

DOTTRINA

PIETRO DUBOLINO – L’aggravante “negazionista” nei reati di
propaganda razzista e istigazione alla discriminazione 1113

FEDERICA MIGLIORELLI – La legge sul “testamento biologico”.
Tra norme di principio e perplessità persistenti 1127

LUCA MATTEO DI CARLO – Il Decreto Minniti tra sussidiarietà,
sicurezza e politiche securitarie 1155

GIURISPRUDENZA

CASSAZIONE PENALE

MASSIMARIO

Armi – Porto di un’arma all’interno di uno spazio condominia-
le – Reato di cui all’art. 4, legge n. 110 del 1975 – Sussistenza
– Ragioni. 1173

Casellario Giudiziale – Iscrizioni – Provvedimento di archi-
viazione per particolare tenuità del fatto – Iscrizione nel
casellario giudiziale – Necessità. 1174

Contrabbando – Reato di contrabbando di tabacchi lavorati
esteri – Liquidi per sigarette elettroniche – Configurabilità
del reato – Ragioni (con nota di LEONARDO MAZZA, *Sui
meccanismi di equiparazione tra prodotti liquidi da inalazione e
sigarette*). 1175

Diffamazione – Contenuto lesivo – Continenza espressiva – Pregiudizio della reputazione – Discredito professionale e nella vita di relazione sociale – Apprezzamento in relazione al contesto e alle evoluzioni della coscienza sociale – Criterio di media convenzionale in rapporto alle personalità dell’offeso e dell’offensore nonché al contesto nel quale detta espressione sia pronunciata – Fattispecie.	1176
Istituti di prevenzione e pena (Ordinamento penitenziario) – Misure alternative alla detenzione – Affidamento in prova al servizio sociale – Cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato – Concedibilità. . .	1181
Prove – Prova documentale – Registrazione di una conversazione – Abitazione altrui o altro luogo di privata dimora o appartenenze di esso – Prove ottenute attraverso una interferenza illecita nella vita privata – Inutilizzabilità – Fattispecie – Ufficio del Nucleo Ispettorato del Lavoro – Registrazione fonografica di un colloquio, svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, ad opera di un soggetto che ne sia partecipe, o comunque sia ammesso ad assistervi – Non riconducibilità, quantunque eseguita clandestinamente, alla nozione di intercettazione – Natura di forma di memorizzazione fonica di un fatto storico	1183
Reati fallimentari – Bancarotta fraudolenta – Bancarotta per distrazione – Distrazione od occultamento di diritti derivanti da contratto – Reato – Configurabilità – Fattispecie.	1190
Sicurezza pubblica – Manifestazioni sportive – Divieto di accesso – Legittimità – Presupposto – Attiva partecipazione a violenta manifestazione posta in essere in occasione di incontro di calcio.	1191
Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Foglio di via obbligatorio – Mancanza dell’ordine di rientro nel luogo di residenza e del divieto di ritorno – Conseguenza – Poteri del giudice penale – Individuazione – Configurabilità del reato di cui all’art. 76 d.lgs. n. 159 del 2011 – Esclusione. . . .	1194

Decreto del Presidente della Repubblica – Deliberazione del Consiglio dei Ministri – Proposta del Ministro dell’interno – Annullamento straordinario a tutela dell’unità dell’ordinamento degli atti degli enti locali viziati da illegittimità – Perdurante vigenza con riguardo agli enti locali della normativa anche dopo la riforma del titolo V della Costituzione introdotta con la legge costituzionale n. 3 del 2001 – Natura di esercizio di poteri straordinari di alta amministrazione – Presupposti – Lesione concreta e attuale dell’unitarietà dell’ordinamento giuridico nazionale – Necessità – Fattispecie relativa ad ordinanza sindacale avente ad oggetto la limitazione del transito sullo stretto di Messina. 1199

NOTE A SENTENZA

LEONARDO MAZZA – Sui meccanismi di equiparazione tra prodotti liquidi da inalazione e sigarette 1216

QUESTIONI E COMMENTI

PAOLO VICECONTE – Osservazioni sui profili di illiceità penale di condotte realizzate in costanza della situazione di emergenza determinata dall’epidemia da Covid-19 1223

I LIBRI

ANTOLOGIA DI RIVISTE

Archivio Penale – Fascicolo n. 3 – Settembre-Dicembre 2019 (Web). 1235

LEGGI, DECRETI E CIRCOLARI

LEGGI E DECRETI

Armi - Armi ed esplosivi - Regolamento (UE) - Immissione sul mercato e uso di precursori di esplosivi. Regolamento (UE) 2019/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'immissione sul mercato e all'uso di precursori di esplosivi, che modifica il regolamento (CE) n. 1907/2006 e che abroga il regolamento (UE) n. 98/2013 (in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 186/1, dell'11 luglio 2019) . . . 1257

DOTTRINA

L'aggravante "negazionista" nei reati di propaganda razzista e istigazione alla discriminazione

Pietro Dubolino
Magistrato.

