

Reati di negazionismo e principio di tassatività in materia penale: la malcelata censura della Corte EDU ai legislatori nazionali.

di *Marco Piccoli*

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, PERİNÇEK VS. SVIZZERA
RICORSO N. 27510/08

Sommario: **1.** La vicenda processuale - **2.** Diritto penale e tutela della memoria storica: l'intrinseca vaghezza delle clausole penali anti – revisionismo - **3.** Il negazionismo e i suoi elementi di fattispecie: una qualificazione problematica, sospesa tra esigenze di certezza e precarietà dei rimandi normativi - **4.** Negazionismo e libertà di parola: tutela delle minoranze o ortodossia delle narrazioni storiche? - **5.** Conclusioni: la tenuta dei principi generali e le recenti scelte del legislatore italiano

1. La vicenda processuale

Nel 2008 la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è stata investita di un ricorso da parte del Dott. Doğu Perinçek, avvocato e politico turco, condannato in via definitiva al pagamento di una multa dalla giustizia svizzera per violazione dell'articolo 261 bis, comma 4 del codice penale. La disposizione punisce con multa o reclusione fino a 3 anni il reato di negazionismo¹ commesso con modalità lesive della dignità umana². Alla base della condanna, le affermazioni fatte dal ricorrente in occasione di tre conferenze tenutesi in Svizzera, che si riferivano al genocidio perpetrato dall'Impero Ottomano ai danni del popolo armeno, negli anni 1915 e 1916, come “una menzogna internazionale” (“*an international lie*”).

Dopo aver esaurito le vie interne di impugnazione, Perinçek ha presentato ricorso presso la Corte EDU per violazione dell'articolo 10, comma 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, lamentando l'indebita interferenza delle autorità

¹ Ci si riferisce alla fattispecie penale in questione e ad altre analoghe con il termine “negazionismo”, che pur essendo di matrice pressoché esclusivamente sociologica, appare utile per indicare ipotesi di reato quali quella di cui al 261 cp svizzero e di altre analoghe fattispecie introdotte negli ultimi anni in diversi ordinamenti.

² Codice Penale della Confederazione Svizzera, articolo 261bis, comma 4: “chiunque, pubblicamente, mediante parole, scritti, immagini, gesti, vie di fatto o in modo comunque lesivo della dignità umana, discredita o discrimina una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia o religione o, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l'umanità”.

svizzere con il suo diritto alla libertà di espressione³ sancito dalla Convenzione. Il ricorrente ha inoltre lamentato una violazione dell'articolo 7 CEDU (*Nulla poena sine Lege*), denunciando un difetto di tassatività della norma incriminatrice e della relativa applicazione.

Il governo svizzero, costituitosi nel giudizio, ha di contro difeso la decisione invocando l'articolo 10, comma 2 della Convenzione medesima, che disciplina le eccezioni⁴ alla libertà di espressione, riconoscendo la prerogativa degli Stati di sottoporre l'esercizio di tale libertà a "formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni" qualora motivate da esigenze di sicurezza, integrità, difesa e prevenzione di reati. Seppure sul punto non sollecitata dal resistente, la Corte ha inoltre esaminato in via pregiudiziale l'applicabilità dell'articolo 17 della Convenzione⁵, rubricato "Divieto dell'abuso di diritto", allo scopo di verificare se le affermazioni del ricorrente potessero qualificarsi come un'aggressione a diritti e libertà di altri soggetti, protetti dalla Convenzione. La citata disposizione avrebbe potuto rilevare ai fini dell'ammissibilità del ricorso, nel ragionamento della Corte, nella misura in cui le affermazioni incriminate sarebbero state deliberatamente pronunciate dal ricorrente in spregio ai medesimi diritti garantiti dalla CEDU⁶.

La Corte ha ritenuto ammissibile e accolto il ricorso, qualificando le affermazioni del ricorrente come non configuranti un abuso del diritto (art. 17) e la condanna comminata come indebita interferenza con la libertà di espressione (art. 10); non ha, tuttavia, ritenuto di esaminare la presunta violazione per difetto di tassatività della norma penale (art. 7), né di infliggere alcuna condanna di risarcimento, ritenendo che "il riconoscimento di una violazione dell'articolo 10 costituisce, di per sé, giusta soddisfazione alle ragioni del ricorrente". Il governo svizzero ha

³ Articolo 10, comma 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: "Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive."

⁴ Articolo 10, comma 2, Convenzione: "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."

⁵ Articolo 17, Convenzione: "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."

⁶ Nello specifico: articolo 14, "Divieto di discriminazione"; articolo 9, "Libertà di pensiero, di coscienza e di religione".

impugnato la sentenza presso la Grande Camera, che ha confermato la decisione di primo grado.

La pronuncia della Corte, sebbene densa di spunti di riflessione ulteriori, si presta ad una lettura eminentemente penalistica, che analizzi, in primo luogo, la *ratio legis* della fattispecie incriminatrice che veniva in considerazione e il suo inquadramento rispetto ai principi generali, a partire da quello di tassatività/determinatezza; in secondo luogo la qualificazione dogmatica degli elementi di fattispecie che vengono in considerazione; infine, le questioni di carattere generale circa l'estensione della libertà di espressione sancita dalla CEDU. Nelle conclusioni si terrà inoltre una breve disamina della circostanza aggravante di “negazionismo”, recentemente introdotta dal legislatore italiano.

2. Diritto penale e tutela della memoria storica: l'intrinseca vaghezza delle clausole penali anti-revisionismo.

La norma penale alla base della condanna punisce “..chiunque, pubblicamente, mediante parole, scritti, immagini, gesti, vie di fatto o in modo comunque lesivo della dignità umana, discredita o discrimina una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia o religione o, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l'umanità”. Nel confermare la condanna di primo grado, il giudice dell'impugnazione svizzero⁷ fornisce della norma una lettura molto complessa, per la quale il reato ivi previsto rinviene la sua *ratio* ultima nella deterrenza avverso il proliferare di idee “negazioniste e revisioniste”. In particolare, il pericolo che il legislatore avrebbe voluto scongiurare è quello dell'affermarsi di idee e dottrine che disonorano la memoria di morti in circostanze storicamente deprecabili, su cui sussiste un condiviso sentimento di condanna. Da notare inoltre che il “genocidio” a cui il legislatore fa riferimento non si limita a quello del popolo ebraico, perpetrato dal regime nazista, ma a qualunque genocidio; il fondamento di queste osservazioni risiede nei lavori preparatori del legislatore svizzero (cui si riferisce la sentenza al paragrafo 13), e nella precipua circostanza che la disposizione è stata approvata in attuazione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (1965). Nella sistematica del codice, la disposizione in oggetto è rubricata “discriminazione razziale”, e collocata nel titolo “delitti o crimini contro la tranquillità pubblica”; da notare inoltre un orientamento giurisprudenziale interno⁸, che ha identificato potenziali vittime del reato di

⁷ Tribunale Federale Svizzero, ATF 6B_398/2007.

