

NEGAZIONISMO E PROTEZIONE DELLA MEMORIA (*)

L'eredità dell'Olocausto e la sua sfida per l'etica pubblica e il diritto penale

di Massimo Donini

SOMMARIO: 1. Figli dell'Olocausto. La Shoah come *big bang* culturale. – 2. Responsabilità individuale e colpa collettiva. Verso un "triplice garantismo". – 3. Le categorie del danno e del pericolo. Quali limiti alla criminalizzazione? – 4. Ragion d'essere del reato e condizioni della pena. Decisioni giudiziarie europee. – 5. Il nucleo originario e derivato del reato "europeo". – 6. La soluzione italiana (art. 604-bis c.p.), una legislazione simbolica che diverge dal significato del reato UE. – 7. Il paradosso dell'imputazione colposa dell'aggravante di negazionismo. – 8. Reati giustificabili e crimini ingiustificabili.

1. Figli dell'Olocausto. La Shoah come *big bang* culturale.

Dopo l'Olocausto, niente è stato più come prima: né l'etica, né la metafisica, né il diritto, né l'educazione, né la filosofia della storia. La possibilità della razionalizzazione della realtà, di una *adaequatio mentis ad rem* era distrutta: la realtà non poteva essere razionale e di conseguenza razionalizzata¹.

L'Olocausto non fu un genocidio "normale", un "genocidio-mezzo", ma un "genocidio-fine": il suo scopo non era la distruzione di un nemico, la conquista di un paese, il prevalere di una cultura, una religione, una razza, ma la soluzione finale per l'annullamento di una razza attraverso il mondo intero.

Il genocidio era esso stesso lo scopo.

Quindi, Auschwitz fu un "big bang": il diritto, in generale e in relazione ai crimini contro l'umanità, rivendicò la necessità di una nuova fonte di legittimazione, di nuove basi. Non solo perché un nuovo diritto naturale "rinascere" – questo era in parte vero² – ma anche perché si percepiva la necessità di un nuovo imperativo categorico: "Un nuovo imperativo categorico è stato imposto da Hitler all'umanità non libera:

(*) Studio destinato alla *Festschrift für Gerhard Werle*. Il saggio sviluppa una precedente relazione inedita svolta alla Conferenza Internazionale di Tbilisi organizzata dall'Università Statale di Sokhumi nei giorni 29 novembre-1 dicembre 2018 sul tema "*Topical Issues of Crime of Genocide and Human Rights Protection*".

¹ Il presente e il successivo paragrafo si richiamano come necessaria premessa a quanto già scritto in M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, Modena, 2019, 41 ss. (§ 10).

² In senso stretto. Un'utile ricostruzione in F. VIOLA, *Le teorie del diritto naturale nel Novecento*, in E. PATTARO, C. ROVERSI (a cura di), *Trattato di filosofia giuridica e giurisprudenza generale*. Vol. 12: *La filosofia del diritto nel Novecento: Il mondo del diritto civile*, Dordrecht, 2016, 45 ss. (versione on-line). Sul dibattito "giuridico" tedesco si veda L. FOLJANTY, *Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit*, Tübingen, 2013.

organizzare i loro pensieri e le loro azioni in modo che Auschwitz non si ripeta, in modo che non accada più nulla di simile...³.

Questo imperativo non è la nascita del pensiero isolato di un filosofo. Anche il concetto di un Dio al tempo stesso interventista, onnipotente e buono ha subito una nuova crisi radicale dopo Auschwitz⁴: l'Olocausto "riscrive la Bibbia" e questo ha influenzato anche il diritto penale, abbandonato ad una "morte di Dio" che solo Nietzsche aveva realmente previsto con una lucida decostruzione del concetto di responsabilità penale⁵. Ma in realtà non c'era bisogno di leggere il breve saggio di Hans Jonas (sempre un intellettuale ebreo) per imporre al mondo una consapevolezza così sconvolgente.

Nella prospettiva del diritto penale, il ruolo tradizionale di tale branca del diritto – proteggere e promuovere l'etica pubblica – sembra essere troppo riduttivo, perché qui è in gioco la protezione stessa dell'umanità. Se l'atto finale della seconda guerra mondiale, il bombardamento di Hiroshima e Nagasaki, ha mostrato al mondo l'esistenza virtuale della possibilità di distruggere l'umanità, l'Olocausto ha dimostrato l'effettiva concretezza di tale possibilità: un'umanità che si auto-sopprime.