SOMMARIO: I. Premessa, 1113 – 2. Oggetto, ambito e condizioni di applicabilità della norma, 1114 – 3. L'ipotesi del reato autonomo, 1121 – 4. Sintesi conclusiva, 1125.

I. Premessa

Come è noto, con la legge n. 115/2016, fu aggiunto all'allora vigente art. 3 della legge 13 ottobre 1975 n. 654, un comma 3 bis nel quale, con implicito riferimento alle condotte previste dal precedente comma 1, e cioè la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico ovvero l'istigazione o l'incitamento alla commissione di atti di discriminazione, di violenza o di provocazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, si stabiliva che "se la propaganda, ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano, in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999 n. 232", fosse applicabile la maggior pena della reclusione da due a sei anni. Successivamente, con l'art. 5 della legge n. 167/2017, all'ipotesi della sola "negazione" della Shoah, furono aggiunte quelle della "minimizzazione in modo grave" e dell'"apologia". L'intero art. 3, comprensivo del nuovo comma 3 bis, è stato poi formalmente abrogato e trasfuso, senza variazioni, nell'attuale art. 604 bis del codice penale.

Si è inteso in tal modo dare attuazione alla Decisione quadro n. 913/2008 del Consiglio dell'Unione europea che, per quanto qui particolarmente interessa, all'art. 1, comma 1, lett. c) e d), impegnava gli Stati membri a "rendere punibili" le suddette condotte di apologia, negazione o minimizzazione quando esse avessero ad oggetto, oltre che il crimine di genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra, quali definiti dagli artt. 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, anche i "crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945 (noto come "tribunale di Norimberga"); ciò alla duplice condizione che le condotte in questione fossero "dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica" e si trattasse di comportamenti "posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro".

Molti e variamente orientati sono stati i commenti che, tanto in sede politica quanto in dottrina, hanno accompagnato la suddetta innovazione normativa, la quale però, per quanto è dato sapere, non ha poi trovato, finora, pratica applicazione. Il che non significa, tuttavia, che essa sia priva di attuale interesse e non meriti quindi, ulteriori approfondimenti non solo e non tanto con riguardo alle problematiche di ordine generale inerenti alle scelte politiche che, in sede tanto europea quanto nazionale, ne sono state all'origine e che hanno formato oggetto di una sterminata letteratura, ma anche e soprattutto con riguardo alle questioni poste dalla sua letterale formulazione, in relazione a quanto previsto dalla Costituzione italiana e agli indirizzi già affermatasi nella giurisprudenza della Cassazione.

2. Oggetto, ambito e condizioni di applicabilità della norma

Va in primo luogo notato che la norma in esame presenta, come elementi differenziali rispetto alla Decisione quadro, l'espressa menzione della Shoah come possibile oggetto delle condotte di negazione, minimizzazione o apologia, e, per converso, la mancanza del richiamo ai crimini definiti come tali dall'art. 6 dell'accordo di Londra dell'8 agosto 1945. Se, come sembra, la ragione di tale differenziazione fosse

stata quella di mettere più chiaramente in luce ciò che si voleva far apparire come l'oggetto principale della tutela penale, il risultato non appare brillante. Non esiste, infatti, nell'ordinamento italiano, una definizione giuridicamente vincolante della Shoah e, d'altra parte, il mancato richiamo al citato art. 6 dell'Accordo di Londra determina la inutilizzabilità della definizione dei "crimini contro l'umanità" (fra i quali la Shoah potrebbe certamente rientrare), offerta dalla lett. c) del medesimo articolo. Né gioverebbe il richiamo, che invece è stato effettuato, agli artt. 6,7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, nel secondo dei quali si trova pure la definizione dei "crimini contro l'umanità", atteso che tutte le definizioni contenute nei suddetti articoli sono funzionali alla circoscrizione della sfera di competenza della medesima Corte, ed essa, ai sensi del successivo art. 13, è limitata ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto. Ne consegue che, volendosi addebitare a taluno la negazione, la minimizzazione o l'apologia della Shoah, non potrebbe che ricorrersi alla nozione del c.d. "fatto notorio", quale ricavabile, per quanto valga, dall'art. 115, comma secondo, del codice di procedura civile, secondo il quale il giudice può, "senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza" (1). Il che, però, in tanto potrebbe ritenersi legittimo in quanto si assumesse come "fatto notorio" soltanto ciò che comunemente viene inteso come "shoah" e non certo la sua effettiva corrispondenza alla realtà storica. In tale seconda ipotesi, infatti, si darebbe luogo ad una sorta di reazione a corto circuito, giacché la sussumibilità di un fatto tra le nozioni di comune esperienza presuppone che esso sia e appaia alla generalità dei consociati come assolutamente certo e incontestabile (2), laddove la ragion d'essere della norma in questione risiede proprio nella postulata esistenza di non trascurabili opinioni o convincimenti contrari, la cui diffusione, per ragioni di politica criminale, si ritiene che debba essere combattuta con la minaccia di una adeguata sanzione penale. Occorre quindi, in sostanza, tenere ben distinte, da una parte,

