *Ibidem*

²⁰³ 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 *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 marzo 2012: “al contrario, la legge *de quo*, pur introducendo anch'essa una nuova fattispecie criminosa e condividendo con la precedente normativa la *ratio* di un generale "dovere di ricordo", nel definire quali siano i "genocidi" oggetto della "contestazione" ovvero della "minimizzazione", opera un rinvio 'a maglia larga'. Infatti, i crimini genocidiari su cui verte l'incriminazione sono da considerarsi quelli "riconosciuti come tali dalla legge francese". Il rinvio, anche se ad oggi è limitato all'unica *loi* che, espressamente "riconosce" un genocidio, ossia quella del 29 gennaio 2001 relativa alla "riconoscimento del genocidio armeno del 1915", è, a differenza di quanto accade nella *Gayssot*, aperto e mobile. Ebbene, proprio questa diversa latitudine di rinvio

CAPITOLO III

proposta disposizione; un'argomentazione di natura tecnica, nella quale è tuttavia rinvenibile l'affermazione di un requisito di certezza, sottostante la legislazione, che orienti la *ratio* repressiva.

In Germania, i provvedimenti penali sulla c.d. “*auschwitzlüge*” (menzogna di Auschwitz) hanno origine risalente²⁰⁴, strettamente connessa ad un proposito di aperta prevenzione del *volksverbesserung* (“aizzamento del popolo”) che finirà per corredare la rubrica della disposizione attualmente vigente in tema di negazionismo²⁰⁵, che individua tanto nel disconoscimento (*leugnet*) quanto nella minimizzazione (*verharmlost*) degli atti del regime nazista una condotta tipica strutturalmente conforme all'incitazione all'odio, all'esortazione alla violenza o alla denigrazione di un gruppo etnico o una minoranza.

Ancora più esplicita in tal senso la soluzione spagnola, che annovera il negazionismo al comma successivo del medesimo articolo dedicato al genocidio²⁰⁶, il quale prima di una declaratoria²⁰⁷ del *Tribunal Constitucional*

differenzia le due leggi, determinando per la più recente la dichiarazione di incostituzionalità.”

²⁰⁴ J. Luther, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in POLIS Working Papers, giugno 2008, p. 4: “Quest'ultima figura di reato [l'aizzamento del popolo, *nda*] è il frutto di una lunga storia di progettazione e di riforma (...) che dimostra come l'uso pubblico della storia nella Repubblica di Bonn, con fasi alterne di rimozione e di ricordo, sia stato sempre ispirato a una certa qual preoccupazione per lo stato d'anima del popolo”.

²⁰⁵ *Strafgesetzbuch*, comma 3 § 130: “*Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.*” (trd: “Chiunque pubblicamente o in un riunione approva, disconosce o minimizza uno degli atti tra quelli indicati nella sezione 6 del Codice di Diritto Penale Internazionale, compiuto sotto il governo nazionalsocialista, con una modalità in grado di turbare l'ordine pubblico è punito con la reclusione fino a cinque anni o una multa.”).

²⁰⁶ *Código penal español*, art. 607, comma 2

²⁰⁷ Dossier n. 47 della XVII, cit. : “Il giudice costituzionale ha ritenuto che la mera negazione dei fatti di genocidio, in assenza dell'esteriorizzazione di un giudizio

– di parziale incostituzionalità – fungeva da parametro di individuazione dei fatti storici oggetto di disconoscimento.

L’Austria ha invece individuato nel negazionismo un tentativo indiretto di ricostituzione del partito nazista, inserendo la fattispecie sorretta dal “tripode” di condotte di disconoscimento/giustificazione/volgarizzazione dei crimini nazisti nel corpo della normativa²⁰⁸ immediatamente post-bellica, sostanzialmente omologa alla XII disposizione transitoria della Costituzione italiana.

La Svizzera ha inserito il reato di negazionismo tra i “crimini contro la tranquillità pubblica²⁰⁹”, una rubrica del codice penale piuttosto eterogenea che include uno spettro esteso di fattispecie, dal finanziamento delle attività terroristiche alla profanazione dei sepolcri. Completano la lista²¹⁰ Belgio, Repubblica Ceca, Liechtenstein, Lussemburgo, Malta, Polonia, Romania, Slovacchia, Slovenia ed Ungheria.

positivo sui medesimi, non potesse ritenersi di per sé suscettibile di creare un clima sociale di ostilità contro le persone che appartengono allo stesso gruppo che fu in passato vittima dei fatti di genocidio la cui esistenza si contesta. Conseguentemente per il giudice delle leggi spagnolo - anche in assenza della possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata in considerazione del tenore letterale della citata disposizione - l'incriminazione della negazione dei fatti di genocidio si traduce nell'incriminazione della pura e semplice espressione di un punto di vista circa l'essersi o il non essersi verificati determinati fatti o l'essere o meno gli stessi qualificabili come genocidio e risulta quindi incompatibile con la tutela costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero garantita dall'articolo 20 della Costituzione spagnola.”

²⁰⁸ *Verfassungsgesetz vom 8. Mai 1945 über das Verbot der NSDAP (Verbotsgesetz)*

²⁰⁹ R.S. 311 – Codice penale della Confederazione Elvetica, del 21 dicembre 1937 (Stato: 1° marzo 2018), Libro II, Titolo XII.

²¹⁰ La lista citata è stata attinta dalla *Lettera di informazione – anno I numero 8 – 10 dicembre 2014* dell'Osservatorio antisemitismo, realizzata dalla Fondazione Centro di Documentazione Ebraica Contemporanea con il sostegno dell'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane.

CAPITOLO III

La soluzione italiana, della quale si tratterà in sede di conclusioni, non si è concretizzata nell'introduzione di una fattispecie autonoma, ma di una "circostanza aggravante di negazionismo", con ciò non aderendo appieno ad un proposito di criminalizzazione *tout court* quanto ad un approccio maggiormente "chirurgico"²¹¹ che, pur seguendo il *trend* europeo, non prendesse definitivamente le parti in questa ridefinizione della cultura giuridica europea, che sembra ormai accogliere la nozione di "memoria storica" quale bene giuridico suscettibile di espressa tutela a livello penale. È questa una conclusione a cui può giungersi, a nostro sommo avviso, attraverso due distinte considerazioni.

La prima attiene, *sic et simpliciter*, alla tecnica legislativa, concretatasi nell'utilizzo *ad abundantiam* del citato "tripode" di predicati che, tradotto in una fattispecie di reato, dilata in modo pervasivo il perimetro di rilevanza della condotta, sancendo di fatto la contrarietà alla disposizione di qualunque comportamento che si discosti dalla piena costatazione dei fatti in quanto tali ("disconoscimento"), dalla loro inaudita gravità ("minimizzazione grossolana") e dalla loro natura criminale ("giustificazione"). A prescindere da ovvie considerazioni in merito alla tenuta delle garanzie penali – soprattutto in tema di tassatività della

²¹¹ Piuttosto esplicito in tal senso un passaggio del resoconto stenografico della discussione alla Camera; proposta di legge: S. 54. - Senatori Amati ed altri: "*Modifiche all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, e modifica all'articolo 414 del codice penale*" (approvata dal Senato) - atto Camera 2874 - 16 aprile 2015. Intervento di esame e rinvio, p. 55 - Deputata Donatella Ferranti: "Rispetto al primo testo della Commissione Giustizia, che introduceva nell'articolo 414 del codice penale (istigazione a delinquere) un autonomo reato di negazionismo, la nuova formulazione ha inteso ovviare sia alle perplessità e criticità emerse nel corso del dibattito sul rischio di introdurre un mero reato di opinione, sia alla necessità di elaborare un testo in grado di contemperare le esigenze poste dalle fonti internazionali ed europee in materia di contrasto del negazionismo con quelle della tutela della libertà di espressione del pensiero di cui all'articolo 21 della Costituzione."

disposizione – appare chiaro che l'utilizzo di una predicazione tanto dettagliata obbedisce allo scopo non già di specificare il perimetro di rilevanza penale in termini di certezza, quanto di “attirare nell’orbita” della condotta negazionista il numero più alto possibile di ipotetiche declinazioni della stessa, affermando un implicito parametro di valutazione storica dei fatti in questione.

In secundis, la profonda eterogeneità delle singole legislazioni emesse in ottemperanza – o in taluni casi in anticipazione – della decisione quadro. L'incoerenza che la comunità europea ha dimostrato nel penalizzare specificamente il disconoscimento ora della *Shoah*, ora del “crimine contro l’umanità”, nella non uniforme risposta al tema dell’elemento oggettivo – di quali fatti sia, cioè, criminale disconoscere – , nella varietà delle forbici edittali di pena e nella differente collocazione nei codici, dimostra l’inesistenza di una politica criminale comune – e di una coerente strategia di repressione di un dissenso eversivo o destabilizzante – e di contro la presenza di una *sensibilità politica diffusa*²¹², facente sostanzialmente eco ai riconoscimenti formali dei genocidi in generale (tramite, ad esempio, l’istituzione di giornate di commemorazione) e della *Shoah* stessa, che inveri una risposta più energica alle sottostanti istanze politiche e sociali.

²¹² In senso parzialmente discorde, E. Fronza, *Negazionismo (Diritto Penale) in Enciclopedia del Diritto, estratto, Annali VIII*, p. 637: “L’immagine è, dunque, quella di un’Europa che tutela la propria memoria mediante il diritto penale. Tuttavia, pur a fronte di questa opzione punitiva comune, ribadita a livello internazionale, e pur a fronte di esigenze e principi di valore costituzionale comuni, si scorge un reato a geografia variabile, che rivela la specificità delle singole tradizioni storiche, politiche e giuridiche”; cfr. inoltre, C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, p. 218.

CAPITOLO III

Una dimostrazione plastica di ciò è osservabile nella disinvoltura con cui, in una certa prassi giudiziaria²¹³, tendano a confondersi i concetti²¹⁴ di *negazionismo* e di *revisionismo*; confusione peraltro ancor più inaccettabile se si considera che la distinzione tra i due approcci, sul piano meramente epistemologico, potrebbe offrire uno “spartiacque” ideale nel contemperare l’esigenza di tutela della memoria storica e la libertà della ricerca scientifica. L’atteggiamento del negazionista – oggi rinvenibile nell’incontrollata proliferazione di teorie antiscientifiche, di c.d. “*fake news*”, di ogni sorta di tesi cospirazionista – non è dialettico; egli o ella

²¹³ Un esempio lampante di questa prassi, rinvenibile *expressis verbis* nell’impianto motivazionale, è dato dal giudizio di appello nel processo al dott. Perinçek – negazionista del genocidio armeno, Tribunale Federale Svizzero, ATF 6B_398/2007 – , *iter* giudiziario conclusosi dinanzi alla Grande Camera della CEDU, su cui la trattazione si soffermerà diffusamente. In tutti i passaggi di seguito citati la decisione offre, almeno nell’interpretare la *voluntas legis*, una sostanziale equiparazione del negazionismo e del revisionismo: par. 3.2: “..the offence of revisionism, or Holocaust denial, was intended to be included within the constituent element of dishonouring the memory of a deceased person (...)” e inoltre, par. 3.4.1: “The desire to combat negationist and revisionist opinions in relation to the Holocaust was, admittedly, a central factor in the drafting of Article 261 bis § 4 of the Criminal Code”. Ancora, par. 3.4.2: “The fact that Holocaust denial constitutes a criminal offence under Article 261 bis § 4 of the Criminal Code therefore stems (...) from the legislature’s specific intention to outlaw negationism and revisionism when it formulated this rule of criminal law..”.

Analogamente, in Corte EDU, sez. IV, *Garaudy vs France*, par.1 del “considerato in diritto”: “*la négation ou la révision de faits historique de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme..*”.

²¹⁴ C. D. Leotta, *Profili penali del negazionismo – riflessioni alla luce della sentenza della Corte EDU sul genocidio armeno (2015)*, Milano, 2016, p. 12: “Si osservi, a proposito, come il negazionismo, il cui autore si rivolge perlopiù ad un pubblico non colto anche se culturalmente coinvolto, offra a-problematicamente, utilizzando un approccio scettico alla conoscenza, una (non) verità *contra facta*, espressa in termini di negazione, eviti un autentico confronto scientifico e persegua spesso una finalità giustificazionista del passato, non senza conseguenze culturali e politiche per il presente. Il revisionista, al contrario, pur ricercando eventualmente anch’egli di rivisitare/riabilitare, fornendone una nuova lettura, un fatto del passato, rimane fedele alla ricerca della verità storica, cioè del fatto, ma ne propone una nuova interpretazione nel confronto con la comunità scientifica; per questo giustamente si è detto che «ogni storico che si rispetti è revisionista».

non espone una tesi suscettibile di confutazione o di validazione, ma muove da un precostituito assunto di inattendibilità²¹⁵ delle fonti ufficiali, cercando di dimostrare la presenza di una volontà dissimulatrice – molto spesso teorizzando apertamente un complotto – che comprometterebbe l'integrità della narrazione. Il preteso carattere “scientifico” nel negazionismo è perciò un *escamotage* che dia a tesi sostanzialmente politiche un tono maggiormente autorevole. Con specifico riferimento alla *Shoah*²¹⁶ il dissimulato fine politico è piuttosto evidente: minare la narrazione “ortodossa” per affermare un'equivalenza nel giudizio storico tra i vincitori e vinti, deprivando le potenze alleate e l'Unione Sovietica, e soprattutto la loro classe intellettuale e politica di riferimento, di quel “*moral high-ground*” che è loro comunemente riconosciuto. Letteralmente inverso è invece l'approccio revisionista che, come è stato correttamente

²¹⁵ M. Della Malva, *Diritto e memoria storica nell'esperienza giuridica comparata: il difficile bilanciamento tra tutela della dignità delle vittime, libertà di manifestazione del pensiero, protezione della democrazia* - tesi di dottorato pubblicata - Milano, 2014, p. 132: “(...) il metodo da essi utilizzato costituisce unicamente una “parodia” del metodo storico. Innanzitutto, come il loro nome stesso richiama, essi lavorano esclusivamente “in negativo”, occupandosi di documenti tacciati di falsità o di contraffazione, senza mai argomentare le proprie tesi sulla scorta di materiali presentati come attendibili. (...) Analizzate poi, le tecniche con le quali essi procedono a dar luogo all'attività di smentita delle fonti, si vedrà che i negazionisti isolano le singole testimonianze dal loro contesto immediato e, anziché “far dialogare” tra loro i vari testimoni, al fine di ricostruire la verità parziale di cui essi sono portatori, le isola, mettendo in luce la loro singolare incongruenza”.