⁸ Armenian-Switzerland Association vs. Coordination of Turkish Associations in Switzerland, 16 luglio 1998, corte distrettuale del cantone di Berna e Laupen. La causa in questione nasce a latere di un vero e proprio conflitto di petizioni: nel 1995 la futura parte attrice inoltra una richiesta, massicciamente sottoscritta, di indizione di una celebrazione nazionale per l'ottantesimo anniversario del genocidio armeno; la futura parte convenuta presenta una contro-richiiesta nella quale muove affermazioni poi ritenute espressive della condotta criminosa di cui al 261bis comma 4 del cp.

negazionismo nelle sole persone fisiche, negando che un'associazione fosse suscettibile di subire quel pregiudizio discriminatorio individuato dalla disposizione come l'effettivo contenuto di offesa. Tale contenuto determina il livello di **tassatività** della previsione penale in oggetto, che è il primo punto su cui occorre soffermarsi.

Il fenomeno di “negazionismo” assume molte sfaccettature sia nell'immaginario comune sia nella nomenclatura giuridica; ne consegue che la repressione del fenomeno è demandata all'individuazione di uno o più predicati che incarnino lo specifico disvalore reprimendo, tenendo nella debita considerazione le molteplici modalità con cui lo stesso può manifestarsi. Stabilito questo, è inevitabile osservare come l'equiparazione di comportamenti quali il “disconoscimento”, la “minimizzazione” e la “giustificazione” dilati notevolmente la portata punitiva del precetto, al punto che lo stesso potrà per il proprio tenore letterale sanzionare tanto affermazioni che neghino *tout court* certi accadimenti (come in genere avviene per la Shoah), quanto (come in questo caso il ricorrente ha dichiarato) la qualificazione⁹ storica o giuridica degli stessi.

Nel caso in oggetto, l'imputazione del ricorrente a titolo di “disconoscimento” del genocidio armeno è a ben vedere una presunzione rimessa all'interprete, perché nessuno dei giudici coinvolti ha specificato quale dei tre predicati si presti a questa fattispecie concreta. Né, a ben vedere, avrebbe potuto farlo, dato che le affermazioni incriminate che volevano il genocidio armeno essere “una menzogna internazionale” si prestano a molteplici interpretazioni:

- **Letterale:** menzogna come “bugia”, simulazione di un fatto mai accaduto, nel qual caso avrebbe luogo un disconoscimento;
- **Storica:** menzogna come “qualificazione indebitamente ingenerosa”, nel qual caso avrebbe luogo un tentativo di giustificazione;
- **Assiologica:** menzogna come “banale diceria, pettegolezzo non confermato”, nel qual caso avrebbe luogo una grossolana minimizzazione.

Sotto un profilo dogmatico, avendo la fattispecie i tratti di un **reato a forma vincolata** (“..mediante parole, scritti, immagini, gesti, vie di fatto o in modo comunque lesivo della dignità umana..”) sorretto da **dolo specifico** (“..per le medesime ragioni “..di discriminazione o discredito per ragioni di razza, etnia o religione..”), l'accostamento equiparato di tre predicati molto diversi tra loro appare poco comprensibile, e l'impatto sul livello di determinatezza della fattispecie è di tutta evidenza.

La questione circa l'eccessiva vaghezza del disposto è stata in effetti posta dal ricorrente, che ha lamentato una violazione dell'art. 7 della Convenzione,

⁹ ECHR Second Section, *Perinçek vs. Switzerland*, par. 51: “[the Court] considers it important that the applicant has never disputed that massacres and deportations took place during the years in question. Instead, all he denies is the legal characterisation of those events as ‘genocide’”.

puntualmente rubricato “*nulla poena sine lege*”; in più di un’occasione¹⁰ la Corte ha affermato che il disposto dell’articolo 7 CEDU sia soddisfatto, sotto il profilo del principio di determinatezza ivi contemplato, quando la norma consente al destinatario un ragionevole giudizio prognostico sull’eventuale illiceità della propria condotta¹¹. In un altro senso, la recente sentenza Contrada¹² ha eccepito la violazione dell’articolo 7 CEDU alla luce non già di una precaria formulazione letterale, ma della particolare circostanza di una censurata “creazione giudiziale¹³” della fattispecie incriminatrice (ovvero il concorso esterno in associazione mafiosa), che ha reso inesigibile il comportamento conformativo del ricorrente condannato in Italia. Avendo come principio cardine la conoscibilità della norma penale da parte dei destinatari, la Corte sembra quindi muoversi lungo un doppio binario, riconoscendo il presidio CEDU del *nulla poena sine lege* violato tanto dall’imprecisione del legislatore quanto da interpretazioni giudiziali estensive. Da un punto di vista teorico, la questione chiama in causa la distinzione¹⁴ (non accettata dalla prevalente dottrina italiana) tra determinatezza e tassatività, in base alla quale, secondo alcuni Autori¹⁵, la prima sarebbe rivolta al legislatore e implicherebbe il divieto di ricorso a clausole generali nella costruzione della fattispecie, mentre la seconda al giudice, e consisterebbe nel divieto di analogia. Premettendo che tale questione, per la sua portata e vastità, non può compiutamente essere affrontata in questa sede, occorre muovere qualche rilievo.

¹⁰ Tra le più recenti, EHCR Fourth Section, Greco vs. Italy (2015): “Di conseguenza la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l’assistenza dell’interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo essersi rivolta a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti”; in precedenza, Cantoni vs. France (1996).