1. Ved. in proposito, CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 gennaio 2014, p. 15.

2. In tal senso, per tutte, Cass. VI, 20 marzo 2019 n. 7726, per la quale possono considerarsi notori solo i "fatti acquisiti alla conoscenza della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabili ed incontestabili".

la nozione definitoria della Shoah, da presumersi come generalmente conosciuta, e dall'altra la sua assunzione come "verità ufficiale", che forma oggetto della tutela penale a fronte di quanti ne contestino il fondamento e che, proprio per questo, non può invece darsi per generalmente condivisa.

Ma non sembra potersi dire che con ciò ogni difficoltà risulti appianata, specie con riguardo all'ipotesi in cui la condotta addebitata sia quella della "minimizzazione". Se, infatti, può ragionevolmente ritenersi che tutti siano a conoscenza di ciò che genericamente si intende come "shoah", non altrettanto può dirsi con riguardo a tutte le sue specifiche connotazioni quali, in particolare, quelle attinenti alle modalità di attuazione ed alle dimensioni quantitative, relativamente alle quali, peraltro, possono registrarsi divergenze anche nell'ambito dei "non negazionisti". Di qui la non facile riconoscibilità della "minimizzazione", tanto più in quanto la norma richiede che la stessa, per assumere rilievo penale, sia anche effettuata "in modo grave"; espressione, quest'ultima, alquanto sibillina, prestandosi essa ad essere intesa tanto con esclusivo riferimento alle modalità espressive della "minimizzazione", indipendentemente dalla "entità" della medesima, quanto invece con esclusivo riferimento a quest'ultimo parametro, indipendentemente dalle modalità espressive, senza peraltro potersi escludere la necessità di un riferimento congiunto ad entrambi i suddetti parametri. Analoga, del resto, sarebbe risultata la difficoltà interpretativa se, nel riferirsi alla minimizzazione, in luogo di usare l'espressione "in modo grave", fosse stata ripresa l'espressione "grossolana", adottata nella Decisione quadro. Per concludere, quindi, sul punto, non sembra potersi escludere che la previsione in discorso presti il fianco a fondati dubbi di illegittimità costituzionale per indeterminatezza della condotta incriminata ⁽³⁾.

Vi è poi da osservare che il legislatore nazionale non ha fedelmente riprodotto la Decisione quadro neppure nella parte in cui questa, come si è visto, richiedeva che, ai fini della punibilità delle condotte di negazione, minimizzazione e apologia, queste fossero "dirette pubbli-

3. Analogo appare anche l'orientamento di LEOTTA, voce "Negazionismo", in *Digesto discipl. pen.*, 2018, par. 10, per il quale la previsione in discorso sarebbe da ritenere "insanabilmente viziata per contrasto con l'art. 25, 2° co., Cost. e con l'art. 7 Cedu, stante la violazione rispettivamente del corollario della sufficiente determinatezza di fattispecie e del canone di accessibilità del precetto".

camente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica" e si trattasse di comportamenti "posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro". L'unica condizione esplicitamente posta dalla norma in discorso, con riferimento, peraltro, non alle suddette condotte ma a quelle di "istigazione e incitamento", è quella che le medesime siano poste in essere "in modo che derivi concreto pericolo di diffusione" del messaggio in esse contenuto. Alla luce di quella che è stata comunque la dichiarata intenzione del legislatore nazionale di dare attuazione alla citata Decisione quadro nel suo complesso, sembra potersi ritenere che esso non abbia inteso prescindere dall'osservanza della condizioni poste dalla norma europea per la rilevanza penale delle condotte in questione ma abbia ritenuto che le stesse fossero da considerare sostanzialmente soddisfatte sulla base delle previsioni di reato già contenute nel primo comma, lett. a), dell'art. 3 della legge n. 654/1975 (ora art. 604 bis cod. pen.), con l'aggiunta, come si è appena visto, della condizione costituita dal "concreto pericolo di diffusione"; ciò nell'evidente presupposto che la norma attuativa della Decisione quadro fosse da qualificare come circostanza aggravante rispetto alle suddette previsioni. Se così è, deve quindi ritenersi che, ai fini della rilevanza penale delle condotte in questione, non è sufficiente il "concreto pericolo di diffusione" della negazione, della minimizzazione o dell'apologia della Shoah, del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra ma occorre anche che tale pericolo si riconnetta specificamente alla "propaganda (di) idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico" ovvero alla "istiga(zione) a commettere (...) atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi", essendo queste appunto le ipotesi di reato previste dalla citata norma incriminatrice. La negazione e la minimizzazione, infatti (diverso discorso può farsi per l'apologia), di per sé non implicano affatto che con esse si intenda anche manifestare un sentimento di superiorità o di odio nei confronti di quanti si assuma che siano stati vittime della Shoah e degli altri crimini menzionati nella norma e meno che mai che possono costituire, di per sé, istigazione a commettere atti di discriminazione nei confronti