²¹⁶ Il negazionismo della Shoah, diffusosi già nel 1948 ad opera dello scrittore francese Maurice Bardèche con il suo *Nouremberg o la Terre promise*, ha conosciuto una notevole mole di distinte declinazioni, che vanno dall'inesistenza delle camere a gas (P. Rassinier, *Le drame des Juifs d'Europe*), alla sproporzione nei numeri dell'olocausto (D. L. Hoggan, *The Myth of the Six Million*), alla sostanziale isolabilità e preesistenza del fenomeno (H. H. Barnes, *Blasting the Historical Blackout*). Il negazionista - oggi “pentito” - forse più celebre è tuttavia il britannico D. Irving (*Hitler's War*), un tempo estensore di singolari tesi, più volte corrette e rivedute nel corso degli anni, per le quali Hitler non avrebbe avuto un coinvolgimento diretto nelle politiche di sterminio, dalle quali sarebbe stato tenuto all'oscuro da Himmler e Heydrich.

CAPITOLO III

osservato²¹⁷, informa entro certi limiti tutta l'attività di ricerca storica al punto che "ogni storico che si rispetti è revisionista", laddove le conclusioni che possono o debbono trarsi da un lavoro di ricostruzione dei fatti non vengano santificate ed elevate ad unico canone interpretativo. Se nel negazionismo i fatti vengono travisati, manipolati, isolati o decontestualizzati allo scopo di supportare una determinata tesi (spesso precostituita), nel revisionismo le conclusioni – pur essendo, entro certi limiti, accomunabili dal medesimo intento di riequilibrare un giudizio che si assume fazioso o inattendibile – sono suffragate da un lavoro intellettualmente rigoroso che non antepone il credo politico alla ricostruzione storica.

Per comprendere quanto il discorso sulla Storia, sia esso negazionista o revisionista, possa afferire alle garanzie di cui alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo è necessario premettere che la fonte primaria in questione ammette che il dibattito possa deflagrare²¹⁸ oltre i limiti di un confronto pacato, non richiedendo che tali dispute restino confinate in una dimensione accademica e, perciò solo, inaccessibile al grande pubblico; è bene tuttavia prendere tale principio con le dovute cautele, se si considerano da un lato le prerogative della CEDU e dall'altro la fitta rete di contro-limiti che il "discorso scandaloso" ha incontrato nel ricevere la protezione umanitaria della Corte, nel lungo *iter* giurisprudenziale che l'ha vista coinvolta in tema di reati di opinione.

²¹⁷ V. Pisanty, *Sul negazionismo*, in Italia contemporanea n. 212, 1998, p. 524.

²¹⁸ È questo un principio pacifico, almeno in punta di diritto, sin dalla sentenza *Handyside vs United Kingdom* del 1976 (Corte in seduta plenaria, ricorso n. 5493/72) dove venne affermato, al par. 49: "Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (...), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population".

Innanzitutto, l'ordinamento CEDU non giudica, *in se*, le condotte e la loro astratta conformità al dettato convenzionale, ma piuttosto la legittimità delle repressioni ad opera del giudice nazionale. Nel consacrare la libertà di manifestazione del pensiero la Carta individua, al comma 2 dell'articolo 10²¹⁹ tanto le forme di "ingerenza" quanto le sottostanti ragioni di ordine politico che la possono, in astratto, giustificare. Parlare di tutela umanitaria al discorso sulla Storia, nel sistema CEDU, è un'affermazione pertanto formalmente corretta ma fuorviante, giacché come vedremo non si estende alle fattispecie normative²²⁰ ma ne parametrizza l'applicazione valutando il contesto di irrogazione della sanzione. Il discorso negazionista, come osservato in dottrina²²¹, rientra appieno nel perimetro della "manifestazione del pensiero" o della "opinione", con ciò il giudice di Strasburgo evitando una (s)qualificazione aprioristica che destituisse il "discorso scandaloso" delle sue note naturalistiche; tale sarebbe stata un'interpretazione che

²¹⁹ CEDU, Art. 10, c. 2: "L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario."

²²⁰ La questione della "censura al legislatore" è stata già affrontata nel cap.1 a cui pertanto si rimanda. Con specifico riferimento all'ambito dell'art. 10 va tuttavia segnalato un passaggio della recente sentenza nel ricorso n. 64746/14 - Travaglio vs Italia, 2017, al par. 28: "Gli Stati contraenti dispongono di un certo margine di apprezzamento nel valutare se sussista tale necessità, ma esso va di pari passo con il controllo europeo, che comprende sia la legislazione che le decisioni che la applicano, anche quando sono pronunciate da un tribunale indipendente."

²²¹ C. D. Leotta, *Profili penali del negazionismo*, cit. p. 57: "L'arresto [del ricorrente, nda] (...) riconduce con lodevole chiarezza il problema della legittimità/illegittimità della sanzione del negazionismo al discorso convenzionale: anche il discorso negazionista è forma di manifestazione del pensiero, i cui limiti sono ammissibili nel sistema CEDU solo alle condizioni previste nell'art. 10, par.2."

CAPITOLO III

conducesse, nei casi in questione, ad una dichiarazione di irricevibilità del ricorso *ratione materiae*²²², come avvenuto in diverse occasioni²²³ in cui non già la fondatezza del ricorso, ma neanche la pertinenza della specifica garanzia – pur riguardando le doglianze dei ricorrenti la tipica “interferenza con la libertà di espressione” di cui all’art. 10 – è stata ritenuta insussistente. Sebbene la Corte sembri essere piuttosto disinvolta nell’utilizzare, senza un’apparente costanza, ora lo strumento dell’irricevibilità²²⁴ ora del rigetto pur in presenza di medesimi

²²² Ai sensi dell’art. 35 della Convenzione, che stabilisce le condizioni di ricevibilità. Le condizioni espresse sono: l’esaurimento delle vie di ricorso interno, la forma non anonima del ricorso, la non manifesta infondatezza, la non reiterazione di un ricorso “sostanzialmente” identico, la compatibilità con le garanzie della convenzione e dei protocolli addizionali, l’assenza di un pregiudizio sofferto dal ricorrente. Sul punto, F. Buffa, *Il ricorso alla CEDU ed il filtro*, Italia, 2017, p.72: “Perché una doglianza sia incompatibile *ratione materiae* con la Convenzione, è necessario che il diritto invocato dal ricorrente sia tutelato dalla Convenzione e dai suoi Protocolli entrati in vigore.”

²²³ Nel ricorso n. 2344/02 - *Drițas c. Italia*, relativo ai fatti del G8 di Genova del 2001, 46 ricorrenti adirono la Corte EDU in una articolata rimostranza che chiamava in causa, *inter alia*, gli artt. 10 e 11 della Convenzione. In estrema sintesi, ai ricorrenti era stato impedito di prendere parte alle manifestazioni no-global in occasione del noto summit a Genova.

La *quaestio iuris* sorta dal ricorso, se cioè l’impedimento fisico di partecipare ad una manifestazione costituisca interferenza indebita nelle libertà di riunione e di espressione, viene risolta in termini di irricevibilità causa “manifesta infondatezza”. Da rilevare, tuttavia, che le doglianze ex art. 10 vengono assorbite in quelle ex art. 11, in quanto (par. 3, lett. b), terzo capoverso: “(...) l’articolo 10 si traduce in una *lex generalis* rispetto all’articolo 11, *lex specialis*. In effetti, la tutela delle opinioni personali, garantita dall’articolo 10 della Convenzione, rientra tra gli obiettivi della libertà di riunione pacifica sancita dall’articolo 11 della Convenzione (*Ezgin c. Francia*, 26 aprile 1991, §§ 35 e 37, serie A n. 202).” Ciò che ne risulta sembra pertanto essere una non pertinenza “indiretta” della libertà di espressione, che rileverebbe nel caso in esame solo nelle modalità che furono oggetto di repressione.

²²⁴ Viziato, peraltro, da una scarsa ottemperanza all’obbligo di motivazione, come osserva Adriano Maffeo, *La recente prassi della corte di Strasburgo in tema di inammissibilità dei ricorsi individuali: un obbligo di motivazione a contenuto variabile?*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, Anno XXV, Fasc. 1-2015, p. 197: “(...) ciò che più desta perplessità non è tanto il descritto procedimento in sé considerato quanto, piuttosto, la prassi diffusasi in seno alla Corte di Strasburgo di comunicare agli interessati l’inammissibilità del proprio ricorso esclusivamente attraverso una lettera — per altro non soggetta a pubblicazione — priva di una specifica motivazione.

presupposti – in forza anche della possibilità, riconosciuta dall’art. 29 della Convenzione e disciplinata dal regolamento²²⁵ interno, di esaminare congiuntamente ricevibilità e merito del ricorso – , proprio una irricevibilità precipuamente motivata ha concretizzato, anche in occasioni recenti²²⁶, la mancata tutela della libertà di espressione, alla luce della clausola generale del “divieto di abuso del diritto” di cui all’art. 17²²⁷.

Il ricorso a tale clausola sposta significativamente i termini della questione, da che l’oggetto primario dell’indagine non risulta più la misura repressiva posta in essere dallo Stato, quanto la condotta stessa del ricorrente. Descrivendo, in una formula generale – ed anche generica, invero – di salvaguardia “dello spirito” della Convenzione, una vera e propria clausola interpretativa di conformità, la disposizione impedisce “alle libertà e ai diritti” stabiliti dalla Carta di “ritorcersi” contro sé stessi,

Infatti, con poche e stereotipate righe di stile, peraltro dal «tono sgarbato», viene reso noto alle parti che «la Corte ha ritenuto non soddisfatte le condizioni di ricevibilità previste dagli articoli 34 e 35 della Convenzione», che la causa sarà cancellata dal ruolo e che la documentazione sarà distrutta.”

²²⁵ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo – Regolamento della Corte, aggiornato al 16 novembre 2016, articolo 54, “Esame congiunto della ricevibilità e del merito”.

²²⁶ La vicenda *M’Bala M’Bala v. France*, no. 25239/13: il ricorrente è un attore satirico franco-camerunense che ospitò in occasione di un suo spettacolo un noto saggista negazionista, Robert Faurisson, profusosi in una *performance* “umoristicamente” molto violenta, e che valse al ricorrente una condanna per ingiuria pubblica aggravata da finalità razzista. Il caso offre un’interessante prospettiva sul tema in relazione agli atteggiamenti intellettuali – che abbiamo affrontato a proposito di negazionismo e revisionismo – , giacché M’Bala M’Bala, già noto per aver espresso posizioni controverse in passato, si difese deviando la propria collocazione da “antisemita” ad “antisionista”, tesi che però sia i giudici francesi che la CEDU respinsero. Sul punto P. Caroli, *La Corte Europea in tema di offese pubbliche contro gli ebrei*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 dicembre 2015.

²²⁷ CEDU, Art. 17: “Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un’attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione.”

CAPITOLO III

avallando il compimento di “*atti che mirino alla loro stessa distruzione*²²⁸”. Il compimento di tali atti disattiva le garanzie della convenzione e ne preclude la rilevanza nel caso in esame; la garanzia di cui all’art. 10 certo non si sottrae a tale meccanismo²²⁹. Dal momento che solo in condizioni di attivabilità della garanzia in questione, la misura repressiva o preventiva impugnata diverrebbe oggetto di scrutinio della Corte, le valutazioni circa la natura o l’intento della condotta del ricorrente nei fatti che gli sono contestati a livello nazionale coincide, *ipso facto*, con una condizione di procedibilità²³⁰ che, se non soddisfatta, valida implicitamente la misura impugnata. Tale valutazione pertanto non già su un piano strettamente gerarchico, ma meramente *logico e procedurale*, precede in qualunque caso il giudizio di bilanciamento²³¹ tra libertà e

²²⁸ *M'Bala M'Bala v. France*, cit.: “Partant, dès lors que les faits litigieux, tant dans leur contenu que dans leur tonalité générale, et donc dans leur but, ont un caractère négationniste et antisémite marqué, le requérant tente de détourner l’article 10 de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d’expression à des fins contraires au texte et à l’esprit de la Convention et qui, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention. En conséquence, en vertu de l’article 17 de la Convention, le requérant ne peut bénéficier de la protection de l’article 10”.

²²⁹ Come espressamente stabilito, *inter alia*, in *Norwood v. The United Kingdom*, ricorso n. 23131/03, par. 2: “The general purpose of Article 17, is to prevent individuals or groups with totalitarian aims from exploiting in their own interests the principles enunciated in the Convention. The Court (...) has found in particular that the freedom of expression guaranteed under Article 10 of the Convention may not be invoked in a sense contrary to Article 17.”

²³⁰ Si utilizza volutamente l’espressione in senso lato ai fini del ragionamento che segue nella trattazione. Sulla clausola di cui all’art. 17 la dottrina si è espressa in modo critico, in particolare C.D. Leotta, *Profili penali del negazionismo*, cit. p. 42: “Al di là della sua applicazione agli episodi di negazionismo, il giudizio di inammissibilità nei casi in cui il ricorrente lamenti un’indebita compromissione della libertà di espressione è stato oggetto di critiche da parte della comunità scientifica, la quale ha posto in evidenza come tale tecnica decisoria rappresenti una “scorciatoia”, precludendo il giudizio di bilanciamento che consentirebbe di ponderare tutti i profili giuridici e fattuali nella situazione concreta.”