¹¹ Anche nella sentenza in oggetto la Corte si conforma a questo orientamento, seppure dalla prospettiva dell’art. 10 comma 2; ECHR Second Section, Perinçek vs. Switzerland, par. 67: “.. a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable citizens to regulate their conduct;..”.

¹² Contrada vs. Italy (no. 66655/13).

¹³ Contrada vs. Italy: par. 66 “..non è oggetto di contestazione tra le parti il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale”. La Corte precisa, su questo punto, che la creazione giurisprudenziale di fattispecie di reato non pregiudica, di per sé, il *nulla poena sine lege*, ma rileva ai fini della conoscibilità da parte dei destinatari della norma penale. D’altro canto, l’introduzione di un reato per via giudiziaria è un processo le cui tempistiche sono inevitabilmente più aleatorie, e l’individuazione del momento esatto di introduzione è questione controversa.

¹⁴ Vedi ad es. N. Bartone, *Diritto Penale Italiano, Sistema e Valori – Giurisprudenza e Ottica Europea*, CEDAM, 2007, Italia. Pag. 48 e ss.

¹⁵ Cfr. a proposito dei destinatari del principio di determinatezza, F. C. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Giappichelli, 2011, Torino, pag. 138 e ss. ; nonché, sul divieto di creazione giudiziale delle norme penali e la portata del principio di tassatività, T. Padovani, *Diritto Penale*, Giuffrè, 2011, Milano, pag.19 e ss.

Se un'eventuale analogia giudiziale permette alla Corte di individuare agevolmente un *vulnus* al principio di legalità, molto più complesso è per essa valutare disposizioni adottate da un legislatore impreciso. Sul punto, interpretando la giurisprudenza costituzionale italiana¹⁶, è stato affermato che il rapporto tra fonte costituzionale e fonte pattizia, nel caso della CEDU, trova il proprio equilibrio in un criterio sostanziale¹⁷, per il quale “l'ingresso della fonte esterna non implica una dequotazione del diritto costituzionale, ma fa derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema [nazionale] dei diritti fondamentali”. Potrebbe pertanto ipotizzarsi che nel rapporto tra una norma interna (di rango non costituzionale) ed una disapplicante sentenza della Corte EDU, sarebbe la stessa Costituzione a garantire la prerogativa del giudice di Strasburgo di invalidare gli effetti di una condanna penale riconosciuti come “incompatibili” con lo spirito della Convenzione, anche nel caso in cui gli stessi siano frutto di un'interpretazione giudiziale pedissequa, e pertanto imputabili interamente ad una tecnica legiferativa non conforme.

Dalla particolare prospettiva della questione qui in oggetto, tuttavia, altro è il rilievo decisivo.

Il fondamento logico della postulata distinzione tra determinatezza e tassatività è da ricercarsi nella diversa veste del destinatario: il legislatore nel primo caso, il giudice nel secondo. Come tuttavia correttamente arguisce la Corte¹⁸, qualunque sistema penale sortisce i propri effetti in forza di una sinergia tra disposizione e interpretazione, e in nessun caso il risultato ultimo è frutto esclusivamente dell'una o dell'altra. In altre parole: qualunque disposizione, anche la più precisa nella sua formulazione letterale, subisce un certo livello di interpretazione. Se il compito della Corte è quello di giudicare “gli effetti” della condanna inflitta, parametrando con lo spirito della Convenzione, e tali effetti vedono la compartecipazione tanto della norma quanto della sua interpretazione, la distinzione perde certo non di interesse e pregnanza teorica, ma di effettiva rilevanza pratica. Come rileva la dottrina¹⁹, “la norma (..) non coincide affatto con l'enunciato linguistico contenuto nel documento in cui si materializza la legge scritta, ma è, per sua natura, solo il “risultato dell'attività (cosiddetta) ‘interpretativa’ del giudice”.

Espressiva forse di questo approccio pragmatico, la risposta sul punto nel caso in oggetto è stata a dir poco laconica: la Corte l'ha infatti considerato “non costituente

¹⁶ Corte Costituzionale, n.317 del 2009

¹⁷ V. Manes, *Il Giudice nel Labirinto: profili delle intersezioni tra Diritto Penale e fonti sovranazionali*, DIKE, 2012, Roma, Pag. 154-155.

¹⁸ EHCR Fourth Section, Greco vs. Italy (2015), 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.”

¹⁹ M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma e suo controllo politico*, Archivio Penale, 2017, n.1, pag. 20.

una questione separata rispetto alla domanda principale²⁰ e ha ritenuto non necessario valutare la relativa domanda. Tenteremo, in sede di conclusione, di azzardare un'ipotesi circa le ragioni di una scelta così conservativa.

3. Il negazionismo e i suoi elementi di fattispecie: una qualificazione problematica, sospesa tra esigenze di certezza e precarietà dei rimandi normativi.

Gli elementi dell'illustrata fattispecie di "negazionismo" implicano la presenza di un *tertium comparationis* sulla cui natura occorre interrogarsi. La norma incriminatrice delimita l'oggetto della negazione penalmente rilevante al "genocidio e altri crimini contro l'umanità". L'esatta qualificazione degli elementi individuati dalla dicitura edittale è questione cruciale: l'evento storico disconosciuto o minimizzato o giustificato, sia per la presumibile intenzione del legislatore che per l'interpretazione giudiziale²¹, non si limita ad uno individuato *ad hoc* ma ad un evento che soddisfi determinate caratteristiche, riassunte dalla formulazione normativa; pertanto, stabilire la riconducibilità dell'evento disconosciuto al modello legale implicherà, sul piano sistematico, il realizzarsi o meno della fattispecie oggettiva, a prescindere da qualsivoglia accertamento, sul piano processuale, dell'elemento psicologico. La già citata vaghezza del precetto esprime sotto questo profilo tutto il proprio nocimento, dal momento che l'incertezza su cosa sia illecito "negare" rende l'applicazione della norma incriminatrice incerta, virtualmente, in qualunque circostanza.