di chicchessia ⁽⁴⁾. Vi è semmai da osservare che il “pericolo di diffusione” è, per sua natura, insito nel concetto di “propaganda”, per cui la concreta sussistenza del medesimo dovrebbe essere verificata soltanto con riguardo alla diversa condotta costituita dalla “istigazione”.

A questo punto devesi però anche ricordare che la giurisprudenza di legittimità, con riferimento, in particolare, al reato di propaganda di idee fondate “sull’odio razziale ed etnico”, ha avuto modo di puntualizzare che esso “è integrato non da qualsiasi sentimento di generica antipatia, insofferenza o rifiuto riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità o alla religione, ma solo da un sentimento idoneo a determinare il concreto pericolo di comportamenti discriminatori” (Cass. III, 23 giugno-14 settembre 2015 n. 36906, RV 264376; conforme, Cass. V, 7 maggio-22 luglio 2019 n. 32862, RV 276857).

E con riguardo al più grave reato di istigazione “a commettere violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”, previsto dal comma 1, lett. b), dell’art. 3 della legge n. 654/1975 e, ora, dell’art. 604 bis cod.pen., si è pure affermato che, per riconoscerne la sussistenza, è necessario “valutare la concreta ed intrinseca capacità della condotta a determinare altri a compiere un’azione violenta, con riferimento al contesto specifico ed alle modalità del fatto” (Cass. I, 23 maggio-22 ottobre 2015 n. 42727, RV 264854).

Più in generale, poi, con riguardo ai reati di pubblica istigazione a delinquere e apologia di reato, previsti dall’art. 414 cod. pen., vale ricordare quanto affermato, ad esempio, da Cass. II, 29 marzo-8 giugno 2018 n. 26315, RV 273019, secondo cui “La condotta di chi esalta un fatto di reato al fine di spronare altri all’imitazione integra il delitto

4. Si veda, in tal senso, anche DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perincek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell’ordinamento italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10/2017, secondo cui: “Anche in virtù del nuovo comma, dunque, ed al contrario di quanto riportato da diverse testate giornalistiche al momento dell’approvazione, per l’ordinamento italiano rimane priva di rilevanza penale la condotta di mero negazionismo della Shoah o di altro crimine internazionale, fintantoché non sia correlata ad una propaganda o istigazione alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”. Del resto, neppure la Decisione quadro n. 913/2008 prevedeva che dovesse costituire reato la negazione pura e semplice dei crimini in essa indicati e, quindi, anche della Shoah. V., in proposito, LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *ius17@unibo.it*, n. 3/2011, 109 ss., secondo cui “non è punita la negazione «nuda e cruda», ma quel diniego, quella apologia e quella minimizzazione che si configurano come istigazione indiretta”.

di istigazione a delinquere quando, per il suo contenuto intrinseco, per la condizione personale dell'autore e per le circostanze di fatto in cui si esplica, sia effettivamente idonea a determinare il rischio concreto della commissione di altri reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato". Nello stesso senso, fra le altre: Cass. I, 5 maggio – 8 luglio 1999 n. 8779, RV 214645; Cass. I, 23 aprile-4 luglio 2912 n. 25822, RV 253101. Ciò in perfetta linea, del resto, con quanto già a suo tempo affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 65/1970 nella quale, a sostegno della ritenuta infondatezza, nei sensi di cui in motivazione, dell'art. 414 cod. pen. nella parte in cui prevede come reato l'apologia di uno o più delitti, si puntualizzava che per apologia punibile non poteva intendersi "la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti". Non dissimile, sempre in tema di apologia e con specifico riferimento al reato di "apologia del fascismo" previsto dall'art. 4 della legge n. 645/1952, appare inoltre quanto già era stato affermato dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 1/1958, secondo la quale "l'apologia del fascismo, per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista. Ciò significa che deve essere considerata non già in sé e per sé, ma in rapporto a quella riorganizzazione, che è vietata dalla XII disposizione. Trattasi non di una istigazione diretta, perché questa è configurata nell'art. 2 della legge 1952, bensì di una istigazione indiretta a commettere un fatto rivolto alla detta riorganizzazione e a tal fine idoneo ed efficiente"; interpretazione, questa, alla quale si è poi costantemente uniformata, pur nella varietà delle decisioni adottate nelle singole fattispecie, tutta la giurisprudenza di legittimità. Né va dimenticata, infine, la sentenza della Corte costituzionale n. 198/1974, con la quale fu dichiarato incostituzionale, per contrasto con l'art. 21 della Costituzione, l'art. 415 del codice penale nella parte in cui prevede come reato la pubblica istigazione "all'odio fra le classi sociali", facendosi salvo solo il caso che l'istigazione sia "attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità".