²³¹ Come osservato in P. Lobba, *Il volto europeo del reato di negazionismo tra richieste di incriminazione UE e principi fondamentali CEDU*, tesi di dottorato pubblicata, Bologna,

esigenze di repressione ex art. 10, e postula nell'economia della motivazione la preminenza della condotta individuale rispetto alla risposta dell'ordinamento nazionale. È a questo punto necessario spendere alcune riflessioni sulla natura di questa disposizione, stante che: 1) descrive le note di una condotta individuale; 2) prescrive, in senso stretto, la *cognizione* del giudice adito; 3) stabilisce quale conseguenza l'insopprimibilità delle misure restrittive impugnate; 4) è attivabile, per espressa ammissione²³² della Corte, alla stregua di una *extrema ratio*, in casi eccezionali a fronte del comprovato tentativo del ricorrente di distorcere il significato giuridico delle garanzie, traendone un indebito vantaggio.

Prima di suggerire una conclusione certamente audace che avrebbe delle implicazioni difficilmente gestibili, deve essere ulteriormente premesso che, a giudizio pressoché unanime della dottrina penalistica moderna – ma non solo – la *norma penale* è tale esclusivamente in forza di una collocazione formale in tal senso da parte del legislatore, ed è questo un

2013, il totale assorbimento del giudizio di bilanciamento nella valutazione della condotta ex art. 17 rappresenta, in realtà, l'ultima fase di una lunga evoluzione a tre "stadi" nel rapporto con la libertà di espressione. Nel primo di essi, l'articolo 17 ha avuto una natura essenzialmente ridondante rispetto all'articolo 10, per la quale quel medesimo giudizio di bilanciamento ex comma 2 viveva una fase preliminare nell'apprezzare la portata dell'intento distruttivo della condotta del ricorrente. Si ritiene, tuttavia, non pienamente soddisfacente questa lettura non già per un difetto di interpretazione in senso stretto, quanto per la sua portata potenzialmente abrogante dell'articolo stesso. Nel secondo, l'articolo vive una fase in cui funge da "adiuvante interpretativo" che "entra a far parte del giudizio di bilanciamento previsto dall'art. 10 ma – almeno formalmente – non lo annichilisce (...). Esso assume (...) la funzione di circostanza, di notevole peso, da bilanciare con altri elementi fattuali" (*ibidem*, p. 160). Nella terza fase, la lettura delle condotte negazioniste (a partire da *Lebidoux and Isorni v France*, ricorso n. 24662/94) assume talmente i tratti dell'attentato all'identità europea, carico di una implicita matrice antisemita, da assorbire a monte l'attività di bilanciamento.

²³² *Perinçek v. Switzerland*, ricorso n. 27510/08 - Grand Chamber, par. 114: "Article 17 is (...) applicable on an exceptional basis and in extreme cases (...) its effect is to negate the exercise of the Convention right that the applicant seeks to vindicate in the proceedings before the Court".

CAPITOLO III

requisito che, nel caso di specie, indubbiamente manca. Nondimeno, stante che i ricorsi alla Corte EDU presuppongono un procedimento interno che si sviluppa nel solco e nell'applicazione di norme, se non esclusivamente, certamente anche penali, l'articolo 17 può in molti casi acquistare rilevanza *in limine* ad un processo a stretto rigore penale, potendo ben compartecipare a quel segmento di disposizioni che autorevole dottrina²³³ ha definito *norma penale reale*.

²³³ M. Gallo, *Appunti*, cit. Si veda, Cap. 1, par. 2.

2. La tenuta delle garanzie penali

A prescindere dall'interrogativo appena posto, relativo alla natura – penale o meno – dell'articolo 17 CEDU, il *trend* europeo di criminalizzazione del negazionismo, e la sua afferenza alla categoria dei reati di opinione, deve essere valutato nella sua rispondenza al tessuto comune delle garanzie penali, per apprezzare quanto esso possa promuoverne una ridefinizione. Come già anticipato, il “diritto penale europeo” non è ad oggi una realtà consolidata, quanto piuttosto un quadro complesso in via di una non sempre indolore armonizzazione. Stante la tuttora vigente primazia formale delle norme costituzionali²³⁴, in un quadro che vede tanto le norme comunitarie quanto la convenzione EDU²³⁵ assurgere al rango di *norma interposta*, il processo di armonizzazione penale in seno all'Unione rischia di tradursi nella ricerca di un “minimo comune denominatore” che – come già analizzato²³⁶ per

²³⁴ G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p. 217 e ss:“(.)l'orientamento di apertura dell'ordinamento italiano nei confronti sia delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, sia delle norme internazionali convenzionali incontra i limiti necessari a garantirne l'identità e quindi, innanzitutto, i limiti derivanti dalla Costituzione.”

²³⁵ Come chiarito dalla già citata sentenza Corte Cost. n. 349 del 2007, che definisce tanto il collocamento della convenzione nell'ordinamento quanto il ruolo in tal senso dell'art. 117 Cost; “considerato in diritto”, par. 6.2, quarto capoverso: “Ciò non significa (...) che con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali (...) com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta (...) l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli “obblighi internazionali” di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata “norma interposta”.

²³⁶ Cap. 1, par. 5.

CAPITOLO III

il “principio di materialità” – sacrifica l’intensità di principi consolidati²³⁷, in nome di quella interpretazione “conforme²³⁸”, ovvero “convenzionalmente orientata”, preposta a garanzia del processo di uniformazione. Apprezzare la tenuta delle garanzie in questo contesto significa, pertanto, “proiettare” i principi enucleati a livello teorico, e di prassi costituzionale nostrana, allo scopo di verificarne il rispetto e le eventuali evoluzioni interpretative.

Pur potendo, infatti, il sistema CEDU, prestarsi ad una lettura squisitamente “penalistica”, esso ha sviluppato una pertinente griglia concettuale – a partire dalla definizione stessa di “reato²³⁹” – in larga

²³⁷ Un recente e dirompente esempio è senz’altro offerto dalla c.d. “sentenza Taricco” (Corte di giustizia dell’Unione europea - sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14), nel quale, in estrema sintesi, il presidio di legalità ex art. 25 Cost. da riconoscersi alle disposizioni in tema di prescrizione (artt. 160-161 c.p.) è stato minato dall’asserita preponderanza degli interessi finanziari dell’Unione ex art. 325 TFUE.

²³⁸ G. Stea, *I principi di diritto penale*, cit. pp. 121-122: “L’attività ermeneutica del giudice domestico, volta ad adeguare la norma interna, nella sua applicazione concreta, alla norma comunitaria di riferimento, in adempimento dell’obbligo di fedeltà e leale cooperazione, alla stregua della giurisprudenza lussemburghese delinea una tecnica di armonizzazione indiretta ma immediata (...)”.

²³⁹ S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione Europea*, cit., p. 256: “..tali nozioni - e dunque (...) la nozione di «reato» ex art. 7 C.E.D.U. - risultano oggetto di autonoma valutazione da parte degli organi della Convenzione, onde poter prescindere sul punto dalle peculiarità dei singoli Stati membri, e poter così evitare la cosiddetta «frode delle etichette» derivante dalla eventuale qualifica extrapenale data dal diritto interno ad un illecito «sostanzialmente penale». In senso tendenzialmente conforme, ma da diversa angolatura, F. Mazzacuva, *Le pene nascoste - Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 15 “La Corte europea ha presto scartato il criterio della “*very nature of the offence*” al quale si era inizialmente affidata (...). Divenuta insensibile al tema della natura e della gravità dell’infrazione (...) l’estensione della *matière pénale* finisce per dipendere dall’elaborazione autonoma del concetto di pena. È quest’ultima nozione, in effetti, che deve polarizzare l’istanza di colpevolezza, indipendentemente dalla dimensione offensiva dell’illecito cui essa è collegata”; questo secondo autore coglie la più recente tendenza della Corte EDU a valorizzare la prospettiva squisitamente sanzionatoria, probabilmente forse anche in un’ottica di guarentigia delle prerogative dello stato contraente.

parte autonoma rispetto alle ricostruzioni nazionali, informate ad un tecnicismo formale che viene sacrificato “*a vantaggio di parametri flessibili o sostanziali capaci di cogliere l'«intima essenza» dell'illecito stesso*”²⁴⁰.

Se nei casi inerenti le fattispecie di negazionismo non si pongono problemi di *mera legalità*, attesa la natura dichiaratamente penale delle disposizioni in esame, l'articolo 7 rileva nella misura in cui esige un'accezione di *legalità in senso stretto*²⁴¹, nella quale al dato formale della corretta approvazione della disposizione da parte del potere (legislativo) a ciò preposto, si accompagna il rispetto della tassatività-determinatezza²⁴² dell'enunciato normativo, atta a garantire la *prevedibilità* della sanzione. Il detto approccio sostanzialistico declina, tuttavia, il canone della prevedibilità in termini non già di “precisione” della

²⁴⁰ (*ibidem*), pp. 256-257. Va comunque sottolineato che eventuali controindicazioni di tale approccio “sostanzialistico”, almeno con riferimento all'art. 7 CEDU ed al principio di legalità ivi espresso, sono fisiologicamente temperate dall'approccio *in bonam partem* per il quale esso opera solo in senso garantistico, potendo riconoscersi la natura penale a disposizioni apparentemente extra-penali, ma non viceversa. Cfr, *Deweir v. Belgium*, ricorso n. 6903/75, sulla riconosciuta natura penale di casi “bagattellari”.

²⁴¹ L. Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, cit. p. 375: “..mentre il principio di mera legalità, enunciando le condizioni di esistenza o vigore di qualunque norma giuridica, è un principio generale di diritto pubblico, il principio di stretta legalità, nel senso (...) di meta-norma condizionante la validità delle leggi vigenti alla tassatività dei loro contenuti e alla decidibilità della verità giuridica delle loro applicazioni, è una garanzia che riguarda soltanto il diritto penale”.

²⁴² La distinzione tra “tassatività” e “determinatezza” non è un punto pacifico in dottrina, come evidenziato in N. Bartone, *Diritto Penale Italiano, Sistema e Valori – Giurisprudenza e Ottica Europea*, Italia, 2007, p. 48 e ss. Il nodo dirimente è, ad avviso di alcuni autori, nell'identificazione di un diverso destinatario dell'obbligo: il legislatore, nel caso della “determinatezza” e del relativo divieto del ricorso a ‘clausole generali’ nella costruzione della fattispecie; il giudice, nel caso della “tassatività” e del relativo divieto di interpretazione analogica. Secondo altra dottrina, la “determinatezza” atterrebbe invece non alla formulazione linguistica della fattispecie quanto alla sua dimensione empirica e probatoria, cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale, IV edizione*, Milano, 2012, p. 63: “Con la formula ‘principio di determinatezza’ esprimiamo l'esigenza, messa in luce già dagli illuministi nell'ambito delle prime enunciazioni del principio di legalità, che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo.”

CAPITOLO III

disposizione ad un livello strettamente lessicale²⁴³, quanto in una sua “prevedibilità in concreto” derivante in buona misura dalla pregressa applicazione della legge penale. Quello di tassatività-determinatezza è pertanto, a livello europeo, un principio essenzialmente casistico, con il quale il giudice si vincola ad un obbligo di “interpretazione *ragionevolmente prevedibile*²⁴⁴” ricalcato, di fatto, sul modello improntato allo *stare decisis* dei sistemi di *common law*. Sebbene sia un’opinione non isolata²⁴⁵ che siffatto approccio realizzi una visione liberale, foriera di garanzie più penetranti, nonché autenticamente improntata alla *conoscibilità* della norma penale, non sono mancati casi²⁴⁶ in cui l’asserita inesigibilità di una prognosi

²⁴³ Esplicita, in tal senso, la Corte EDU in *O’Carrol v. United Kingdom*, ricorso n. 35557/03: “The Court recalls that it is not possible to obtain absolute rigidity in the framing of laws, particularly in field in which the situation changes according to the prevailing views of society. The need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague.”

²⁴⁴ M. Scoletta, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e Diritto Penale*, a cura di C. E. Paliero e F. Viganò, Milano, 2013, p. 234: “La valutazione di legalità/determinatezza, nell’ottica europea, si sposta sulla dimensione “vivente” della fattispecie sanzionatoria e quindi sulla prevedibilità della interpretazione giurisprudenziale della disposizione legislativa. (...) il giudizio di prevedibilità assume pertanto una struttura fondamentale casistica, (...). Questo modello di ermeneutica (...) riproduce sostanzialmente i meccanismi dei sistemi di *common law*, il cui diritto giurisprudenziale (anche quello sanzionatorio) è caratterizzato da una dimensione tutt’altro che statica e immutabile, ma al contrario dinamica ed evolutiva”.

²⁴⁵ (*ibidem*), p. 236: “..la legalità europea coglie forse più a fondo il contenuto sostanziale (di garanzia *liberale*) della legalità penale: anche un’interpretazione meramente estensiva, se concretamente imprevedibile al momento della commissione del fatto, può integrare una violazione della garanzia espressa dall’art. 7 Cedu e sarebbe perciò fondamentale censurabile in sede europea.”

²⁴⁶ È il caso per certi versi paradigmatico della sentenza *Contrada vs. Italy*, nella quale la Corte definirà il c.d. “concorso esterno in associazione mafiosa” alla stregua di un “reato di origine giurisprudenziale”, pur esso rappresentando l’ordinario innesto della figura del “concorso” ex art. 110 c.p. alla fattispecie di parte speciale ex art. 416-bis c.p. Sul punto, un prezioso commento in M. Gallo, *Riflessioni a margine del Congresso dell’Unione delle Camere Penali Italiane*, (disponibile a <http://www.camerepenali.it/>) settembre 2015: “I fautori della figura in discorso parlano, senza mezzi termini, oserei dire, in un sistema che non conosce il vincolo del precedente, sfacciatamente, di

d'illiceità abbia condotto alla soppressione *pro tempore* e *de facto* di esplicite disposizioni di parte speciale.