La Carta del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga (IMT), per la prima volta, dichiarò che gli individui erano effettivamente responsabili penalmente secondo il diritto internazionale: "I crimini contro il diritto internazionale sono commessi da uomini, non da entità astratte, e solo punendo gli individui che commettono tali crimini si possono far rispettare le disposizioni del diritto penale internazionale"⁶.

Era la nascita del diritto penale internazionale e della "responsabilità da comando", un limite deontologico alla responsabilità "personale" e una nuova forma di responsabilità colposa.

Inoltre, nuove declinazioni del diritto naturale furono politicamente riassunte nella "formula di Radbruch"⁷, che invertiva sostanzialmente la relazione tra la certezza del diritto – un valore intrinseco ad ogni disposizione, secondo Radbruch – e la giustizia: se un giudice incontra un conflitto tra una legge scritta e ciò che egli percepisce come giusto, e il concetto giuridico dietro lo statuto in questione sembra o "insopportabilmente ingiusto" o in "deliberato disprezzo" dell'uguaglianza umana davanti alla legge, egli deve decidere contro l'applicazione della legge. Questo ha significato una rivoluzione nella cultura giuridica, poiché ha smantellato l'idea positivista che la giustizia è (solo) una questione di filosofia, o politica, che non riguarda i giuristi.

³ T.W. ADORNO, *Negative Dialectic*, New York, 1983, 365.

⁴ H. JONAS, *Der Gottesbegriff nach Auschwitz. Eine jüdische Stimme* (1987), trad. it. *Il concetto di Dio dopo Auschwitz. Una voce ebraica*, Genova, 1990, 33-36; S. QUINZIO, *La sconfitta di Dio*, Milano, 1992, 75 ss. e passim.

⁵ Cfr. M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2020 in corso di pubblicazione.

⁶ Sentenza IMT del 1° ottobre 1946. Vedi G. WERLE, *Principles of international criminal law*, The Hague, 2005, 6-7.

⁷ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, trad. in A. G. CONTE, P. DI LUCIA, L. FERRAJOLI, M. JORI, (eds.), *Filosofia del diritto*, Milano, 2002, 149 ss. Vedi anche G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001.

D'altra parte, la bioetica e il biodiritto sono nati come diretto contro-effetto del positivismo acritico e senza limiti, che ha portato alla biopolitica genocida del regime nazista⁸. Ciò costituisce un nuovo ponte tra la realtà naturale e il mondo dei valori e della cultura giuridica: la grande divisione – la *is-ought question* – non è superata “in generale” (questo era il diritto naturale tradizionale), ma su questioni importanti e specifiche di estremo valore umano come la bioetica.

2. Responsabilità individuale e colpa collettiva. Verso un “triplice garantismo”.

La questione della responsabilità penale dello Stato viene ora declinata attraverso la scoperta di una terza parte centrale del processo (così come degli studi di diritto penale): la vittima, i cui diritti saranno ora bilanciati con quelli dell'imputato.

Le vittime di genocidio sono infatti sempre vittime dei militari e quindi delle forze armate, e molte di esse sorgono nel XX secolo: diventano un'emergenza mondiale, e addirittura finiscono oggi per essere protagoniste di ogni crimine comune, portando a un “triplice garantismo” (un bilanciamento tra le garanzie per l'imputato, e i diritti della vittima e di tutti i cittadini)⁹ valido in generale e alle ideologie della vulnerabilità, che includono l'uso del diritto penale per mezzi protettivi e anche simbolici.

Tutto questo conferma quindi che l'Olocausto ha rappresentato un vero *big bang* culturale, ben oltre la pura materia penale, anche se alcuni apporti dell'illuminismo penale non sono stati più adeguatamente recuperati in una età per vari aspetti post-illuministica.

Questo lascito della Shoah è un'eredità culturale le cui conseguenze sono in corso e che dobbiamo ancora elaborare: essa costituisce un obiettivo pedagogico dell'umanità.

Dopo l'Olocausto c'è stata una ferma risposta culturale ma anche giudiziale ai crimini di guerra internazionali e ai crimini contro l'umanità; è stata però un'affermazione della responsabilità personale degli individui, mentre l'enormità di tale evento e l'immensità delle vittime chiedono anche una risposta diversa: se non una responsabilità collettiva, almeno una “responsabilizzazione” collettiva, che va ben oltre la “colpa tedesca”¹⁰.

Forse si era preparati ai bombardamenti in Giappone, ma eravamo tutti in qualche misura almeno politicamente o moralmente corresponsabili della persecuzione bimillenaria degli ebrei che ha preparato l'Olocausto; è quasi una “colpa della specie”¹¹.

⁸ Sulla natura biologica del programma nazista si veda R. ESPOSITO, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004, 115 ss.