Deve quindi ritenersi, in sintesi, che, alla stregua del diritto vivente, una lettura costituzionalmente orientata di tutte le figure di reato basate su condotte qualificate come di istigazione, incitamento, apologia

e simili, non possa prescindere, a pena di violazione del principio di libertà di manifestazione del pensiero presidiato dall'art. 21 della Costituzione, dalla verifica circa la sussistenza della condizione che le suddette condotte, nella specificità di ogni singolo caso, si presentino come tali da rendere probabile o, almeno, ragionevolmente prevedibile non solo che si dia luogo ad una diffusa adesione dei destinatari del messaggio ai presupposti ideologici ai quali esse si ispirano (e relativamente ai quali, in democrazia, non può ammettersi alcuna forma di censura), ma anche che quell'adesione si traduca, nell'immediato o, comunque, in breve lasso di tempo, in atti o comportamenti materiali alla prevenzione dei quali le figure di reato in questione siano finalizzate.

Deriva allora da tutto ciò che la rilevanza penale delle condotte di negazione, minimizzazione e apologia della Shoah, del genocidio e degli altri crimini menzionati nella norma in discorso non è subordinata soltanto alle due condizioni già in precedenza ricordate e cioè, in primo luogo, alla loro riconducibilità, come aggravanti, alle specifiche ipotesi di reato costituite dalla propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico ovvero dalla istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; in secondo luogo, al "concreto pericolo di diffusione" della propaganda o dell'istigazione. Deve ritenersi, infatti, richiesta anche una terza condizione, comune (come si è visto) a tutti i reati che, in qualche modo, possano ritenersi "di opinione", costituita dall'idoneità della propaganda o dell'istigazione a dar luogo all'effettivo, concreto pericolo che da esse derivino conseguenze materialmente tangibili sotto forma di comportamenti lesivi dei diritti individuali e collettivi che le norme incriminatrici mirano a tutelare; pericolo, quello anzidetto, che dev'essere quindi specificamente dimostrato, non potendosi esso far coincidere con quello costituito dalla "diffusione" perché, altrimenti, si darebbe luogo ad inosservanza dei già richiamati criteri interpretativi dettati dalla giurisprudenza costituzionale e da quella di legittimità con riguardo ai reati del genere di quelli in questione. E ciò non solo con riguardo alla propaganda, posto che questa ha già in sé, come si è in precedenza osservato, la connotazione della diffusibilità del messaggio che ne forma oggetto, ma anche con riguardo all'istigazione, atteso che, quando ad essa si accompagni il "pericolo di diffusione", ciò può valere soltanto ad attribuirle lo stesso carattere di

pubblicità che è richiesto per la configurabilità del reato di istigazione a delinquere previsto dall'art. 414 cod. pen. e che, come si è visto, non è da solo sufficiente a far sì che la relativa condotta raggiunga la soglia della punibilità.

Indubbiamente questa "lettura" della norma (che, d'altra parte, ci sembra l'unica possibile) riduce, fin quasi, forse, ad azzerarli gli spazi entro i quali essa possa trovare effettiva applicazione; il che può dispiacere ad alcuni e far piacere ad altri, ma è la stessa conclusione alla quale, sia pure per vie in parte diverse, erano già giunti anche altri commentatori (5).

3. L'ipotesi del reato autonomo

Le conclusioni cui si è giunti al paragrafo che precede presuppongono, come si è visto, che alla norma attuativa della Decisione quadro n. 913/2008 sia da attribuire la natura di circostanza aggravante dei preesistenti reati di cui all'allora vigente art. 3, comma 1, della legge n. 654/1975, ora trasfuso nell'art. 604 bis cod. pen. Ciò in linea con quanto ritenuto dalla maggioranza degli AA. che se ne sono occupati (6). Non sono mancate tuttavia voci dissenzienti, secondo le quali la norma in discorso configurerebbe un'ipotesi di reato autonomo; ciò essenzialmente sulla base del rilievo che le condotte in essa descritte, siccome caratterizzate dal combinarsi dei due elementi costituiti dalla

5. In tal senso, fra gli altri: FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, in *Dir. pen. e processo*, 2/2017, p. 166, secondo cui si è in presenza di una "disposizione simbolica, declamatoria, inefficace o destinata ad essere disapplicata"; PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 luglio 2016, per il quale la norma in questione è annoverabile tra le "leggi inutili" che, secondo una riportata affermazione del Beccaria, "comunicano il loro avvilimento alle leggi anche più salutari".