Venendo al negazionismo, la differente sorte di una fattispecie costruita sulla falsariga della decisione quadro 913, se sottoposta all'illustrato criterio casistico anziché ad un parametro di legalità "tradizionale", ancorato al dato oggettivo di un lessico piano e comprensibile è, a nostro avviso, di tutta evidenza. La scelta di una predicazione a tre elementi di "disconoscimento", "minimizzazione grossolana" e "tentativo di giustificazione", già solo ad una lettura superficiale, integra quasi alla perfezione quei tratti di "vaghezza" proprio delle c.d. "clausole generali" presenti anche nell'ordinamento italiano²⁴⁷. Questo carattere è rinvenibile non già solo nell'essere tali termini intrinsecamente elastici²⁴⁸, quanto soprattutto nel loro essere *valutativi*, potendo la loro piena estensione semantica raggiungersi soltanto nel raffronto con un sottostante quanto

istituto creato dalla giurisprudenza. Sorvolo sulla stretta legalità perché chi parla di «reato» di fonte giurisprudenziale parte proprio dalla premessa, esplicita o implicita, che ci sono regole ormai superate: la vivacità e la velocità dell'esperienza giuridica attuale sarebbero incompatibili con un qualcosa che cristallizza e fissa fino a nuovo ordine i modi di creazione del diritto. Punto di vista, questo, a mio avviso che non tiene conto della funzione essenziale della regola giuridica".

²⁴⁷ D. Castronuovo, *Clausole generali e Diritto penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 novembre 2012, p. 6: "Con riferimento a disposizioni di "parte speciale" o del diritto penale complementare, vengono in rilievo (...) in via di mera esemplificazione, la nozione di *osceno* e, di rimando, quella di *comune sentimento del pudore*; quella – limitrofa – di *pubblica decenza*; nonché le nozioni di *pubblico scandalo*; *morale familiare*; *comune sentimento della morale* e *ordine familiare*; *ordine pubblico*; *pubblico timore*."

²⁴⁸ Sebbene il "disconoscimento", come predicato, non presenti in apparenza tratti di "elasticità", consistendo in astratto nella netta negazione di un accadimento, in concreto molte prassi negazioniste – punite dal giudice nazionale e non tutelate dalla CEDU – sono spesso consistite nella negazione parziale di un aspetto della narrazione (si pensi a coloro che "si sono limitati", per così dire, a negare l'esistenza delle camere a gas); pertanto finanche l'apparentemente univoco "disconoscimento" può declinarsi secondo versioni di diversa intensità.

CAPITOLO III

inespresso sistema di valori²⁴⁹. Ed invero la disposizione appare proprio il frutto dell'approccio casistico europeo, che vuole farsi interprete di detto sistema di valori, sedimentando finanche in uno statuto penale un diffuso – e spendibile – parametro di giudizio, che consentirebbe la costruzione di un reato descritto da elementi normativi di tipo “culturale”, “*strettamente legati al sistema di valori e alla sensibilità sociale contingente in un determinato contesto storico, economico e sociale*²⁵⁰”. Tuttavia, l'egemonia di un clima culturale che fondi un parametro di valutazione delle condotte penalmente rilevanti rischia di tradursi, sul piano del *principio di colpevolezza* – e nella conferente esigenza di un criterio di imputazione psicologico-soggettivo – nello sdoganamento di fattispecie apertamente informate al meccanismo del c.d. “*dolus in re ipsa*²⁵¹”; una dicitura, ricordiamo brevemente, che richiama e descrive due distinti aspetti della legislazione e dell'accertamento penale: da un lato, la peculiare nota delle c.d. fattispecie “soggettivamente pregnanti²⁵²” nelle quali il coefficiente psicologico doloso sarebbe immanente al fatto

²⁴⁹ D. Castronuovo, *Clausole generali e Diritto penale*, cit. p. 8: “.. si può pensare che (...) un carattere per riconoscere le clausole generali, almeno nel discorso penalistico, sia ravvisabile nella loro struttura di *frammenti di disposizioni* a mezzo dei quali si opera un *rinvio normativo metagiuridico a carattere aperto e dinamico*: un rimando, da parte di una disposizione legale, a regole di giudizio inesprese, che non sono astrattamente prestabilite dal legislatore, ma dovranno essere definite, mediante una *valutazione-concretizzazione* del giudice, in base a variabili criteri “normativi” metagiuridici (valutativi, quantitativi, etici, sociali, culturali, economici, scientifici, di specificazione tecnica, tecnologici...) talora propri del momento storico di applicazione della disposizione o che, comunque, consentono un *adeguamento dinamico al caso concreto*”.

²⁵⁰ M. Scoletta, *La legalità penale nel sistema europeo*, cit. p. 240.

²⁵¹ In generale, sul tema, M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. II, parte II, Torino, 2007; F. Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960; F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit.

²⁵² F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit. p. 326

materiale stesso²⁵³; dall'altro, un fenomeno di semplificazione probatoria, per il quale precipue e univoche *modalità di commissione* del reato rendono superfluo il ricorso ad ulteriori elementi per desumere il dolo. Se in questa sua seconda accezione il meccanismo denota un'operazione squisitamente processuale comunemente accettata, più problematica è un'eventuale prassi di malcelata omissione di accertamento di uno degli elementi costitutivi del reato, in virtù di una presunta “*univocità soggettiva del puro comportamento materiale*”²⁵⁴.

Avendo già osservato come la giurisprudenza CEDU ammetta, in linea di principio, ipotesi di responsabilità oggettiva, che non infrangerebbero per ciò solo il principio di legalità convenzionale nell'irrogazione della pena, un'eventuale condanna da parte del giudice nazionale in assenza di un coefficiente psicologico non incontrerebbe la tutela umanitaria della Corte, stante che sul piano strutturale la tollerata *assenza* dell'elemento psicologico sopravanza e assorbe una sua arbitraria *presunzione*.

Ne consegue che, nell'ottica europea, la rilevanza dell'elemento psicologico veda il proprio baricentro spostato sulla *conoscibilità* della norma penale che, come abbiamo visto, soddisfa il criterio di determinatezza una volta calato nella prassi applicativa²⁵⁵. Ciò porta in primo piano il tema del rapporto tra l'elemento psicologico e la c.d.

²⁵³ Da presumere in via “fenomenologica”, come nel caso della violenza sessuale, o “linguistico-positiva”, come nel caso della bancarotta fraudolenta o della frode fiscale.

²⁵⁴ M. Pierdonati, *Accertamento del dolo e responsabilità senza prova*, Roma, 2008, p. 4: “..in queste figure criminose [“soggettivamente pregnanti” - nda](...) sarebbe inutile indugiare nella prova del dolo, poiché quest'ultima emergerebbe dalla “univocità soggettiva” del puro comportamento materiale, il quale, in sé e per sé preso, rivelerebbe immediatamente la volontà offensiva per il tenore dell'espressione utilizzata o per il tipo di situazione rappresentata”.

²⁵⁵ Con tutte le controindicazioni insite nel divenire, la norma, una “mera aspettativa” circa l'interpretazione giudiziale di una disposizione, come illustrato in M. Trapani *Creazione giudiziale della norma*, cit.; cfr. inoltre F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit. pp. 245 e ss.

CAPITOLO III

“coscienza dell’offesa”, rielaborata in una prospettiva *normativa*, strettamente *formale* e insistente, pertanto, sulla *rappresentabile illiceità della propria condotta*. I termini della questione possono essere così riassunti: attesa una tendenziale suscettibilità del coefficiente psicologico a riguardare – con uno dei o entrambi i propri elementi costitutivi di “volontà” e “rappresentazione” – *ogni* elemento positivo della fattispecie²⁵⁶, rimane ad oggi un interrogativo aperto²⁵⁷ quanto l’ordinamento richieda la consapevolezza circa il *disvalore* del fatto; una *querelle* dottrinale particolarmente feconda che ha portato a prese di posizione di vario segno²⁵⁸, accomunate sia dall’insofferenza nei confronti di un concetto appiattito sulla “*mera e coscienza e volontà del solo fatto materiale*”²⁵⁹, sia sulla tendenza ad attingere da una nozione “prenormativa” di dolo stesso²⁶⁰. Seppure da una diversa angolatura

²⁵⁶ M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. II, parte II, cit. p. 27: “..il profilo esterno dell’oggetto del dolo è rappresentato da tutti gli elementi obiettivi positivi della fattispecie criminosa..”;

²⁵⁷ F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit. p. 319: “Ma il perenne problema del dolo è se esso abbracci la consapevolezza del *disvalore del fatto*, non essendosi mai acquietata la dottrina sulla sufficienza della mera coscienza e volontà del solo fatto materiale, che ridurrebbe il dolo a categoria esangue e asignificativa”.

²⁵⁸ Tra le più importanti, ricordiamo, sinteticamente: coscienza del disvalore come “consapevolezza della lesione o della messa in pericolo degli interessi” che non appartengono al reo: F. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, pp. 265 e ss.; disvalore come immoralità-antisocialità dell’azione: B. Petrocelli, *La colpevolezza*, Padova, 1962; dolo come “volontà dell’evento significativo” carica “di quel significato umano e sociale che l’accadere possiede e che corrisponde al significato scolpito nella fattispecie penale”: A. Pagliaro, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*, Italia, 2003, pp. 290 e ss.; infine, la teoria facente leva sulla concezione imperativistica del diritto, descritta in G. Lattanzi, E. Lupo, *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina, Vol. II - Il reato - Il reato consumato e tentato, Libro I - art. 39-58bis*, Milano, 2010, pp. 398-399: “Partendo dalla concezione imperativistica del diritto, si è osservato che la norma è o non è comando: se è comando, deve, per essere tale essere conosciuta. Se si accetta l’idea del diritto come comando, non si può né rifiutare né eludere la necessità logica della conoscenza del comando.”

²⁵⁹ F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit. p. 319

²⁶⁰ M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. II, parte II, cit. p. 79: “La questione della necessità o no della consapevolezza del disvalore del fatto, come elemento strutturale

certamente più assiologica, il tema è concettualmente limitrofo a quello dell'*ignorantia legis* in materia penale²⁶¹, tradizionalmente considerata come una “norma di sbarramento” sancente un’inescusabilità assoluta; la non piena sovrapponibilità delle due nozioni è dettata dall’esigenza di evitare una soluzione di esasperato *positivismo*²⁶² – o *legalismo*²⁶³ – etico per la quale l’unica consapevolezza rilevante nell’accertamento psicologico è quella di infrangere la legge; il rapporto tra le due problematiche è indubbiamente complesso: se da un lato la fondamentale carenza di un ancoraggio positivo destituisce la rilevanza della “coscienza dell’offesa” in termini di ricostruzione del dolo, è d’altro canto innegabile che la rivisitata²⁶⁴ “ignoranza inevitabile”, atta a scusare il reato, problematizza la questione altrimenti che sotto un profilo puramente formale, indagando la Corte Costituzionale l’estensione del principio di colpevolezza dall’angolo della “rimproverabilità²⁶⁵”: in un notevolissimo

del dolo, è stata affrontata in genere su un piano di indagine che, prescindendo dalla regolamentazione effettiva, dettata da questo o quell’ordinamento positivo, ha posto le relative domande come se discendessero dalla natura stessa della norma e, in ultima analisi, dall’intera fenomenologia giuridica o, se non altro, da un concetto di dolo che si potrebbe dire “prenormativo”.

²⁶¹ Art. 5 c.p.

²⁶² Come definito in N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, pp. 326 e ss.

²⁶³ Come invece preferisce definirlo L. Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, cit.

²⁶⁴ Corte Cost. n. 364 del 1988, considerato in diritto, par. 3, quarto capoverso: “..ove, infatti, s'accettasse il principio dell'assoluta irrilevanza dell'ignoranza della legge penale si darebbe incondizionata prevalenza alla tutela dei beni giuridici a scapito della libertà e dignità della persona umana, costretta a subire la pena (la più grave delle sanzioni giuridiche) anche per comportamenti (allorché l'ignoranza della legge sia inevitabile) non implicanti consapevole ribellione o trascuratezza nei confronti dell'ordinamento”.

²⁶⁵ (*ibidem*), par. 14, primo capoverso: “Dal collegamento tra il primo e terzo comma dell'art. 27 Cost. risulta, altresì, insieme con la necessaria "rimproverabilità" della personale violazione normativa, l'illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino essere espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (od indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali”. La menzionata sentenza rappresenta un sostanziale accoglimento della tesi esposta in D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, secondo il quale “..il diritto

CAPITOLO III

sforzo di sistematizzazione dei principi costituzionali in materia penale, la Corte giunge ad inferire l'esistenza di una “*funzione d'orientamento culturale e di determinazione psicologica*”²⁶⁶ delle norme penali. Sotto il profilo sistematico, pertanto, l'integrità del concetto di dolo è salvaguardata dalla dichiarata attitudine alla scusabilità dell'ignoranza inevitabile ad escludere non già il dolo, quanto “*a monte, la colpevolezza*”²⁶⁷.

Non c'è dubbio che l'adesione europea ad un modello casistico, impostando la questione in termini di pura prevedibilità della sanzione, si conformi alla *sostanza* del principio di colpevolezza così enunciato laddove, nel caso dei reati di negazionismo, la Corte EDU realizzi una parità di trattamento nella valutazione di casi logicamente contigui; vedremo che, specie con riferimento a quale genocidio è disconosciuto, ciò non sempre si verifica.

non è un complesso di entità astratte, è un modo specifico di organizzazione dell'umana convivenza” (cit. p. 2); l'autore valuterà in termini estremamente favorevoli la decisione (F. Pulitanò, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 686 del 1988), preso atto del sostanziale fallimento di una presunta funzione deflativa dell'art. 47, c.3 c.p., che avrebbe dovuto temperare l'assolutezza dell'inescusabilità.