⁹ M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2015, 133 ss.

¹⁰ Cfr. K. JASPERS, *The Question of German Guilt* (1946), trad. it. *La questione della colpa. Sulla responsabilità politica della Germania*, Milano, 1996; H. ARENDT, *Collective Responsibility* (1987), in *Responsibility and Judgment* (2003), trad. it. *Responsabilità collettiva*, in EAD., *Responsabilità e giudizio*, Torino, 2004, 127 ss.; G. ANDERS, *Nach Holocaust*, 1979, trad. it. *Dopo Holocaust*, 1979, Torino, 2014.

¹¹ La portata universale di questa colpa collettiva si può vedere bene rappresentata nell'opera di L. POLIAKOV, *Histoire de l'antisémitisme* (trad. it. 4 voll., Firenze, 1974 e ss.).

Di fronte ai limiti sociali e metafisici della “responsabilità individuale”, Karl Jaspers (*La questione della colpa tedesca*, 1946) ha teorizzato quattro tipi di colpa: penale, politica, morale e metafisica.

La colpa metafisica deriva dall’infrazione del principio di solidarietà tra gli uomini e si materializza ogni volta che abbiamo notizia di una violenza inflitta a un nostro simile e non facciamo nulla per impedirla. Quest’ultimo tipo di colpa è il più difficile da sradicare, perché quando accade un orrore come quello del regime nazista, si arriva al punto di sentirsi in colpa per essere vivi. “Che siamo ancora vivi, questo è colpa nostra” scriveva Jaspers¹².

Nella stessa prospettiva, Hannah Arendt sosteneva che accanto a nessuna scusa per gli individui, c’è la necessità di sviluppare un concetto non giuridico, ma politico di responsabilità collettiva¹³.

Il significato penale della “Auschwitzlüge” inizia qui, come una nuova forma del vecchio crimine di blasfemia: contro l’Umanità, però, non contro la Divinità.

3. Le categorie del danno e del pericolo. Quali limiti alla criminalizzazione?

Auschwitz fu un evento scioccante, Norimberga ne fece una “narrazione dell’irripetibile”, anche se non fu processualmente incentrata su questo specifico evento. Ma Auschwitz costituì anche l’occasione per una nuova fondazione del diritto penale e l’introduzione di limiti normativi ad esso. L’imputazione della negazione della Shoah è un’eccezione o una regola? Forse una regola dell’eccezione? La tutela penale della memoria nasce da lì ed è l’altra faccia di una colpa collettiva, non solo tedesca – come pensava Jaspers – ma dell’Occidente e dell’Oriente antiebraico, poiché l’Olocausto fu solo l’atto finale, “logico”, di duemila anni di persecuzione.

Forse non abbiamo capito il vero significato dell’Olocausto, perché le sue conseguenze sono ancora in corso, e il processo di apprendimento ha bisogno di una formazione permanente. Il rischio di sottovalutare la questione è troppo alto per lasciare la sua gestione a un’istanza meramente civilistica o etica, se sussiste una certa pericolosità della narrazione negazionista.

Tuttavia, la punizione penale della negazione dell’Olocausto solleva la questione se il diritto penale possa effettivamente essere efficace per un sostegno culturale alla dignità umana, come un obiettivo del reato, più che il suo “bene giuridico protetto”. E se è efficace, a quali condizioni può essere giustificato? Queste domande sono attualmente ancora senza risposta, ma lo stesso vale per molti altri casi.

Si puniscono solo i danni relativi a condotte che aveva senso *ex ante* prevenire. Ma la cultura del genocidio e dei crimini contro l’umanità deve essere contrastata già *ex ante*. Se il penale previene una appropriazione indebita individuale, perché non dovrebbe poter prevenire quella cultura del genocidio se non è l’esercizio di un diritto?

¹² K. JASPERS, *The Question of German Guilt* (1946), trad. it. cit.

¹³ H. ARENDT, *Responsabilità collettiva*, cit.; e anche G. ANDERS, *Nach Holocaust*, cit.

La scelta di contrastare anche penalmente tali condotte di apologia e istigazione è del tutto ammissibile.

Questa idea del principio del danno nel diritto penale obbliga a un'alternativa radicale: il negazionismo o la minimizzazione dell'Olocausto (o di altri crimini contro l'umanità) è o un incitamento e non solo un crimine della memoria, o un'opinione legittima¹⁴. Qualsiasi presunzione di pericolo derivante dalle opinioni pubbliche è incostituzionale (in contrasto con il diritto di opinione e di espressione): il pericolo delle "opinioni storiche ingiustificate" deve essere provato. Insomma, il negazionismo puro non può esistere come reato: o c'è istigazione, incitamento, o è solo critica storica: *tertium non datur*.