6. Ved., tra gli altri, oltre al citato DANIELE, anche: BONFANTI, *Negazionismo, una battaglia da combattere, ma con quali armi?*, in *Altalex*, 10 febbraio 2017; CAROLI, *Aggravante di negazionismo e nuove condotte tipiche*, in *Dir. pen. e processo*, 5/2018; DELLA MALVA, *La nuova aggravante per le condotte negazioniste: un insoddisfacente compromesso*, in *Studium iuris*, 2/2017; FRONZA, op. cit.; GATTA, *Dal Senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo (come circostanza aggravante)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 febbraio 2015; LEOTTA, *In gazzetta ufficiale la legge che dà rilevanza penale al negazionismo*, in *Il Quotidiano giuridico*, del 29 giugno 2016; PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, ediz. 2019, art. 604 bis, par. 5; PUGLISI, op. cit.; SCHETTINO, *La nuova aggravante del negazionismo: luci e ombre di una fattispecie controversa*, in *Studium juris*, 10/2016, p. 1135.

“negazione” e dal “concreto pericolo di diffusione”, sarebbero da riguardarsi come diverse da quelle di propaganda e di istigazione già in precedenza previste come reati (7).

La tesi però non appare sostenibile, alla luce, anzitutto, della testuale formulazione della norma che, come si è visto, presenta la negazione, la minimizzazione e l’apologia come elementi non rilevanti di per sé ma solo in quanto caratterizzanti le condotte, espressamente richiamate, di propaganda, istigazione e incitamento, quali previste come reato nel primo comma. Vero è che il testo della Decisione quadro, dal canto suo, sembra invece rivelare che, nell’intenzione degli autori, la negazione, la minimizzazione e l’apologia dovessero essere sanzionate come reati a sé stanti, ma proprio per questo, se il legislatore nazionale avesse inteso condividere tale intenzione, è da ritenere che avrebbe anche riprodotto, nella norma attuativa, le specifiche condizioni alle quali, secondo la stessa Decisione quadro, doveva essere subordinata la rilevanza penale delle condotte in questione, e cioè (come pure si è visto) che le stesse fossero “dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all’ascendenza o all’origine nazionale o etnica” e si trattasse di comportamenti “posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all’odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro”.

D’altra parte, se, postulandosi l’autonoma rilevanza penale della negazione, della minimizzazione e dell’apologia, questa dovesse necessariamente prescindere dalla sussistenza delle suddette condizioni, siccome non previste dalla pretesa norma incriminatrice, sarebbe difficile ammettere la sua compatibilità non solo con il diritto di libera manifestazione del pensiero previsto dall’art. 21 della Costituzione ma anche con la libertà di insegnamento e di ricerca scientifica, garantita dall’art. 33, se non altro con riguardo alle condotte di negazione e minimizzazione. Queste, infatti, sarebbero da ritenere punibili (salva, per la seconda, la condizione del “modo grave”, della quale si è già parlato), indipendentemente dalla circostanza che costituiscano mere e gratuite asserzioni o che costituiscano invece il frutto di più o me-

7. Così, in particolare, Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul “nuovo” reato di negazionismo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2016. Sulla stessa linea, circa la qualificabilità della norma come reato autonomo, VENAFFRO, *Il nuovo reato di negazionismo: luci e ombre*, in *La legislazione penale*, 2/2018.

no approfondite ricerche storiche, quale che sia il valore che ad esse possa essere attribuito. L'ostacolo, in verità, specie quello costituito dall'art. 21 della Costituzione, è stato visto anche dai sostenitori della tesi qui avversata, i quali hanno tentato di superarlo facendo leva essenzialmente sul valore costituito dalla "dignità umana", da riguardarsi anch'esso come tutelato dalla Costituzione, oltre che dal preambolo della c.d. Carta di Nizza, e la cui salvaguardia giustificerebbe, quindi, il sacrificio della libertà di espressione. Ciò nel presupposto che il "negazionismo" costituirebbe appunto, in sé e per sé, una "lesione alla dignità di persone che hanno subito sulla loro pelle i misfatti che ora si tenta di negare" (8).

L'argomento, però, non sembra per nulla persuasivo.