²⁶⁶ (*ibidem*), par. 16, primo capoverso.

²⁶⁷ M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. II, parte II, cit. p. 113.

3. Negazionismo e democrazia: la consacrazione del principio politico negli statuti penali

I più recenti sviluppi nella giurisprudenza della Corte EDU hanno messo in luce, *a latere* di una dichiarata vocazione della trama dei diritti umani a permeare l'intero tessuto giuridico nazionale e sovranazionale, la suscettibilità di principi squisitamente politici quali la “democrazia”, la “tolleranza” ed il “pluralismo” a concretarsi sempre più in direttive immediatamente applicabili, rivolte anche all'applicazione del diritto e non solo alla sua creazione. È questo un fenomeno, ormai di lunga data, osservabile virtualmente in tutte le scale di grandezza, dalla *giuridicizzazione della memoria* – di cui si sta trattando – fino alla *giuridicizzazione della stessa guerra*²⁶⁸, che come metodo nelle sue caratteristiche fondamentali costituisce esplicita negazione di qualunque forma di patto sociale, stipulato – per l'appunto – *ne cives ad arma veniant*²⁶⁹. Così come declinata dalla Corte EDU, elevata a parametro di

²⁶⁸ L'espressione “giuridicizzazione della guerra” è invalsa a partire dal secondo dopoguerra, connessa alla nuova, inedita prassi di processare, secondo le ritualità e i metodi di un tribunale, i soggetti ritenuti responsabili di un conflitto *inter nationes*. Lo stesso diritto internazionale, che conosce la sua espansione a partire dalla fondazione dell'ONU, si sviluppa intorno al c.d. “*ius ad bello*”, relegando l'ipotesi degli interventi armati di qualunque natura ad eccezione soggetta a condizioni determinate. Un passaggio significativo si avrà poi nel 1974 con l'approvazione della Risoluzione dell'Assemblea Generale n. 3314 (XXIX), che stabilirà la definizione di “aggressione”. Questi sommovimenti hanno promosso una diversa qualificazione dello strumento bellico, vieppiù sottratto alla logica della “scelta politica”, come puntualizzano P. G. Monateri, A. Somma, *Il Modello di Civil Law*, Torino, 2016, p. 24: “La stessa giuridicizzazione della guerra risulta di evidente necessità, laddove la guerra si pone non come una scelta politica discrezionale, ma come un atto di autotutela giuridica delle proprie ragioni, in un contesto istituzionale di assoluta preminenza (in categorie moderne) del giuridico sul politico.”

²⁶⁹ L'origine del brocardo non è attribuibile alla tradizione romanistica, essendo stato usato, apparentemente, per la prima volta dal civilista Roberto De Ruggiero nel 1915. Sul punto R. Federici, *Ne cives ad arma veniant*, in *Atti in onore del prof. Claudio Rossano*, Napoli, 2013, vol.I.

CAPITOLO III

legittimità delle restrizioni al discorso negazionista nella fondamentale e recente sentenza *Perinçek v. Switzerland*, la “democrazia” (*rectius*: la società democratica) inverte il “paradosso della tolleranza²⁷⁰” di popperiana memoria, per il quale un permissivismo inveterato si traduce, quasi fisiologicamente, nell’egemonia di idee o dottrine che non prevedono di co-esistere con altre di segno inverso, ma di obliterarle.

La novità del menzionato intervento giurisprudenziale sta nella valorizzazione dell’inciso di cui al secondo comma dell’articolo 10 CEDU, per il quale le restrizioni sottoposte al vaglio della Corte assumono legittimità laddove siano “necessarie in una società democratica”; la prognosi circa tale “necessità” è affidata, in maniera piuttosto esplicita, a valutazioni – certo di per sé stesse ampiamente condivisibili – di carattere politico sull’esperienza storica²⁷¹ evocata e sul significato consolidatosi intorno ad essa, che incarna a mente della Corte il pregiudizio “antidemocratico” (il termine compare sette volte nella sentenza) che giustifica, nei casi di negazionismo olocaustico, il ricorso all’articolo 17 CEDU. Il caso *Perinçek* – che di contro disconosceva il

²⁷⁰ K. R. Popper, *The Open Society and Its Enemies - volume 1: The Spell of Plato*, Regno Unito, 1945, p. 265: “Unlimited tolerance must lead to the disappearance of tolerance. If we extend unlimited tolerance even to those who are intolerant, if we are not prepared to defend a tolerant society against the onslaught of the intolerant, then the tolerant will be destroyed, and tolerance with them.”

²⁷¹ *Perinçek v. Switzerland*, cit. par. 110: “(..) unlike Holocaust denial, such statements were not driven by racist or antidemocratic intent”; par. 243: “This is particularly relevant with regard to the Holocaust. For the Court, the justification for making its denial a criminal offence lies not so much in that it is a clearly established historical fact but in that, in view of the historical context in the States concerned (...) its denial, even if dressed up as impartial historical research, must invariably be seen as connoting an antidemocratic ideology and anti-Semitism”; par. 159: “This Court had in effect only countenanced the criminalisation of Holocaust denial on account of the anti-Semitic and antidemocratic intent of those who engaged in it”; par. 209: “The Commission, frequently referring to the historical experience of the States concerned, described such statements as attacks on the Jewish community and intrinsically linked to Nazi ideology, which was antidemocratic and inimical to human rights”.

genocidio armeno – si dissocia dai crismi di un disconoscimento reprimibile “in una società democratica” per un’articolata serie di ragioni²⁷² che, purtuttavia, traggono la propria principale spinta dal fatto di non riguardare la *Shoah*, ma piuttosto eventi scarsamente avvertiti come “divisivi” o “scandalosi” nella sensibilità europea. Anche analizzando nel dettaglio tutte le direttrici motivazionali, è possibile scorgere che quel “beneficio del dubbio” riconosciuto al ricorrente deriva in maniera preponderante, seppur non esclusiva, dall’inesistenza di un pericolo nella sua denuncia del genocidio armeno come di una “*menzogna internazionale*”²⁷³.

²⁷² Si riporta di seguito, per intero, il par. 280 della sentenza in oggetto, che riassume i nodi motivazionali della decisione: “Taking into account all the elements analysed above – that the applicant’s statements bore on a matter of public interest and did not amount to a call for hatred or intolerance, that the context in which they were made was not marked by heightened tensions or special historical overtones in Switzerland, that the statements cannot be regarded as affecting the dignity of the members of the Armenian community to the point of requiring a criminal law response in Switzerland, that there is no international law obligation for Switzerland to criminalise such statements, that the Swiss courts appear to have censured the applicant for voicing an opinion that diverged from the established ones in Switzerland, and that the interference took the serious form of a criminal conviction – the Court concludes that it was not necessary, in a democratic society, to subject the applicant to a criminal penalty in order to protect the rights of the Armenian community at stake in the present case.”

²⁷³ L’antefatto del caso Perinçek riguarda un ciclo di conferenze in Svizzera. In una di queste, tenutasi presso la *Château d’Ouchy* a Losanna, il 7 maggio 2005 il ricorrente affermava: “Let me say to European public opinion from Bern and Lausanne: the allegations of the ‘Armenian genocide’ are an international lie. Can an international lie exist? Yes, once Hitler was the master of such lies; now it’s the imperialists of the USA and EU! Documents from not only Turkish but also Russian archives refute these international liars. The documents show that imperialists from the West and from Tsarist Russia were responsible for the situation boiling over between Muslims and Armenians. The Great Powers, which wanted to divide the Ottoman Empire, provoked a section of the Armenians, with whom we had lived in peace for centuries, and incited them to violence. The Turks and Kurds defended their homeland from these attacks. It should not be forgotten that Hitler used the same methods – that is to say, exploiting ethnic groups and communities – to divide up countries for his own imperialistic designs, with peoples killing one another. The lie of the ‘Armenian genocide’ was first invented in 1915 by the imperialists of England,

CAPITOLO III

La considerazione che il disconoscimento del “grande male²⁷⁴” sofferto dagli armeni avesse le note di un “*discorso politico*” che, per sua propria natura, è “*controverso e spesso violento*”²⁷⁵, sposta il baricentro dalla verità storica all’opportunità politica²⁷⁶, sconfessando un approccio che, in precedenti ricorsi promossi da negazionisti²⁷⁷ della *Shoah*, aveva rappresentato un punto dirimente²⁷⁸. In detti episodi, il conclusivo stato dell’arte del dibattito storico intorno ai fatti disconosciuti aveva rappresentato una formidabile leva motivazionale, tanto che veniva affermato che “*il principale contenuto e il generale tenore del libro*”²⁷⁹ del ricorrente, e perciò *il suo scopo, sono marcatamente revisionisti, e pertanto* [‘*therefore*’] *infrangono i valori fondamentali della Convenzione*”: in altri termini, rinfocolare il dibattito su fatti storici la cui esistenza determina i valori fondativi dell’Europa come comunità politica equivale a mettere in discussione i

France and Tsarist Russia, who wanted to divide the Ottoman Empire during the First World War. As Chamberlain later admitted, this was war propaganda.” (traduzione dal turco)

²⁷⁴ Traduzione dalla lingua armena dell’espressione *Medz Yeghern* con cui il popolo armeno si riferisce ai fatti in questione.

²⁷⁵ *Perinçek v. Switzerland*, cit. par. 231.

²⁷⁶ Puntualmente osservato anche in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione Europea*, cit. p. 465: “Proprio gli esempi addotti, rispettivamente l’Olocausto ed il ruolo di Pétain, inducono a chiedersi se il criterio distintivo consista soltanto nel carattere storicamente accertato o controverso degli eventi, oppure non debba venire integrato da quello della loro risonanza collettiva, e quindi dell’entità della minaccia portata alla società democratica da quanti inducano a dubitare della certezza di tali eventi.”

²⁷⁷ *Lebidoux and Isorni v France*, ricorso n. 24662/94; *Garaudy vs France*, ricorso n. 65831/01.

²⁷⁸ Assolutamente esplicito e privo di qualunque ambiguità il passaggio in *Garaudy vs France*: “There can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust, as the applicant does in his book, does not constitute historical research akin to a quest for the truth. The aim and the result of that approach are completely different, the real purpose being to rehabilitate the National-Socialist regime and, as a consequence, accuse the victims themselves of falsifying history.”

²⁷⁹ Nel caso *Garaudy* la condanna alla base del ricorso era stata comminata a seguito della pubblicazione di un libro, *The Founding Myths of Modern Israel*.

valori stessi²⁸⁰. Quando, tuttavia, la condotta negazionista è rivolta ad un fatto storico più “ancillare” rispetto alla costruzione identitaria europea, il postulato di equivalenza tra l’affermazione ed il suo significato è sottoposto ad una verifica di effettiva “*incitazione all’odio, alla violenza, al razzismo, alla xenofobia o ad altra forma di intolleranza*”²⁸¹ che non può incontrare la protezione della Carta.

Un argomento, questo, strettamente connesso ad un altro capitolo della motivazione, concernente il gruppo etnico bersaglio della condotta negazionista. Sebbene, nel caso *Perinçek*, le affermazioni incriminate miravano a colpire un presunto complotto imperialista e non, direttamente, la comunità armena, la Corte fa propria una linea di ragionamento che pretende di misurare l’intensità della “offesa alla dignità identitaria”, concludendo per la sua permanenza²⁸² nei limiti consentiti, garantitale anche dall’assenza di una finalità giustificatrice²⁸³. È questo un percorso argomentativo ricorrente nella giurisprudenza EDU in tema di intolleranza²⁸⁴, che aspira a valutare la suscettibilità di affermazioni circostanziate ad estendersi a tutti gli appartenenti ad un gruppo, sia esso etnico o religioso, valorizzando la soggettività del

²⁸⁰ Inadmissibility decision in the case of *Garaudy v. France* - Press release issued by the Registrar: “Disputing the existence of crimes against humanity was, therefore, one of the most severe forms of racial defamation and of incitement to hatred of Jews. The denial or rewriting of this type of historical fact undermined the values on which the fight against racism and anti-Semitism was based and constituted a serious threat to public order.”

²⁸¹ *Perinçek v. Switzerland*, cit. par. 230.

²⁸² *Perinçek v. Switzerland*, cit. par. 252: “[The Court] cannot accept that the applicant’s statements at issue in this case were so wounding to the dignity of the Armenians who suffered and perished in these events and to the dignity and identity of their descendants as to require criminal law measures in Switzerland.”

²⁸³ *Perinçek v. Switzerland*, cit. par. 252: “(...)he did not draw from this the conclusion that they had deserved to be subjected to atrocities or annihilation.”

²⁸⁴ Cfr. *Norwood v. the United Kingdom*, ricorso n. 23131/03, in tema di “islamofobia”; *Giniemski v. France*, ricorso n. 64016/00 in tema di intolleranza contro il cristianesimo.