I giudici svizzeri, nel motivare la propria condanna, hanno a più riprese fatto riferimento al "consenso" in seno alla comunità degli storici circa gli accadimenti del biennio 1915-16, ed è questo un punto su cui la Corte ha espresso, a nostro avviso correttamente, la propria perplessità²². Nell'ottica del giudice elvetico, quell'elemento di fattispecie il cui "disconoscimento, minimizzazione o giustificazione" è penalmente rilevante è definito tale dal concludente stato dell'arte del dibattito storico²³ intorno all'evento "genocidio o altro crimine contro l'umanità" specificamente contestato; in questa maniera si qualifica il fatto storico, che è illecito negare, come un accadimento estrinseco di cui prendere meramente

²⁰ ECHR Second Section, *Perinçek vs. Switzerland*, par. 131-133.

²¹ Tribunale Federale Svizzero, giudizio di appello contro *Perinçek* del 12 dicembre 2007 (ATF 6B_398/2007): "An initial literal and grammatical approach shows that the wording of the law (through the use of the indefinite article 'a genocide' ['un génocide']) makes no explicit reference to any specific historical event. The law therefore does not preclude punishment of denial of genocides other than that perpetrated by the Nazi regime."

²² ECHR Second Section, *Perinçek vs. Switzerland*, par. 116: "The Court is not satisfied that the 'general consensus' to which the Swiss courts referred as a basis for the applicant's conviction can be relied on in relation to these very specific points of law."

²³ ATF 6B_398/2007: "(...)the Federal Court has held that Holocaust denial objectively constitutes the factual element of the offence provided for in Article 261 bis § 4 of the Criminal Code since it concerns a historical fact that is generally acknowledged as established."

atto, descritto in modo diretto e privo di qualunque ambiguità dalla lettera²⁴ della previsione di reato. Tale non ambiguità è implicata, nel ragionamento del giudice, dall'inappellabile conclusione del dibattito intorno all'evento: siccome l'evento è pacifico e conclamato, non occorrono prove storiche a sostegno di esso, pertanto il riferimento letterale insito nella formulazione è univoco e non necessita di rimandi; da questo approccio deriverebbe la collocazione dogmatica del "genocidio" in disposizione tra gli elementi descrittivi²⁵, valendo il consenso degli storici alla stregua dell'esito positivo di una ricognizione empirica.

Una simile interpretazione, certo, rispecchia maggiormente quella che sembra essere l'intenzione del legislatore²⁶, che nel coniare la fattispecie di reato, ha inteso promuovere la repressione di atteggiamenti intolleranti *tout court*, che si concretizzerebbero (anche) nel revisionismo storico. Tuttavia le ripercussioni di detto metodo sono pienamente apprezzabili, nuovamente, nel precario grado di tassatività/determinatezza della norma penale così interpretata. Avvalorando questo approccio, occorrerebbe chiedersi quale metodo il giudice può correttamente applicare per stabilire quali genocidi siano in effetti riconosciuti dalla comunità scientifica; prima di porsi tale dilemma, occorre precisare che seppure ricondotto in questa ipotesi alla categoria degli "elementi descrittivi", tale riconoscimento non può essere effettuato *ictu oculi*; non può, per ovvie ragioni, essere accertato a livello sensibile, occorrendo alla verifica sulla sua sussistenza un accertamento che dovrà informarsi a una certa metodologia, diretta a garantire l'ordinaria operatività del meccanismo di sussunzione. Tale metodologia non sarebbe stata necessaria qualora si fosse provveduto a coniare, a monte, tante fattispecie incriminatrici quante i "genocidi" la cui memoria è individuata quale bene giuridico meritevole di tutela²⁷; naturalmente, un simile approccio non solo sconfesserebbe un elementare principio di economia normativa, ma frustrerebbe la da tempo individuata "esigenza di evitare tecniche normative esasperatamente casistiche²⁸". L'immane rovescio della medaglia è pienamente apprezzabile se si analizzano le alternative, e ipotizziamo a questo punto due soluzioni: un metodo empirico ed uno analitico.

²⁴ ATF 6B_398/2007: "Legal writers and the courts have, moreover, inferred from the well-known, undeniable or indisputable character of the Holocaust that proof of it is no longer required in criminal proceedings (...). Hence there is no need for the courts to have recourse to the work of historians on this matter."

²⁵ Sulla distinzione tra gli elementi descrittivi e normativi: M. Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, Vol. II, pt. I, Giappichelli Editore, Torino, 2000, pp. 142 e ss. ; inoltre: L. Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

²⁶ Il Memorandum del Consiglio Federale del 2 Marzo 1992, circa la ratifica della Confederazione Elvetica alla Convenzione Internazionale sull'Eliminazione di Tutte le Forme di Discriminazione Razziale (1965) e la relativa riforma del Diritto Penale (FF 1992 III, p. 265 e ss., p. 308 e ss.) menzionava espressamente la lotta al "revisionismo storico".

²⁷ In tal senso, la Francia, dove nel 2011 il Senato respinse una proposta di legge che sanzionava specificamente la negazione del genocidio armeno.

²⁸ L. Risicato, *Gli elementi normativi*, cit, pag. 83.

Nel primo caso dovrebbe essere verificato, *ex post*, il consenso della comunità scientifica sulla definizione in tal senso del fatto storico X, ma permarrebbero insormontabili problemi di ordine pratico (*inter alia*: quale soglia di consenso soddisfi il requisito, come qualificare meritevole l'opinione di uno studioso, quanto allargare e secondo quale criterio la platea delle opinioni da considerare..).

Nel secondo caso, le caratteristiche che qualificherebbero il fatto X come "genocidio" sono stabilite *ex ante*, attinte dagli studi storici, e l'operazione di raffronto tra i fatti negati e il modello analitico è svolta dal giudice: il problema in questo caso è che un tale modello non solo non sembra esistere²⁹ in seno alla stessa comunità scientifica, ma sarebbe quantomeno discutibile l'elevazione di esso a parametro legalmente vincolante; di fatto, sia nell'uno che nell'altro caso, si verificherebbe ciò che paventa la già citata dottrina³⁰, e cioè un'incontrollata discrezionalità ermeneutica, priva di un solido ancoraggio motivazionale. Qualificare l'elemento centrale della fattispecie come "descrittivo-naturalistico" è quindi un'operazione carica di incognite che rischia di minare inaccettabilmente la funzionalità della stessa, nonché la sua conformità all'articolo 7 della CEDU.