Appare, infatti, quanto meno azzardato, sotto il profilo concettuale, il ritenere che debba, in generale, qualificarsi come necessariamente lesivo della dignità delle vittime di condotte criminose, quale che sia la

8. Così, in particolare, VENAFRO, op. cit. Analogo anche l'orientamento espresso da CAPUTO, op. cit.; DELLA MALVA, op. cit.; SCHETTINO, op. cit.; SCOTTO ROSATO, op. cit. Da notare che la riconoscibilità della "dignità umana" come valore tale da giustificare anche la compressione del diritto alla libera manifestazione del pensiero sancito dall'art. 21 della Costituzione era stata già in precedenza sostenuta da diversi altri AA., con riferimento, però, non al puro e semplice negazionismo ma alle condotte costituenti i reati di propaganda di idee razziste e di istigazione ad atti di discriminazione. V., in proposito, fra gli altri: DE FRANCESCO, *Commento al D.L. 26/4/1993 n.122 conv. con modif.dalla l. 25/6/1993 n. 205. Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Leg. pen.*, 1994, p. 179; PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, a cura di RIONDATO, Padova, 2006, p. 134; SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, p. 205; indirizzo, questo, che, peraltro, non ha mancato di suscitare critiche e riserve da parte di altri AA, quali, in particolare: AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. costit.*, 2008, p. 519, per il quale, quando trattisi di "diffusione di idee razziste prive di diretto contenuto ingiurioso o diffamatorio nei confronti di una o più persone concrete", la prevalenza attribuita dal legislatore, anche in questo caso, alla "dignità ideale" offesa dalla detta diffusione rispetto all'altra "dignità" che è pure alla radice del diritto alla libertà di manifestazione del pensiero sarebbe da riguardare come priva di ragionevolezza, in quanto "la libertà dell'individuo, l'unico considerato dalla disposizione costituzionale" verrebbe a risultare "una volta per tutte soccombente di fronte ad una idea astratta di dignità umana"; VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *IUS*, 17/2009, p.201, per il quale vi è il rischio "che la valorizzazione della «dignità umana» intesa anche come riflesso dell'identità collettiva di un intero gruppo o etnia, e in questi termini trasformata in diretto oggetto della tutela penale, finisca per far assumere a tale valore un ruolo di «asso pigliatutto» in ragione della posizione di «punto archimedeo» che si ritiene la dignità umana rivesta nell'architettura dei valori costituzionali".

loro estensione e gravità, il solo fatto di negare, in tutto o in parte, che quelle condotte abbiano effettivamente avuto luogo. La negazione, infatti, può avere le motivazioni e assumere le forme più varie, per cui solo limitatamente al caso in cui le une e/o le altre assumessero carattere ingiurioso o dispregiativo ciò potrebbe costituire lesione della dignità dei soggetti ai quali essa si riferisce. Ma, ricorrendo una tale ipotesi, la tutela penale potrebbe forse dirsi già assicurata dalla norma che prevede come reato la diffamazione, nella misura in cui tale norma possa trovare applicazione a salvaguardia della reputazione non solo di singoli soggetti già individuati o facilmente individuabili ma anche di una massa indifferenziata di soggetti ciascuno dei quali possa sentirsi legittimamente leso dalle affermazioni offensive riferite alla collettività della quale egli fa parte; eventualità, questa, nella quale può ravvisarsi la legittimazione dell'organismo rappresentativo della medesima collettività a proporre la necessaria querela⁽⁹⁾. Ove ciò non fosse poi ritenuto sufficiente si potrebbe semmai, "de iure condendo", prevedere come specifico reato il vilipendio delle vittime della Shoah o anche, più in genere (come sarebbe più logico e giusto), delle vittime di tutti i genocidi e altri crimini contro l'umanità, da chiunque e in danno di chiunque commessi, quando per essi sia intervenuta condanna da parte della Corte penale internazionale⁽¹⁰⁾; il che non dovrebbe dar luogo ad alcun problema di compatibilità con l'art. 21 della Costituzione.

D'altra parte, chiunque sia stato vittima di un delitto, pur se atroce ed efferato al massimo grado, deve soggiacere all'eventualità che, in sede processuale, gli venga opposta, da parte di chi è stato chiamato a risponderne, anche la più sfacciata e impudente negazione, tanto del fatto quanto della propria responsabilità, rientrando ciò nel normale e incomprimibile esercizio del diritto di difesa garantito dall'art. 24 della

9. V., ad es., in proposito, Cass. V, 3 dicembre 1998 n. 12744 (ud. 7 ottobre 1998) che ha ritenuto "concettualmente identificabile un onore o un decoro collettivo, quale bene morale di tutti gli associati o membri, considerati come unitaria entità, capace di percepire l'offesa. (Fattispecie di diffamazione a mezzo stampa in danno della Congregazione dei Testimoni di Geova)".

10. Analogo, appare, al riguardo, l'orientamento espresso da SCETTINO, op. cit., secondo cui: "la scelta legislativa più opportuna per dotare di effettività ed efficacia questa incriminazione sarebbe stata quella di prevedere un'autonoma fattispecie finalizzata alla protezione del rispetto e della dignità delle vittime dell'Olocausto e degli altri crimini contro l'umanità".

Costituzione. E non può certo sostenersi che il diritto alla libera manifestazione del pensiero abbia, nell'ambito della vigente Costituzione, una protezione di rango inferiore a quello del diritto alla difesa.