CAPITOLO III

gruppo stesso, unitariamente considerato. Non può sfuggire, tuttavia, che un tentativo di valutare isolatamente l'importanza di un episodio nella narrativa di un popolo – e in forza di ciò la portata offensiva delle affermazioni *contra facta* – non può che tradursi in un incondizionato arbitrio, bene che vada “puntellato” – come in questo caso – da argomentazioni²⁸⁵ onestamente deboli. Da un lato, la Corte riconosce che il genocidio in questione sia di “*immensa importanza*” per la comunità armena; dall'altro, pur in affermazioni che stravolgono la narrazione identitaria, per le quali gli armeni sarebbero stati “*dalla parte dei poteri imperialisti*”²⁸⁶ nel “*massacrare turchi e musulmani*”²⁸⁷, non ravvisa una lesione della dignità tale da costituire un abuso, o un uso esorbitante, della libertà di espressione. Una conclusione in continuità con un precedente²⁸⁸, che vedeva messa in discussione l'identità di un popolo – quello macedone – e che portò la Corte a stabilire che la mera enunciazione di un proposito ostile²⁸⁹ non è sufficiente a perfezionare la lesione alla dignità – sia essa etnica, nazionale, religiosa o razziale – , in un'aperta pretesa di preservazione del pluralismo e di regolamentazione delle “tensioni

²⁸⁵ Si legge ancora in motivazione che la distanza dei fatti nel tempo attenuerebbe la portata offensiva delle affermazioni nei confronti della comunità armena, anche in considerazione della “*unlikeliness*” dell'esistenza in vita dei superstiti. Un argomento apertamente evasivo, come puntualizza C. D. Leotta, *Profili penali del negazionismo*, cit. p. 63: “Il negazionismo (...) non offende i morti, ma i vivi, discendenti delle vittime di un massacro, da cui la conseguenza che non rileva in alcun modo la circostanza che oggi siano scomparsi i superstiti o i testimoni diretti della tragedia negata.”

²⁸⁶ *Perinçek v. Switzerland*, cit. par. 16

²⁸⁷ (*ibidem*)

²⁸⁸ *Association of Citizens Radko v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ricorso n. 74651/01

²⁸⁹ Nel caso della “*Citizens Radko*” l'associazione è stata denominata in riferimento a un personaggio molto controverso, tal Ivan Mihailov Gavrilo, detto “*Radko*”, estensore di tesi che negavano la necessità di uno “*stato di etnia macedone*”, stante la asserita preponderanza dell'etnia bulgara e slava nella regione. Il semplice fatto di tale scelta per il nome dell'associazione era stato visto come un'inaccettabile provocazione, al punto che la Corte costituzionale macedone ne aveva disposto lo scioglimento.

etniche”, da gestirsi non già “*rimuovendo le stesse*” ma “*assicurandosi che le parti in causa si tollerino vicendevolmente*”²⁹⁰”.

L'apparente rifiuto della Corte di sottoporre a questi distinguo il negazionismo olocaustico deriva, indubbiamente, dall'essere la *Shoah* un nefasto paradigma nell'immaginario culturale europeo, il cui disconoscimento rappresenta *in re ipsa* un deliberato attentato all'identità etnica semita e, *de relato*, europea. La giustizia dell'assunto non può essere valutata da una prospettiva esclusivamente giuridica, appartenendo l'affermazione sul ruolo del genocidio ebraico alla valutazione di storici, sociologi e politologi. Nella misura in cui quella della Corte EDU è, perciò, la presa d'atto di un sentimento diffuso che, oggettivamente considerato, non può che reagire in modo scomposto e risentito al negazionismo olocaustico, la scelta mantiene una base fattuale a cui è giusto riconoscere un'intrinseca fondatezza. Se è apparentemente pacifico che la Corte possa legittimamente *interpretare* questo sentimento, è tuttavia discutibile che essa lo possa *promuovere*, cristallizzandone gli effetti attuali ed elevandoli a regola irriducibile; per quanto doloroso ed inopportuno possa apparire, non è compito della Corte (né di qualunque corte) quello di *sancire* il sentimento collettivo collegato alla memoria storica, ma, al più, solo quello di prenderne atto; di talché, qualora un domani il sentimento di ripugnanza e di orrore nei confronti della *Shoah* dovesse perdere il proprio peso specifico nel panorama culturale, l'applicazione orizzontale di quella rete di criteri enucleata in *Perinçek* esigerà che il disconoscimento dell'olocausto venga sottoposto al

²⁹⁰ *Association of Citizens Radko v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, cit. par. 65: “The role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other.”

CAPITOLO III

medesimo vaglio di offensività concreta, subita dalle affermazioni circa la “menzogna” del “grande male” sofferto dagli armeni²⁹¹.

²⁹¹ Non sembra, questo, uno scenario inverosimile. Com'è stato efficacemente sottolineato da J. Luther, *Il diritto alla memoria come diritto culturale dell'uomo in democrazia*, in Studi in onore di Franco Modugno – Editoriale Scientifica Vol. III, Napoli, 2011, p. 2107: “La storia dell'integrazione europea (...) è anche una storia della relativizzazione dei miti fondatori degli stati nazionali, dell'insostenibilità di memorie unilaterali e della necessità di aperture revisioniste ed inclusioni riconcilianti. L'Unione Europea pertanto non ha un mandato né di promuovere l'oblio, né di mantenere le memorie nazionali, semmai di promuovere il dialogo ed integrare gli aspetti trans- ed internazionali rimossi dalle memorie nazionali. I luoghi del terrorismo nazista e delle persecuzioni fasciste e comuniste sono luoghi di formazione di una coscienza storica transnazionale europea che produce nuovi rituali di “abiura” della vendetta (...). La memoria del male, tuttavia, deve solo integrare ma non superare quella del bene, innanzitutto della cultura ebraica, della pace e degli antichi legami di amicizia e cultura dei popoli europei.”

4. Gli elementi *pseudo-normativi* e il dilemma dell'elemento oggettivo

La qualificazione dei fatti storici “bersaglio” delle condotte di negazionismo, nella struttura delle fattispecie, rappresenta un'intricata questione di ordine dogmatico, nella quale si annida il rischio di un'indebita derubricazione di alcuni nefasti episodi storici, ovvero di un'esorbitante attribuzione di prerogative alla figura del giudice.

Vale la pena, brevemente, di ricordare che il ventesimo secolo – ma non solo – ha riservato agli storici²⁹² l'onere di documentare un copioso assortimento²⁹³ di episodi di gravità inaudita, poi penetrati in varia misura nella cultura moderna, i quali oggi sono tutti potenziale oggetto di sforzi di revisione, di disconoscimento o di semplice scherno o dileggio. La già menzionata *giuridicizzazione* della guerra, in uno con il parallelo, e per certi versi annesso, processo di *tribunalizzazione della Storia*²⁹⁴, ha portato al conio ed all'acquisizione di alcune figure-tipo di natura penale che oggi fungono da riferimento descrittivo di quei fatti che è illecito “disconoscere”, “minimizzare” o “giustificare”, rappresentando perciò l'oggetto del precetto su cui è costruita la fattispecie di negazionismo; tali

²⁹² Per tutti, Bernard Bruneteau, *Il secolo dei genocidi*, Bologna, 2005.

²⁹³ Senza alcuna pretesa di esaustività, ricordiamo, limitatamente al XX secolo e in ordine cronologico: 1915-1916, genocidio del popolo armeno ad opera dei “giovani turchi”; 1924-1953, le c.d. “purghe staliniane”; 1933-1945, l'olocausto del popolo ebraico, ad opera del regime nazista; 1949-1975, il fallimento del c.d. “grande balzo in avanti” nella Cina maoista e la successiva repressione nella “rivoluzione culturale”; 1965-1967, lo sterminio dei comunisti indonesiani ad opera del regime del presidente Sukarno; 1975-1979, genocidio del popolo cambogiano da parte degli Khmer Rossi di Pol Pot; 1994, guerra civile in Ruanda; 2003-attualmente, conflitto del Darfur, in Sudan.

²⁹⁴ La genesi dell'espressione è generalmente attribuita ad O. Marquard (*Apologia del caso*, 1991 – *Estetica ed anestetica*, 1991), filosofo tedesco della seconda metà del XX secolo, che tuttavia la utilizzava in uno specifico contesto di riflessione epistemologica sul metodo storiografico.

CAPITOLO III

figure sono il “genocidio”, il “crimine contro l’umanità” e il “crimine di guerra”; essi rappresentano oggi, insieme al crimine di “aggressione”, le figure di reato il cui perseguimento costituisce mandato statutario della Corte Penale Internazionale, e a cui il legislatore europeo ha affidato²⁹⁵ il rimando definitivo.

Non sfugge, già solo ad una prima analisi, la rilevanza della questione: nel processo di accertamento della responsabilità del negazionista, qualunque considerazione inerente il contesto in cui le affermazioni sono mosse, ovvero la portata offensiva di esse, o ancora la sussistenza di un intento discriminatorio, apologetico o di incitazione all’odio cedono il passo – in forza della primazia sistematica da riconoscersi all’elemento oggettivo nell’integrazione del reato – alla rispondenza delle affermazioni al tipo legale astratto, predicante il disconoscimento *di un fatto storico determinato*. In altri termini, il disconoscimento di un episodio storico non qualificabile come da rimando determinerà nella condotta un difetto di tipicità.

Va premesso che, coerentemente con il tenore generale della risposta al fenomeno negazionista, i singoli stati hanno affrontato la questione del rimando definitivo in modo profondamente eterogeneo²⁹⁶, propendendo per soluzioni differenti non solo in merito all’esplicita

²⁹⁵ Decisione Quadro 2008/913/GAI, art. 1, c. 1, lett. c): “l’apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale”.

²⁹⁶ Ai fini del ragionamento che di seguito si propone, è possibile individuare tre diversi modelli di rimando definitivo: 1) il modello francese, di recezione integrale del testo della decisione quadro, che incorpora nel tessuto legislativo nazionale il criterio di sussunzione europeo; 2) il modello spagnolo, che innesta la fattispecie di negazionismo su quella di genocidio, operando un rimando di diritto interno; 3) il modello svizzero, che riproduce i termini spuri senza alcun rimando particolare.

valorizzazione di un genocidio in particolare (la *Shoah*, generalmente) ma anche per la differente tecnica di recepimento della decisione quadro.

La questione sembrerebbe potersi agevolmente risolvere chiamando in causa la *vexata quaestio* dei c.d. “elementi normativi²⁹⁷” della fattispecie penale, concludendo che, qualsiasi sia il contenuto del rimando – se mediato, cioè, dallo statuto della CPI ovvero interno o attinto ad altra fonte – l’esatta qualificazione del fatto storico, e pertanto la realizzazione della fattispecie tipica, seguirà la sorte di una corretta riconduzione dei fatti storici sconosciuti alla definizione presa a parametro. Una scelta classificatoria, tuttavia, in apparente discontinuità con alcune prassi²⁹⁸ registratesi a livello nazionale che, in forza di un rimando non vincolato ad una specifica definizione di *genocidio*, hanno concentrato i propri sforzi interpretativi sul “consenso” registrato in seno alla comunità scientifica sui fatti storici impugnati; il che da un lato demanda ad una imprecisata pluralità di attori esterni la determinazione concreta di un elemento di fattispecie e, dall’altro, ne destituisce *de facto* la sua natura normativa: l’essenza degli elementi normativi, come osservato in dottrina²⁹⁹, risiede nella loro attitudine a fungere da “organi respiratori” della fattispecie che “consentono (...) un continuo adattamento della legge penale alle possibili trasformazioni dei sistemi di riferimento³⁰⁰”; è del tutto evidente che laddove la

²⁹⁷ In generale, sul tema, L. Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale – Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004.

²⁹⁸ Come nel caso *Perinçek* - Tribunale Federale Svizzero, ATF 6B_398/2007, cit. Non è casuale, a nostro avviso, che proprio il “modello svizzero” – cui alluso in precedenza e che ha ritenuto di non vincolare la definizione di “genocidio” ad un rinvio esplicito allo statuto della CPI – abbia portato ad una soluzione così poco sostenibile. Proprio su tale aspetto, incidentalmente, il futuro ricorrente alla CEDU cercherà di fare leva adducendo l’equivoco di un disconoscimento che egli voleva limitato alla sola “qualificazione legale” dei fatti storici.

²⁹⁹ L. Risicato, *Gli elementi normativi*, cit. p. 80.

³⁰⁰ C. Cori, *Gli elementi normativi nella cause di giustificazione*, tesi di dottorato pubblicata, Roma, 2008, p. 2.

CAPITOLO III

loro determinazione è affidata alle risultanze di un dibattito storico, non importa quanto autorevole o rigoroso, la pretesa esigenza di adattamento si appiattisce sulla “normativizzazione” di una realtà prenormativa o anormativa che, per sua natura, è dedotta sulla base di criteri e metodologie³⁰¹ del tutto indipendenti dalla sussunzione giuridica³⁰².

Ma c'è di più. Attesa la – comprensibile – assenza di un rinvio esplicito di diritto positivo alla “opera degli storici”, un'interpretazione in tal senso ben potrebbe valutarsi alla stregua di un criterio di *valutazione socio-culturale*, che una non irragionevole lettura potrebbe intendere animato anche dall'opera di ricostruzione storiografica; si pensi alla relativamente recente polemica sui libri di storia, adottati nelle scuole superiori, che avrebbero deliberatamente omesso dei passaggi “oscuri”, che una presunta ortodossia storica avrebbe voluto obliterare. Ebbene, se l'opera degli storici assurgesse, in forza di questa lettura, ad “indicatore” di una sopravvenuta sensibilità sociale, la continenza della nozione di

³⁰¹ Anche ipotizzando la spendibilità del concetto storico di *genocidio* nella prassi giuridica, vale la pena di ricordare che la stessa comunità degli storici vive con un certo fermento la sistemazione dei fatti generalmente associati al concetto, il che ha portato ad una moltiplicazione delle nozioni coniate; ricordiamo, in sintesi, il dibattito circa l'opportunità di un'accezione restrittiva (Pieter Drost) ovvero estensiva (Rapahel Lemkin); le diverse classificazioni suggerite da Helen Fein, di *genocidio* “di sviluppo”, “dispotico” o “ideologico”; la distinzione tra “genocidio” e “olocausto” proposta da Yehuda Bauer; la sotto-nozione di “democidio” proposta da Rudolph J. Rummel; infine, la quadripartizione del carattere genocidiario ad opera di Israel Charny. Sul punto, Bernard Bruneteau, *Il secolo dei genocidi*, cit.; C. Tatz, W. Higgins, *The magnitude of genocide*, USA, 2016.