La Corte percorre perciò un'altra strada, menzionando espressamente nel novero delle norme rilevanti ai fini della decisione le varie definizioni di "genocidio" presenti tanto a livello interno che sul piano internazionale pattizio³¹. Tale approccio è corroborato, innanzitutto, dalla posizione del termine "genocidio" in endiadi con "altri crimini contro l'umanità" - lessico giuspenalistico cui tutti gli ordinamenti europei si conformano. Nello stabilire la fonte dell'elemento così considerato non si pongono, nel caso specifico, particolari problemi, alla luce del fatto che la fattispecie di "genocidio" di diritto interno (come d'altronde le fattispecie di molti degli ordinamenti europei sul punto) è formulata sulla falsariga dell'apposita convenzione ONU³², con una scelta di termini poi ripresa anche dal trattato istitutivo della Corte Penale Internazionale. La significativa congruenza delle formulazioni rende le stesse intercambiabili ai fini della specifica funzione parametro che in questa sede sono chiamate a svolgere.

Il ricorrente precisa nelle proprie memorie difensive ciò che le trascrizioni dei suoi discorsi³³ sembrano confermare, e cioè che il suo disconoscimento del genocidio armeno non riguardava i fatti nella loro essenza o successione, bensì nella loro

²⁹ Nel presente lavoro si è scelto di riferirsi a un eminente storico, Bernard Bruneteau, e alla sua opera *Il secolo dei genocidi*, (Edizioni il Mulino, Bologna, 2005), circa il problema della definizione del "genocidio" e la sua astratta pertinenza a una molteplicità di discipline. La soluzione dell'autore è quella di far confluire le definizioni etimologiche e giuridiche in una definizione "storica", sulla quale tuttavia non si rileva un consenso definitivo.

³⁰ Secondo L. Risicato, *Gli elementi normativi*, cit; pag. 83, le clausole generali normative "rischiano di promuovere un'autentica attività creativa dell'interprete".

³¹ ECHR Second Section, *Perinçek vs. Switzerland*, par. 116 "Relevant Domestic and International Law and Practice" (par. 14-24).

³² Convenzione ONU sulla Prevenzione e Repressione del Crimine di Genocidio (1948).

³³ ECHR Grand Chamber, *Perinçek vs. Switzerland*, par. 13-16.

“caratterizzazione giuridica”; la Corte sembra accogliere³⁴ tale impostazione “normativizzata” dell’elemento di fattispecie, alla luce della quale il “genocidio”, il cui disconoscimento assume i tratti di una condotta criminosa, andrebbe individuato sulla base di parametri giuridici. Così ricollocato, il fatto storico assumerebbe i tratti di un elemento normativo, e cioè di un segmento della fattispecie la cui definizione è rimandata ad altra norma rispetto a quella incriminatrice.

Riportato il “genocidio” in un più ragionevole alveo di matrice giuridica, rimane il nodo della ricognizione del suo specifico essersi verificato. In altre parole: avendo chiarito quale tipologia di fatto è criminale disconoscere, resta da accertare la corrispondenza tra i fatti disconosciuti e la fattispecie astratta di “genocidio”. Questa ricognizione non è più, si badi, di carattere descrittivo-naturalistico ma, coerentemente, processuale-sussuntivo, in linea con i tradizionali modi di dispiegamento degli elementi normativi della fattispecie penale. Trattandosi, nel caso in oggetto, di un presunto³⁵ crimine internazionale e non interno, tale verifica deve “agganciarsi” a un esistente decreto formale di riconoscimento: la Corte arguisce che “..solo venti Stati, su oltre 190 nel mondo, hanno ad oggi riconosciuto il genocidio armeno³⁶”, aprendo con questo inciso alla possibilità di un’adozione del riconoscimento della comunità internazionale quale requisito del genocidio disconosciuto perché lo stesso assurga a elemento normativo di fattispecie, correttamente sussunto. Seppure certamente meno aleatorio del “consenso della comunità degli storici”, tale impostazione soffre di alcuni inevitabili limiti, quali: la natura essenzialmente politica dell’atto di riconoscimento (come tale, priva di quella “neutralità” che ne garantirebbe la correttezza sussuntiva); i casi di “riconoscimenti incompleti³⁷”; infine, la indeterminabilità o arbitrarietà di un quorum di riconoscimenti.

L’incertezza derivante da un approccio qualificativo non pienamente definito, ancorché normativo, potrebbe superarsi dal considerare quale parametro di esistenza del genocidio disconosciuto la presenza di una sentenza di condanna da parte di un Tribunale Internazionale. La Corte, tuttavia, non prende in considerazione questa possibilità e non dirime definitivamente la questione, che

³⁴ ECHR Second Section, *Perinçek vs. Switzerland*, par. 116: “The Court also agrees with the applicant that ‘genocide’ is a clearly defined legal concept.”

³⁵ La scelta di termini (“presunto” crimine internazionale) non può e non deve tradire un’intenzione giustificatoria o minimizzatrice gli eventi in questione, ma semplicemente sottolineare la mera insussistenza di una sentenza formale di condanna da parte di un Tribunale Internazionale.

³⁶ ECHR Second Section, *Perinçek vs. Switzerland*, par. 115.

³⁷ Si veda il caso della stessa Svizzera, in cui uno solo dei rami del parlamento (il Consiglio Nazionale) ha riconosciuto il genocidio armeno.

rimane, a prescindere da tutto, uno dei nodi fondamentali della materia qui considerata³⁸.

4. Negazionismo e libertà di parola: tutela delle minoranze o ortodossia delle narrazioni storiche?

La libertà di espressione tutelata dalla CEDU si estende nello spazio normativo dell'art.10, sospeso tra i limiti del comma 1 e i contro-limiti del comma 2. È importante precisare che la Convenzione non stabilisce quali siano, da un punto di vista contenutistico, i contro-limiti alla libertà di espressione, ma individua i parametri entro i quali eventuali contro-limiti di diritto interno agli stati contraenti siano legittimi.