In realtà appare difficile sottrarsi alla sensazione che i sostenitori della tesi che qui si avversa partano dal presupposto, apoditticamente dato per acquisito, che chi nega o minimizza la "Shoah" non possa che essere mosso da un inconfessato e inconfessabile atteggiamento mentale di odio o disprezzo nei confronti delle vittime e di simpatia nei confronti dei carnefici, meritando quindi solo per questo di essere punito, indipendentemente dai termini, dalle modalità e dalle circostanze che caratterizzino le singole e specifiche condotte di negazione o minimizzazione⁽¹¹⁾. Il che equivale però a voler punire non la manifestazione del pensiero per quella che può essere la sua oggettiva pericolosità, da verificare di volta in volta, ma proprio il pensiero in sé, di cui "a priori" si presume che quella manifestazione costituisca necessariamente espressione; e a questo punto non dovrebbe essere necessario aggiungere altre parole per dimostrare come ciò sia incompatibile con il fondamentale e irrinunciabile principio di civiltà per cui "cogitationis poenam nemo patitur" .

4. Sintesi conclusiva

La norma con la quale il legislatore nazionale ha inteso dare attuazione alla Decisione quadro n. 913/2008 del Consiglio dell'Unione europea non configura un reato autonomo ma un'aggravante dei reati già previsti dall'art. 3, comma 1, della legge n. 654/1975 e ora dall'art. 604 bis, primo comma, cod. pen. La sua applicabilità presuppone, quindi, la previa configurabilità di tali reati alla luce dei criteri interpretativi già fissati per essi e per altri analoghi reati di propaganda, istigazione, apologia e simili contenuti nel codice penale e in leggi speciali dalla giurisprudenza costituzionale e da quella di legittimità allo scopo, in particolare, di renderli compatibili con il diritto di libertà di manifestazione del pensiero garantito dall'art. 21 della Costituzione. La

11. Emblematica, a questo proposito, appare la perentoria affermazione di CAPUTO, op. cit., secondo cui, senza alcuna possibile eccezione, "i negazionisti non sono mossi, nelle loro cripto-ricerche, dall'aspirazione all'obiettività, ma da robuste venature ideologiche, screziate di antisemitismo e fondamentalismo".

compressione di tale diritto, d'altra parte, non potrebbe trovare giustificazione neppure nella ritenuta esigenza di salvaguardare la dignità delle vittime della Shoah, come sostenuto invece dai fautori della tesi secondo cui il c.d. "negazionismo" sarebbe già da considerare, o dovrebbe comunque essere preveduto, come reato a sé stante; tesi, quella anzidetta, basata sul presupposto, concettualmente errato, che negare la realtà di un crimine significhi automaticamente ledere la dignità di chi ne è stato vittima e che questo sarebbe quindi l'intento che necessariamente dovrebbe essere attribuito a chiunque neghi o metta in dubbio, in qualsiasi modo e sotto qualsiasi profilo, la realtà della Shoah quale comunemente ritenuta accertata. Il che costituirebbe violazione dell'elementare principio di civiltà per cui "cogitationis poenam nemo patitur". E sia consentito aggiungere, a questo proposito, che quanti legittimamente ritengono necessaria la conservazione della memoria viva di un'immane tragedia quale è stata la Shoah dovrebbero essere i primi a rendersi conto che ciò in tanto è possibile in quanto sia consentito che su di essa si possa liberamente discutere, senza limitazione alcuna che non sia quella imposta dal doveroso rispetto delle persone e delle comuni regole della civile convivenza. Altrimenti la conservazione rischia di trasformarsi in una sorta di "imbalsamazione" della memoria, destinata, come tale, a divenire solo oggetto di sacrale e tremebonda venerazione; con il prevedibile risultato, inoltre, che si generi anche, per reazione, o il più totale disinteresse o il più rabbioso e feroce negazionismo; proprio quello che, con la minaccia della sanzione, si sarebbe voluto esorcizzare⁽¹²⁾.

12. Degno di nota, in proposito, appare il fatto che, secondo quanto riferito da PUGLISI, op. cit. nota 68, anche un personaggio quale P. VIDAL-NAQUET, nella sua opera *Les assassins de la mémoire* (trad. it., *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la Shoah*, Roma, 2008, p. 218), avrebbe sostenuto che punire i negazionisti «non servirebbe ad altro che a moltiplicarne la specie». Lo stesso personaggio è ricordato anche da CAPUTO, op. cit. nota 31, nella quale si legge che egli, definito come "uno dei maggiori antichisti del '900", aveva perduto padre e madre ad Auschwitz e ciononostante, pur avendo "sempre manifestato una fiera intransigenza nei confronti dei negazionisti", si era però battuto perché fosse ad essi riconosciuto il diritto "a manifestare pubblicamente il proprio pensiero senza incorrere in reazioni giudiziarie".