³⁰² Compromettendo così quel naturale “dialogo tra le norme” nella concretizzazione della fattispecie, come spiega C. Cori in *Gli elementi normativi nella cause di giustificazione*, cit. p. 14: “...l'elemento normativo è la sintesi di una realtà qualificata: servendosene, la fattispecie penale denota una classe di fatti tramite la valutazione posta da altra disposizione, anziché attraverso note caratteristiche percepibili con i sensi o in virtù del riferimento a comuni modi di esprimersi e di pensare. Il rapporto che normalmente intercorre tra precetto penale e criterio rappresentativo finisce cioè per coinvolgere un'altra norma (o sistema di norme) che qualifica la serie di dati naturalistici raggruppati”.

“genocidio” associata ad un certo fatto storico – e pertanto la sua pertinenza in un caso di negazionismo – diverrebbe, alla stregua del concetto di “oscenità”, un c.d. *elemento normativo etico-sociale*, la cui potenzialità pregiudizievole dei principi di legalità e di determinatezza³⁰³ è stata oggetto di approfondito dibattito in dottrina; nel caso della legge francese sul negazionismo il dibattito, in questi precisi termini, ha interessato anche la giurisprudenza.

La già citata³⁰⁴ *loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, prevedendo un generico rinvio di delimitazione dei fatti storici rilevanti a quelli “riconosciuti come tali dalla legge francese”, ha incontrato la censura del *Conseil constitutionnel* proprio per la detta, eccessiva, “latitudine” di un rinvio inottemperante alla *sécurité juridique*³⁰⁵, con ciò il problema di tali elementi “pseudo-normativi” ponendosi anche a fronte di un legislatore che, seppure con poco zelo, si pone attivamente il problema di stabilire quali fatti storici sia criminale disconoscere.

Forse avveduto dell’alta eventualità di problematiche simili, il Consiglio dell’UE, nel redigere la più volte citata decisione quadro, ha inserito una

³⁰³ L. Riscato, *Gli elementi normativi*, cit. p. 194: “ È proprio il differente grado di compatibilità con il principio di sufficiente determinatezza a confermare (...) l’eterogeneità tra elementi normativi giuridici ed elementi normativi etico-sociali. I *Wertbegriffe* e gli elementi normativi giuridici hanno un unico nucleo comune, rappresentato dal meccanismo di eterointegrazione indispensabile per definirne il contenuto: ma mentre per i secondi l’eterointegrazione è vincolata e « tassativa », per i primi è rimessa ad un giudizio di valore la cui concreta determinazione da parte dell’interprete si riflette sull’*intera portata* del precetto”.

³⁰⁴ Si veda, Cap. 3, par. 1.

³⁰⁵ F. M. Benvenuto, *Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale*, cit.: “La “*sécurité juridique*”, e la correlativa messa al bando dell’indeterminatezza normativa, garantisce, infatti, la difesa dei diritti e delle libertà fondamentali (...). Le eventuali restrizioni di queste ultime (quelle libertà, dunque, “relativamente intangibili” e, tra le tante, proprio la *liberté d’expression*) possono essere previste solo da una legge che rispetti i canoni montesquiani di chiarezza, determinatezza e comprensibilità e che abbia, dunque, portata normativa sostanziale”.

CAPITOLO III

specifica clausola³⁰⁶ che concede agli stati membri di subordinare la qualificazione di “genocidio penalmente non disconoscibile” all’esistenza di una sentenza giudiziaria (nazionale o internazionale) di accertamento dei crimini impugnati. Certamente animata da un innegabile sforzo di garantire una più pregnante determinatezza nelle nasciture fattispecie, e limpidamente coerente con l’opera di giuridicizzazione della Storia, la clausola tradisce una fondamentale, quanto ovvia, debolezza: non tutti gli episodi la cui memoria meriterebbe, in astratto, la tutela penale invocata hanno avuto – per così dire – la “fortuna” di venire accertati in un consesso giudiziario internazionale; senza contare il fatto che la stessa definizione di “tribunale” utilizzata può prestare il fianco, in alcuni casi³⁰⁷, ad un certo livello di ambiguità.

Si tratta, a ben vedere, di un problema strutturalmente poco gestibile, poiché sfida le tradizionali categorie di interpretazione della norma penale: la necessità di qualificare in un certo senso alcuni elementi della fattispecie deriva dall’esigenza, da un lato, di rifuggire la c.d. “elefantiasi” legislativa e dall’altro di assicurare il detto “dialogo tra le norme”; in entrambi i casi, la corretta interpretazione attiene solo ed esclusivamente alle disposizioni, non ai fatti. Stabilire se eventi lontani nel tempo

³⁰⁶ Decisione Quadro 2008/913/GAI, art. 1, c. 4: “All’atto dell’adozione della presente decisione quadro o in un momento successivo, uno Stato membro può fare una dichiarazione secondo cui renderà punibili la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di cui al paragrafo 1, lettere c) e/o d), solo qualora tali crimini siano stati accertati da una decisione passata in giudicato di un organo giurisdizionale nazionale di detto Stato membro e/o di un tribunale internazionale, oppure esclusivamente da una decisione passata in giudicato di un tribunale internazionale”.

³⁰⁷ Emblematico proprio il caso del genocidio armeno, dove il Tribunale Militare di Costantinopoli accertò, tra il 1919 e il 1922, le responsabilità dei “giovani turchi”. Nondimeno, quello armeno rimane, a livello internazionale, un genocidio “senza colpevoli”, data anche l’aperto ostruzionismo della Turchia al riconoscimento su scala internazionale. Sul punto, A. S. Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo “reato” di negazionismo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Rivista Trimestrale 3/2016, pp. 280 e ss.; Y. Ternon, *Lo stato criminale. I genocidi del XX secolo*, Milano, 1995.

rientrino o meno in una descrizione che si assume equanime – che rifletta, cioè, il giusto livello di gravità storica a cui tributare la tutela penale – è molto raramente un problema di interpretazione normativa, quanto piuttosto di accurata ricostruzione dei fatti³⁰⁸. Ipotizzare che il giudice, chiamato a decidere della colpevolezza di un negazionista possa condurre un accertamento incidentale dei fatti storici – magari lontani decenni o secoli nel tempo – appare, a dir poco, palesemente irragionevole.

L'ultima risorsa disponibile per scongiurare un'inaccettabile incertezza del perimetro applicativo delle disposizioni in oggetto appare essere, pertanto, quella di un'elencazione tassativa³⁰⁹ dei fatti storici tutelati.

³⁰⁸ Di qui l'impossibilità di considerare la norma di rinvio come una mera "norma definitoria", strutturalmente integratrice del precetto penale (come confermato di recente da Cassazione Penale, Sez. VI, 3 settembre 2012, n. 33590) e insuscettibile di c.d. "successione mediata".

³⁰⁹ Si tratta della soluzione attualmente adottata da Austria, Germania e in parte Italia, che menzionano i "crimini del regime nazista" (Austria e Germania) e la Shoah (Italia); A. S. Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, cit. p. 308.

CONCLUSIONI

È inevitabile chiedersi quanto il rigore, che si addice allo studio scientifico di temi di questa complessità, si appiattisca su un'irrealizzabile pretesa di *neutralità* nei confronti dei fatti storici in questione, e dei contenuti politici che dalla loro lettura scaturiscono. “Neutralità” è, invero, una parola tagliente, che rischia di tradire delle inaccettabili fallacie di metodo.

Le leggi italiane che nel tempo si sono succedute nello sforzo di preservare “la democrazia” – dalla legge Scelba³¹⁰ alla legge Reale³¹¹, dalla legge Mancino³¹² al più recente provvedimento in tema di negazionismo³¹³, nonché all'attuale proposta Fiano³¹⁴ – dal paventato revanscismo fascista, non possono essere definite politicamente “neutrali”; anche se chi le ha scritte ha ritenuto – correttamente, a nostro avviso – di adempiere ad un mandato di tale solennità e universalità che le sue parole d'ordine debbano essere sottratte alla contesa del consenso, la scelta di obbedire a tale mandato rappresenta comunque la legittima, quanto fallibile, opzione politica di conservazione dell'esistente. Nel progredire, una società ha tutto il diritto di chiudere definitivamente con il passato; è un diritto di cui molte società, nel corso dei secoli, si sono avvalse. Ma l'esercizio di tale diritto, tanto più se realizzato con la forza, coincide logicamente con il diritto uguale e contrario, a fronte di mutamenti altrettanto importanti, di ripristinare ciò che è stato. Carrara diceva: “*A qual pro sudare per costruire una tela giuridica che sempre sarà rotta o*

³¹⁰ Legge 20 giugno 1952 n. 645

³¹¹ Legge 13 ottobre 1975, n. 654

³¹² Legge 25 giugno 1993, n. 205

³¹³ Legge 16 giugno 2016, n. 115

³¹⁴ Atto camera 3343, proposta di legge presentata il 2 ottobre 2015, approvata il 12 settembre 2017, trasmesso al Senato; relatore Walter Verini.

Conclusioni

*dalla spada o dal cannone?*³¹⁵”. Nelle parole dell’illustre giurista echeggia la presa d’atto che il diritto, nella sua opera di indirizzo e come sistema coerente, soggiacerà sempre ai mutamenti di una società che si muove, inevitabilmente, più veloce dei propri statuti.

D’altronde, la stessa legislazione “antifascista³¹⁶” in senso stretto si è, in Italia, evoluta e stratificata alla luce di una mutata percezione non tanto di ciò che il fascismo ha rappresentato, ma della natura delle minacce che da un suo ritorno potrebbero scaturire.

Inaugurata nel 1952, in esecuzione della XII disposizione transitoria della Costituzione³¹⁷, la legislazione in questione aveva inteso sé stessa alla stregua di un presidio contro un disfacimento del giovane ordine repubblicano, la cui minaccia più immediata non poteva che provenire da forze – interne – di reazione restauratrice. Tanto il tenore testuale della disposizione transitoria, nel suo vietare la ricostituzione *del* disciolto partito – individuato non nell’astratto di un qualche “archetipo” politico ma nella concreta, storica, individualità del Partito Nazionale Fascista – quanto l’intervenire la “Legge Scelba” ad espressa tutela³¹⁸ dei valori

³¹⁵ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, VII, Lucca, 1889, p. 667.

³¹⁶ Per una disamina generale, cfr. A. Nocera, *Manifestazioni fasciste e apologia di fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 maggio 2018.

³¹⁷ Costituzione, XII disp. trans.: “è vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista. In deroga all’articolo 48, sono stabilite con legge, per non oltre un quinquennio dalla entrata in vigore della Costituzione, limitazioni temporanee al diritto di voto e alla eleggibilità per i capi responsabili del regime fascista”.

³¹⁸ Legge 20 giugno 1952 n. 645, art. 1: “Ai fini della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione, si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista quando una associazione, un movimento o comunque un gruppo di persone non inferiore a cinque persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza, o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e

Conclusioni

precipui della Resistenza e del neonato ordine democratico, testimoniano di un intervento penale *ad hoc* che associa, automaticamente, le proprie ragioni di ordine pubblico al riconoscibile profilo del colpevole che potrebbe metterlo a repentaglio.

I successivi interventi nel solco di questa legislazione prenderanno progressivamente le distanze dalla rigidità di questa sovrapposizione automatica in almeno due direzioni.

In primis, sarà sempre di più valorizzato l'aspetto concernente il pericolo di discriminazione razziale; a partire dalla legge di ratifica della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale³¹⁹ (c.d. legge "Reale"), che introduce nell'ordinamento italiano il reato di "propaganda razzista"³²⁰, viene approntata una tutela penale individuale, coerentemente collocata nel titolo dedicato ai "delitti contro la persona", che prescinde da valutazioni di messa in pericolo dell'ordine pubblico o da minacce alla corrente fisionomia dello Stato³²¹.

In secundis, i pur espliciti richiami simbolici alle "liturgie" del regime, nelle sue gestualità e nei suoi rituali saranno dalla giurisprudenza sottoposti ad un vaglio circa l'effettiva "chiamata alle armi" – pericolosa per l'ordine democratico – che la legge Scelba doveva reprimere, con ciò apparentemente mitigando quella presunzione di certo e automatico

metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista".

³¹⁹ Risoluzione dell'Assemblea Generale ONU n. 2106, 21 dicembre 1965.

³²⁰ Artt. 604-bis e 604-ter c.p. La rubrica completa dell'articolo recita "Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa".

³²¹ A. Nocera, *Manifestazioni fasciste e apologia di fascismo*, cit. p.5: "La collocazione delle rinnovate ipotesi di reato all'interno dei delitti contro la personalità individuale (Titolo XII, Capo III, Sezione I) conferma che le stesse sono volte alla tutela dell'interesse dello Stato alla salvaguardia della personalità dell'individuo, nelle sue espressioni di appartenenza ad un gruppo ben determinato in base a ragioni di condivisione di storia, di etnia o razza, di usi ed ideologia culturale".

Conclusioni

accostamento delle *forme fasciste* alle ben note modalità di intimidazione squadrista e di proclività sovversiva.

Entrambe queste linee di sviluppo confermano l'apparente urgenza legislativa e giudiziaria di ancorare il più possibile quelle fattispecie penali, destinate a (o almeno "pensate" per) colpire uno specifico gruppo "politicamente individuato", a criteri di offensività determinati, ripensando un approccio eccessivamente formalistico che assuma un'equivalenza inappellabile.