Alla base dell'accoglimento del ricorso, la Corte qualifica l'interferenza esercitata nella libertà di espressione del ricorrente come non giustificata da quelle esigenze di protezione che, a mente del Trattato, autorizzano il legislatore nazionale a sottoporre l'esercizio di detta libertà a "formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge.. [e] .. necessarie in una società democratica."

La disposizione di cui al comma 2 richiama il tema della riserva di legge, nella precipua ottica della tassatività. La Corte chiarisce sin da subito³⁹ che le restrizioni autorizzate in linea di principio dalla CEDU sono, in questo caso, non solo promulgate mediante lo strumento formale prescritto, ma anche cariche di quei caratteri di prevedibilità e precisione che costituiscono invero del principio nel suo significato più autentico.

Riferendosi ampiamente alla propria precedente giurisprudenza⁴⁰, la Corte precisa che sotto la garanzia dell'articolo 10 ricadono anche "idee che scioccano, offendono o disturbano": la protezione della sancita libertà di espressione abbraccia anche (ma forse potrebbe più correttamente dirsi 'soprattutto') idee, opinioni e informazioni non suscettibili di incontrare il favore della generalità, finanche inasprando il dibattito pubblico su tematiche controverse⁴¹. La demarcazione del

³⁸ G. Della Morte, *Cinque argomenti contro il reato di negazionismo*, I Quaderni di SiDiBlog, Vol.1-2014, pag. 262: "Anche ammesso che esista una definizione pacifica per ciascuno dei crimini contemplati nei progetti summenzionati [NdA: conio di reati di negazionismo], quale giudice sarà dotato di tale delicato compito? Quello internazionale, sempre che ne esista uno competente per il caso di specie? O quello interno, lontano migliaia, e talvolta anche decenni, dalle scene invocate in giudizio?"

³⁹ ECHR Second Section, *Perinçek vs. Switzerland*, par. 69

⁴⁰ *Stoll vs. Switzerland* (no. 69698/01); *Mouvement raëlien suisse vs. Switzerland* (no. 16354/06); *Animal Defenders International vs. United Kingdom* (no. 48876/08).

⁴¹ È questo l'oggetto di una preziosa riflessione di C. Fiore, *I reati di opinione*, Collana di studi penalistici, Edizioni CEDAM, Padova, 1972, pag. 164: "Quanto più (...) le democrazie si consolidano in senso autoritario, 'barricandosi' contro supposti nemici interni ed esterni, tanto più cresce l'assuefazione a 'bandire' gli oppositori politici e a cancellare ogni forma di confronto politico radicale. I più acuti conflitti sociali – repressi penalmente nella loro tendenza a tradursi in conflitti politici – finirebbero allora per sviluppare conseguenze ben più dannose di quelle che il diritto penale 'politico' dovrebbe scongiurare".

limite di tale libertà avviene, a ben vedere, sul suo versante negativo, e cioè dalla prospettiva dell'autorità nazionale che ha ritenuto di censurare un pensiero indebitamente manifestato⁴²; coerentemente rispetto alla propria funzione, in altre parole, la Corte non giudica ciò che si è detto o scritto, ma piuttosto giudica le ragioni per cui ciò che si è detto o scritto è stato sanzionato.

Alla luce del dettame CEDU e della giurisprudenza della Corte, la ragionevolezza della repressione imposta sussiste in presenza di alcuni requisiti: *in primis*, il rispetto del principio di legalità, su cui ci siamo già soffermati: esso prescrive l'utilizzo di un idoneo strumento formale, con modalità che consentano al destinatario di sapere in anticipo se la propria condotta costituisce reato; *in secundis*, una espressa 'necessità di protezione di un gruppo di individui': in più di un'occasione⁴³ la Corte non ha ratificato la repressione decisa dal giudice nazionale sulla base del fatto che le espressioni incriminate non costituivano un'istigazione all'odio o all'intolleranza avverso un gruppo di persone; nel caso in questione la Corte conferma quest'orientamento, inquadrando le affermazioni del ricorrente in una più ampia arringa politica i cui contenuti sono valutati legittimi; infine, l'esistenza di una 'pressante esigenza sociale' la cui sussistenza giustifichi la scelta dell'autorità nazionale, ed è quest'ultimo un punto su cui, nuovamente, il ragionamento della Corte sembra rivolto più al legislatore che al giudice. Come già ricordato in precedenza, nel giudicare su un ricorso la Corte non distingue, per sua stessa precisazione, tra violazioni derivanti direttamente da una norma o da una sua interpretazione: essa "...non ha il compito di sostituirsi ai giudici nazionali nella valutazione e nella qualificazione giuridica dei fatti, [...] - sono in primo luogo le autorità nazionali, in particolare le corti e i tribunali, a dover interpretare la legislazione interna. Il suo ruolo si limita dunque a verificare la compatibilità con la Convenzione degli effetti di tale interpretazione⁴⁴". Questo inciso ("gli effetti di tale interpretazione") sembrerebbe lasciare aperta la possibilità di cassare qualunque interpretazione (anche la più letterale) di una certa norma, con ciò individuando le valide ragioni di una doglianza non già a valle, in un'interpretazione giudiziale, ma a monte, in una disposizione. È interessante notare che nell'argomentare sulla sussistenza della "esigenza sociale" la Corte si riferisca⁴⁵ a uno studio comparativo che rivelava di come solo 2 paesi europei sui

⁴² ECHR Second Section, *Perinçek vs. Switzerland*, par. 98: "...what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was 'proportionate to the legitimate aim pursued' and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are 'relevant and sufficient'".

⁴³ ECHR Eleventh Section, *Gündüz v. Turkey* (no 35071/97); ECHR Fourth Section, *Erdoğdu and İnce v. Turkey* (25067/94); *Erbakan v. Turkey*, First Section (no. 59405/00).

⁴⁴ *Contrada vs. Italy*: par. 61

⁴⁵ ECHR Second Section, *Perinçek vs. Switzerland*, par. 120 "...the study dated 19 December 2006 by the Swiss Institute of Comparative Law, which was produced to the Court by the respondent Government (see paragraph 30 above), shows that at that time, only two of the sixteen countries analysed – namely Luxembourg and Spain – had introduced a criminal offence of genocide denial, generically and without restricting themselves to the crimes perpetrated by the Nazi regime."

16 esaminati avessero emanato una fattispecie penale di negazionismo, con ciò concludendo per l'insussistenza di detta esigenza. Se, come sostenuto dalla dottrina⁴⁶, la Corte incarna una funzione nomofilattica tesa a garantire l'uniforme applicazione del diritto, usando l'inesistenza della fattispecie penale in questione nel panorama europeo come leva motivazionale in ordine all'insussistenza di uno dei requisiti ex art. 10 comma 2, la Corte sta, almeno indirettamente, censurando non tanto l'interpretazione di un giudice, ma la scelta di un legislatore.

5. Conclusioni: la tenuta dei principi generali e le recenti scelte del legislatore italiano.

La sentenza in oggetto, per la natura della sottostante controversia, chiama in causa principi generali di diritto penale che è impossibile ignorare.

In primo luogo un principio angolare come quello di *extrema ratio*, laddove si è ritenuto di tutelare un interesse "morale", come la dignità di fatti storici di inaudita gravità, con lo strumento di repressione penale. Investigando le ragioni del legislatore nel conio della previsione in oggetto, e quelle del giudice nella sua applicazione, si può scorgere il *fumus* di un provvedimento illiberale in senso politico, che vuole disconoscere la legittimità di una presa di posizione controversa - e per certi versi anche "scandalosa" - che un certo status quo considera eterodossa. Per come sono state formulate le osservazioni del Dott. Perinçek, la sua condanna appare decisamente come una repressione di dissenso piuttosto che come la tutela di una minoranza, e questo, come arguisce autorevole dottrina⁴⁷, è un approccio destinato a disgregare importanti garanzie democratiche.

In secundis, il principio di materialità del reato, messo in discussione con il conio di una norma penale strutturata, sembrerebbe, sulla falsariga di un vero e proprio reato di opinione.

Infine, le crepe nell'applicazione del principio di determinatezza/tassatività della fattispecie sono, a giudicare dall'analisi condotta, quantomeno evidenti.

La decisione della Corte, che meritoriamente opta per una valutazione *in favor rei*, corregge queste violazioni di principio, che sussistono in una prospettiva assiologica a prescindere dalla correttezza formale della sentenza svizzera. Se il dispositivo soddisfa, tuttavia, le motivazioni non fanno altrettanto.

L'impianto motivazionale riposa, infatti, integralmente sull'art. 10 comma 1, rifiutandosi la Corte di prendere una posizione netta sull'apparente violazione

⁴⁶ In tal senso il contributo di A. Massaro, in occasione del seminario "*Gli effetti del diritto europeo in materia penale*", 19 aprile 2016, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi "Roma Tre".

⁴⁷ C. Fiore, *I reati di opinione*, cit., pag. 171: "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: neppure il timore che la lotta politica possa, in un ipotetico futuro, oltrepassare i confini della legalità istituzionale potrebbe, quindi, legittimare la lesione attuale e permanente di un diritto di libertà".

dell'art. 7. La ragione di una simile scelta è da ricercarsi, a opinione di chi scrive, nella comprensione della Corte circa i propri limiti istitutivi. Esaminando la giurisprudenza relativa all'art. 7 CEDU, appare evidente che le doglianze relative a violazioni del detto articolo, ritenute ammissibili, non riguardano mai solo la formulazione legislativa ma, più in generale l'applicazione giudiziale⁴⁸. Di tutte le sentenze esaminate⁴⁹, nessuna menziona espressamente un mero difetto di tecnica legislativa, riferendosi tutte a una interpretazione giudiziale difforme dallo spirito della Convenzione e, più in generale, ad una incompatibile "risultante". È probabile che tale scelta non sia casuale, e che la Corte comprenda di come censurare *apertis verbis* una norma (tanto più penale) di uno Stato firmatario avrebbe delle ripercussioni, nello spazio giuridico europeo, difficilmente gestibili. In questo specifico caso, la comprensibile esigenza di prudenza collide tuttavia con l'evidente vaghezza della norma incriminatrice, che solo un'accezione poco esigente dell'articolo 7 CEDU può riconoscere conforme.

La vaghezza di questa norma sembrerebbe indicativa di un preciso clima politico, che alimentato dall'accresciuta raggiungibilità dell'opinione pubblica da parte di numerose istanze di vario ordine, produce spesso soluzioni giuridicamente poco sostenibili. Si parla, naturalmente, del c.d. "diritto penale simbolico"⁵⁰, per il quale il semplice utilizzo dello strumento di repressione penale, a prescindere dalla sua effettiva operatività (e proporzionalità), è una garanzia agli occhi dell'opinione pubblica.

Il conio di questa norma, e la sua obbediente applicazione giudiziale, sono certo sintomatici di quella linea generale di tendenza, come sottolineato di recente⁵¹, di criminalizzazione di un crescente numero di condotte che sta rischiando di compromettere importanti principi di garanzia in materia penale.

L'Italia ha di recente assecondato tale tendenza, con una scelta meno radicale di quella svizzera, ma che rischia di concretare lo stesso pregiudizio antigarantista. La legge 16 giugno 2016, n. 115, andando a integrare la fattispecie di delitto di

⁴⁸ In tal senso, anche con riguardo alle implicazioni dell'art. 7 in tema di irretroattività, si veda Vittorio Manes, Vladimiro Zagrebelsky, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, in Quaderni di Diritto Penale Comparato, Internazionale ed Europeo, Giuffrè, 2011, pag. 106: "Non quindi la genericità della norma incriminatrice e la sua suscettibilità di dar luogo a molteplici interpretazioni, ma il mutamento dell'interpretazione giudiziale (..) è stato l'argomento che ha indotto la Corte a trovare nel caso una violazione dell'articolo 7 della Convenzione."

⁴⁹ Il presente lavoro ha analizzato le sentenze CEDU disponibili sul sito del Ministero della Giustizia, rispondenti ai parametri di ricerca dell'art. 7.

⁵⁰ G. Della Morte, *Cinque argomenti (cit.)*, pag. 263: "La contestazione maggiore è quella per cui simili reati rappresentano espressioni di «diritto penale simbolico», il quale «fa male, prima di tutto, proprio ai simboli che usa»".