Venendo al reato di negazionismo in Italia (*rectius*: alla circostanza di negazionismo), abbiamo già osservato di come la sua introduzione sembri tener conto dell'insostenibilità di una scelta di piena recezione della decisione quadro, innestandosi su una fattispecie già esistente di un reato di discriminazione. In questo senso, assumendo l'impraticabilità di una scelta apertamente disobbediente alla legislazione europea, l'opzione italiana è commendevole, se non altro per aver evitato l'introduzione in forma piena e autonoma di quello che, come la trattazione ha cercato di evidenziare, rappresenta forse la più compiuta e attuale forma di "reato di opinione" in senso stretto. Aggiungendo l'articolo 3-bis alla citata "Legge Reale", il provvedimento disciplina l'aggravio della forbice edittale per il reato di "*propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale*" in una misura invero non indifferente (che ridefinisce la forbice della nuova fattispecie circostanziata tra i due e i sei anni di reclusione). Se il contesto italiano, per la sua prossimità storica e culturale all'esperienza dell'olocausto, implica che la normativa sia "pensata" per la repressione del negazionismo di stampo fascista e nazista – scelta sancita anche al livello testuale dalla previsione espressa della "*Shoah*" a fianco degli altri crimini "*di genocidio, di guerra e contro l'umanità come definiti etc.*" – l'aporia di ordine sistematico evidenziata in riferimento a tali elementi "pseudo-normativi" permane. L'impressione è che il legislatore,

Conclusioni

ancorché incapace o non intenzionato a non assecondare il *trend* di criminalizzazione europea, abbia saputo comunque porre un argine a questa deriva.

Su pochi temi, come su quello di cui si è trattato, si ritrova un consenso critico tanto trasversale, che riconosce in leggi siffatte la reazione scomposta di una società impaurita, non disposta a tollerare neanche la minima perturbazione, e pronta a punire con il carcere l'apostasia nei confronti di quello che viene – talvolta a sproposito – definito “pensiero unico”. Non diciamo questo perché riteniamo ci sia qualcosa di vero nel discorso negazionista, ma solo perché riteniamo discutibile che spetti al potere politico sancire la verità storica e contaminare il dibattito con l'uso della forza. Non è un caso che il processo parlamentare di approvazione della legge n. 115 abbia ceduto ad un'allarmante retorica³²² sul “*nemico alle porte*” – in riferimento ai terroristi – in merito al pericolo di diffusione del discorso negazionista.

In definitiva, il limite tra ciò che dovrebbe essere lecito e non appare perlomeno più chiaro quando si riafferma un sano, quanto “vecchio”, principio di *responsabilità individuale*. Ritenere che le idee malsane abbiano un tale potere di condizionare chi le ascolta, da costituire una reale

³²² Resoconto Stenografico della 619a seduta pubblica del Senato della Repubblica, XVII Legislatura, martedì 3 maggio 2016, intervento del Senatore D'Ascola: “L'espressione utilizzata, ben più evoluta rispetto a quella facilmente immaginabile dell'espressione che si condensa nell'aggettivo «pubblico», consente oggi, con il nemico alle porte - mi riferisco al terrorismo - di punire condotte che sfuggirebbero a una punibilità incentrata sull'aggettivo «pubblico». Proprio la sera della discussione che ha preceduto la seduta di Assemblea i telegiornali davano notizia di incitamenti a farsi esplodere con cinture imbottite di esplosivo che, utilizzando il web, taluno comunicava ad altri”.

Conclusioni

minaccia alla sicurezza di tutti e alla “morale pubblica” contraddice il senso dell'autodeterminazione ai principi “corretti”: se pensarla altrimenti significa essere “criminali”, l'adesione ai valori di tolleranza, di pluralismo e di libertà che queste leggi dovrebbero garantire smette di essere una scelta per il bene e diviene, banalmente, una scelta obbligata. La proliferazione di idee aberranti non conoscerà mai migliore anticorpo di una società istruita e informata, nella quale l'adesione a ideali, programmi politici e modi di vivere la comunità dipende ancora dalla nostra volontà e non, come questa legislazione vorrebbe insinuare, da quanto aggressivamente le “idee scandalose” vengono urlate.

BIBLIOGRAFIA

LIBRI, MANUALI, ARTICOLI, MONOGRAFIE E SAGGI

- L. Alesiani, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006 1970
- F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994
- F. Antolisei, *L'azione e l'evento nel reato*, Soc. An. Istituto editoriale scientifico, Milano, 1928
- F. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, XVI edizione, 2003
- P. Avitto, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: soglie di punibilità, reati tributari e profili successori*, in *Giurisprudenza Penale*, 5 marzo 2017
- P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto* - vol. XXIV, Milano, 1974
- N. Bartone, *Diritto Penale Italiano, Sistema e Valori* – *Giurisprudenza e Ottica Europea*, Italia, 2007
- C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* – edizione di riferimento a cura di R. Fabietti, Milano, 1973

Bibliografia

- 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 *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 marzo 2012
- A. Bernardi, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Itinerari di Diritto Penale – sezione Saggi, Torino, 2004
- G. Bettiol, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966
- N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996
- N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1997
- N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993
- F. Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960
- F. Bricola, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997
- B. Bruneteau, *Il secolo dei genocidi*, Bologna, 2005
- F. Buffa, *Il ricorso alla CEDU ed il filtro*, Italia, 2017
- P. Caretti, M. Morisi, G. Tarli Barbieri, *Lo status di membro del Parlamento in prospettiva comparata - Seminario di studi e ricerche parlamentari «Silvano Tosi»*, Firenze, giugno 2012

Bibliografia

- F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933
- P. Caroli, *La Corte Europea in tema di offese pubbliche contro gli ebrei*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 dicembre 2015
- Caruso, *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e libertà di manifestazione del pensiero*, Forum di Quaderni Costituzionali, Bologna, 2012
- Castronuovo, *Clausole generali e Diritto penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 novembre 2012
- Contieri, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 1961
- C. Cori, *Gli elementi normativi nella cause di giustificazione*, tesi di dottorato pubblicata, Roma, 2008
- J. L. Guzmàn D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Trento
- G.A. De Francesco, *Il tentativo nei reati di pericolo, prospettive di un dialogo ermeneutico*, in *Cassazione penale*, Vol. 53, N° 5, 2013
- F. De Marinis, *Considerazioni minime intorno al tentativo di arruolamento, tra legislazione e prassi giurisprudenziale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 luglio 2017
- G. De Vero, *Ordine pubblico (Delitti contro)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*. Vol. IX., Torino, 1995

Bibliografia

- G. Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930
- M. Della Malva, *Diritto e memoria storica nell'esperienza giuridica comparata: il difficile bilanciamento tra tutela della dignità delle vittime, libertà di manifestazione del pensiero, protezione della democrazia* - tesi di dottorato pubblicata - Milano, 2014
- A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati di opinione*, Milano, 1988
- C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958
- R. Federici, *Ne cives ad arma veniant*, in Atti in onore del prof. Claudio Rossano, Napoli, 2013, vol.I
- L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Roma, 2001
- L. Ferrajoli, *Diritto e ragione - Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004
- L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari, 2018
- G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009
- G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, Quaderni fiorentini XXXVI, 2007

Bibliografia

- C. Fiore, *I reati di opinione*, Padova, 1972
- M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. II, parte I, Torino, 2007
- M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. II, parte II, Torino, 2007
- M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. III, Torino, 2007
- M. Gallo, *Riflessioni a margine del Congresso dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, settembre 2015
- A. Galluccio, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della corte edu, grande camera, in materia urbanistica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 luglio 2018
- A. Ghisalberti, *Scritti filosofici di Guglielmo di Occam*, 1991
- A. Gianfreda, *Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito e Francia)*, Milano, 2012
- I. Giugni, *Il problema della causalità nel concorso esterno*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 ottobre 2017
- P. G. Grasso, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione Italiana*, Milano, 1972
- D. Ippolito, *Itinerari del garantismo*, Vedere, Dourados, MS, anno 3, n. 6, 2011

Bibliografia

- G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico*, Quaderni di Diritto Penale Comparato, Internazionale ed Europeo, a cura di M. Donini e di M. Papa, Milano, 2007.
- C. D. Leotta, *Profili penali del negazionismo – riflessioni alla luce della sentenza della Corte EDU sul genocidio armeno (2015)*, Milano, 2016
- G. Licci, *Figure del Diritto Penale*, Torino, 2010
- P. Lobba, *Il volto europeo del reato di negazionismo tra richieste di incriminazione UE e principi fondamentali CEDU*, tesi di dottorato pubblicata, Bologna, 2013
- J. Luther, *Il diritto alla memoria come diritto culturale dell'uomo in democrazia*, in *Studi in onore di Franco Modugno – Editoriale Scientifica Vol. III*, Napoli, 2011
- J. Luther, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *POLIS Working Papers*, giugno 2008
- A. Maffeo, *La recente prassi della corte di Strasburgo in tema di inammissibilità dei ricorsi individuali: un obbligo di motivazione a contenuto variabile?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Anno XXV, Fasc. 1-2015
- V. Manes, *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012

Bibliografia

- V. Manes, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto Penale sostanziale)* - Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid 13 – 15 ottobre 2011
- F. Mantovani, *Diritto Penale*, Padova, 2013
- F. Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale, I: Delitti contro la persona*, Padova, 2005
- V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1983
- G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2015
- G. Marinucci, Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale: uno schizzo dogmatico e politico-criminale, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Vol. 54, 2017
- O. Marquard, *Apologia del caso*, 1991
- O. Marquard, *Estetica ed anestetica*, 1991
- A. Martufi, *L'istigazione inefficace tra irrilevanza penale e pericolosità sociale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 gennaio 2014
- V. Masarone, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013

Bibliografia

- A. Massaro, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale “frammentario” a un diritto penale “frammentato”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 maggio 2016
- F. Mazzacuva, *Le pene nascoste - Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017
- J. S. Mill, *System of Logic*, 1843
- S. Milone, *Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 ottobre 2016
- P. G. Monateri, A. Somma, *Il Modello di Civil Law*, Torino, 2016
- Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*, Edizione di riferimento “Editions Gallimard”, Parigi, 1995
- P. Nuvolone, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in *Legge penale e libertà di pensiero*, Padova, 1966
- A. Pagliaro, *Il Diritto Penale fra Norma e Società*, Scritti 1956-2008, Vol. I - Monografie di Parte Generale, Milano, 2009
- A. Pagliaro, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*, Italia, 2003
- A. Pagliaro, *Trattato di Diritto Penale - Parte Generale - Il Reato*, Milano, 2007

Bibliografia

- F. Palazzo, *Il fatto di reato*, Torino, 2004
- E. Paliero, F. Viganò, *Europa e Diritto Penale*, Milano, 2013
- C. Pecoraro, *Le presunzioni nel diritto penale*, tesi di dottorato pubblicata, Roma, 2008
- M. Pelissero, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, p. 448.
- B. Petrocelli, *La colpevolezza*, Padova, 1962
- M. Pierdonati, *Accertamento del dolo e responsabilità senza prova*, Roma, 2008
- V. Pisanty, *Sul negazionismo*, in *Italia contemporanea* n. 212, 1998
- R. Popper, *The Open Society and Its Enemies - volume 1: The Spell of Plato*, Regno Unito, 1945
- F. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976
- F. Pulitanò, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 686 del 1988
- L. Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale – Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004
- A. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* in *Rivista Diritto e Procedura penale*, 1910, 514- 518

Bibliografia

- M. Scoletta, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e Diritto Penale*, a cura di C. E. Paliero e F. Viganò, Milano, 2013
- S. Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo “reato” di negazionismo*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale* 3/2016
- C. Sotis, *Il diritto senza codice - uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007
- A. Spina, *Libertà di espressione e reati di opinione, intervento all'incontro di studio: “Le novelle penalistiche del 2006 — Legittima difesa, reati associativi politici e reati d’opinione”*, tenutosi a Palermo il 9 maggio 2006
- G. Stea, *I principi di diritto penale nella giurisdizione europea*, Pisa, 2014
- Tarantino, *I c.d. “reati di opinione” e il diritto costituzionale alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giustizia Penale*, n.443
- C. Tatz, W. Higgins, *The magnitude of genocide*, USA, 2016
- Y. Terner, *Lo stato criminale. I genocidi del XX secolo*, Milano, 1995
- G. M. Teruel Lozano, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in *Rivista* n. 2/2014 dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 27 giugno 2014
- G. Tesauero, *Diritto dell’Unione Europea*, Padova, 2012

Bibliografia

- M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma e suo controllo politico*, in *Archivio Penale*, 2017, n.1
- F. Tuccillo, *Cogitationis poenam nemo patitur*, *iurisprudenzia.it* - rivista giuridica - Anno IV, Giugno 2018.
- Ulpiano, *Digesta* (48.19.18, Ulp. 3 ad ed.) - De poenis
- G. Vassalli, *Le «Statut de Rome» concernant l'institution d'une cour pénale internationale permanente*, in *Annuaire Européen - European Yearbook* - Vol. XLVI, 2000
- C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008

COMMENTARI, RASSEGNE, DOSSIER E CODICISTICA

- *Rassegna della giurisprudenza di legittimità - gli orientamenti delle sezioni penali*; anno 2016, Roma, 2017 a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione
- Lattanzi, E. Lupo, *Codice penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. II - Il reato - Il reato consumato e tentato, Libro I - art. 39-58bis, Milano, 2010
- Lattanzi, *Codice Penale annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè Editore, 2017
- *Handbook on European non-discrimination law* a cura della European Union Agency For Fundamental Rights, European Court Of Human Rights, Council Of Europe
- V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, Biblioteca della Camera dei Deputati, 1949
- ECHR - *Overview of the Court's case-law from 1 January to 15 June 2018*
- *Dossier n. 47 della XVII legislatura* – Senato della Repubblica
- S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Bologna, 2001

Bibliografia

- *Antologia d'eccellenza sulla separazione delle carriere*, Unione delle Camere Penali, Roma, 2010.
- E. Fronza, *Negazionismo (Diritto Penale)* in *Enciclopedia del Diritto*, Estratto, Annali VIII