⁵¹ In tal senso, il contributo di M. Trapani al seminario "*Le tendenze attuali del diritto penale*", 9 febbraio 2016, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi "Roma Tre".

propaganda razzista⁵² coniata nel 1975, in attuazione della Convenzione ONU già citata, ha introdotto, a titolo di circostanza aggravante, l'ipotesi di una condotta negazionista, vincolata ad una forma da cui derivi un concreto pericolo di diffusione. Sebbene l'innesto di questa ipotesi sulla fattispecie di istigazione o incitamento dovrebbe escluderne la natura meramente censoria di una "narrazione storica eterodossa", permangono importanti profili di criticità, anche in ambito applicativo. La formulazione optata "premia" specificamente la Shoah menzionandola *apertis verbis* (in endiadi con ««crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra» così come definiti dagli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte Penale Internazionale), e ponendola, come osservato⁵³ in dottrina, in una posizione quasi paradigmatica; se, da un lato, ciò fornisce a quell'evento un riconoscimento speciale alla luce dell'indiscutibile impatto culturale che ha avuto nei decenni successivi alla sua consumazione, rischia dall'altro di tradire una poco comprensibile noncuranza nei confronti di altre tragedie, la protezione della cui memoria dovrà passare per un rimando normativo⁵⁴ non privo di insidie. A prescindere da quali ragioni abbiano animato il legislatore italiano a questa differenziazione, non può non osservarsi come le ripercussioni nell'economia applicativa delle fattispecie di reato interessate rischino di andare a compromettere quello stesso principio di non discriminazione che proprio quelle disposizioni vorrebbero tutelare. Se è (giustamente) criminale "incitare all'odio" sulla base della razza o dell'etnia, il legislatore sta, seppure indirettamente, stabilendo che tale comportamento è aggravato automaticamente in caso di discriminazione di uno specifico gruppo di persone (il popolo ebraico), mentre sarà aggravato solo ipoteticamente (previo cioè corretto svolgimento del meccanismo sussuntivo insito nel rimando) in tutti gli altri casi.

⁵² In attuazione della Decisione Quadro 2008/913/GAI, il legislatore italiano ha introdotto l'art. 3bis alla l. 13 ottobre 1975, n. 654, come modificato dapprima dal d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con modif. dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 ("decreto Mancino") e, più di recente, dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85 (legge sui reati di opinione), che recita: "Si applica la pena della reclusione da due a sei anni 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»

⁵³ G. Della Morte, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*; www.sidiblog.org, 22 giugno 2016.

⁵⁴ Si veda, *inter alia*, la problematica sollevata dal prof. Della Morte circa la ricognizione del *dies a quo* per il verificarsi degli eventi il cui disconoscimento integrerebbe l'aggravante introdotta. Dall'analisi della struttura dei rimandi di cui al combinato disposto della legge introduttiva dell'aggravante in questione, della decisione quadro, del trattato istitutivo della CPI e relativa legge italiana di ratifica, sembrerebbe doversi concludere per l'inapplicabilità dell'aggravante al disconoscimento di tutti gli eventi (esclusa la Shoah) anteriori al 1° luglio 2002.

Ci sono, ovviamente, delle ragioni contingenti che compensano l'apparente irragionevolezza di tale scelta: *in primis*, il già citato impatto culturale della Shoah, che ne ha fatto della stessa un nefasto modello, potremmo dire, "cognitivo", di tutti quegli eventi storici la cui memoria è qui oggetto di tutela; *in secundis*, una ragione di ordine statistico, per la quale a mente del legislatore italiano la formulazione proposta consente di accelerare l'operazione sussuntiva nell'ipotesi processuale numericamente più rilevante; c'è infine il "classico" riconoscimento (formale) della prerogativa costituzionale del legislatore di selezionare, in relativa autonomia, le politiche criminali a suo avviso più conformi alle esigenze di ordine pubblico.

Tuttavia, tanto le ragioni per sostenere quanto quelle per criticare questa scelta non permettono di sciogliere l'interrogativo di fondo, e cioè se la memoria storica costituisca in effetti un bene da tutelare con lo strumento di repressione penale, il cui utilizzo per sua natura "deflagra" oltre i confini della difesa di un bene giuridico per metterne, inesorabilmente, in discussione altri.

Certamente quella italiana è una soluzione che "media" tra le controindicazioni che sorgono nel coniare un reato di opinione, mitigandone i consueti effetti negativi: non un titolo autonomo di reato, ma una circostanza aggravante; un'individuazione del fatto storico operata, almeno in parte, esplicitamente; l'aggancio al diritto penale internazionale che tempera, pur non eliminando, il rischio di un'applicazione giudiziale del tutto arbitraria. In un terreno nel quale norme siffatte sembrano oscillare tra una deriva illiberale e una politica criminale "simbolica", la scelta del legislatore italiano appare, per il momento, tendere verso questo secondo, meno nocivo, centro di gravità.

Il disegno di legge sulla propaganda "fascista e nazifascista", attualmente all'attenzione del parlamento, potrebbe tuttavia segnare una svolta in questa transizione: se venisse confermata l'attuale formulazione⁵⁵, che punisce espressamente la condotta di "propaganda dei contenuti (..) o di richiamo all'ideologia", una lettura minimamente applicativa di questa disposizione implicherebbe, *ipso facto*, una riconsiderazione delle garanzie di cui all'art. 21 della Costituzione, atteso che la condotta di "propaganda", comunque la si voglia intendere e qualunque ne siano le concrete modalità di dispiegamento, presuppone una "manifestazione di pensiero" attualmente guarenteggiata dal succitato articolo.

⁵⁵ La proposta di legge "Fiano" prevede l'introduzione dell'art. 293bis al codice penale, recante la seguente disposizione: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque propaganda i contenuti propri del partito fascista o del partito nazionalsocialista tedesco, ovvero dei relativi metodi sovversivi del sistema democratico, anche attraverso la produzione, distribuzione, diffusione o vendita di beni raffiguranti persone, immagini o simboli a essi chiaramente riferiti, ovvero ne fa comunque propaganda richiamandone pubblicamente la simbologia o la gestualità, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. La pena è aumentata di un terzo se il fatto è commesso attraverso strumenti telematici o informatici"