La memoria storica in quanto tale può costituire un "valore" politico o un "bene", ma non può essere protetta penalmente (né sanzionata penalmente) come un interesse legittimo, neanche a livello di diritto europeo. Infatti, nemmeno i risultati di una ricerca scientifica possono ricevere la protezione penale di uno Stato sul loro contenuto: la scienza presuppone la falsificabilità, la protezione penale di una dichiarazione giudiziaria presuppone il contrario; le verità di Stato appartengono ai sistemi giuridici totalitari¹⁵.

Tuttavia, dalle caratteristiche particolari dell'Olocausto deriva una sottile ma decisiva differenza tra la negazione della Shoah e la negazione di altri crimini.

La criminalizzazione di un negazionismo dannoso è punita per il suo danno o solo se è *anche* un fatto dannoso?

Il principio del danno non è infatti l'unico strumento teorico possibile per la legittimazione di un reato, e sebbene rappresenti quello più completo e attualmente accettato, è evidente e noto che nella sua funzione "negativa" è troppo restrittivo, se interpretato rigorosamente, lasciando così da parte incriminazioni la cui utilità è comunque spesso non discutibile¹⁶.

4. Ragon d'essere del reato e condizioni della pena. Decisioni giudiziarie europee.

In generale dobbiamo distinguere tra le ragioni della incriminazione del reato e le condizioni della sua punizione.

¹⁴ M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1587-1588. Conclusioni simili negli Autori richiamati da E. FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, nota 71.

¹⁵ Ciò vale al di là del "merito storico" delle sentenze dei tribunali tedeschi in relazione all'acquisizione di accertamenti oggi ritenuti inoppugnabili, ma privi del valore storiografico di verità su fenomeni "generali": G. WERLE, *Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Strafrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, 2529 ss., 2535; G. WERLE, T. WANDRES, *Auschwitz vor Gericht. Völkermord und bundesdeutsche Strafrecht*, München, 1995.

¹⁶ Per un'analisi più ampia, anche con una prospettiva comparativa sui sistemi di *common law*, cfr. M. DONINI, "Danno" e "offesa", cit., 1546 e seguenti.

La base (l'origine) della criminalizzazione non è sempre il danno: la possibilità del danno può essere solo una condizione, un limite, spesso non espresso o non sempre richiesto nelle legislazioni europee.

Il fondamento giustificativo è *in alcuni casi* un altro¹⁷. La stessa regola di condotta, del resto, è spesso un precetto non solo penale: una condotta impedibile e anche censurabile prima che raggiunga la piena tipicità penalistica di evento.

Il legislatore dell'UE, in questi reati culturali, persegue l'obiettivo di imporre il rispetto dei diritti umani, di affermare i valori fondanti in modo da costruire una barriera contro le manifestazioni di odio adesive a fatti immensi che discriminano e perciò disconoscono l'umanità in quanto tale; questa è la *ratio essendi* del diritto penale dell'UE, che in principio non obbliga a distinguere tra l'Olocausto e altri crimini contro l'umanità o di guerra.

Anche quando si tratta di crimini di apologia-negazione, l'UE non sostiene la semplice protezione dell'etica: l'art. 1 della decisione quadro del Consiglio n. 2008/913/GAI del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, per esempio, richiede almeno la pubblicità della condotta e la sua capacità di incitare alla violenza o all'odio¹⁸.

In una prospettiva comparativa, in molte legislazioni la condotta di negazionismo, minimizzazione banale, approvazione, giustificazione, spesso prevede elementi aggiuntivi, come il carattere pubblico della dichiarazione (nella maggior parte dei casi), il disturbo dell'ordine pubblico o l'istigazione alla violenza e all'odio (in meno casi)¹⁹.

¹⁷ Cfr. W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, 40 ss., 33-57, 510 ss.

¹⁸ Questo il testo dell'art. 1 della decisione quadro del 2008 cit.:

«1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i seguenti comportamenti intenzionali siano resi punibili:

a) l'istigazione *pubblica* alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in

riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica; b) la perpetrazione di uno degli atti di cui alla lettera a) mediante la diffusione e la distribuzione *pubblica* di scritti, immagini o altro materiale; c) l'*apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale*, dirette *pubblicamente* contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro; d) l'*apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945*, dirette *pubblicamente* contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro».

¹⁹ Si vedano le tavole illustrative comparative di E. FRONZA, *Memory and Punishment*, Berlin, Heidelberg, 2018, 180 ss., oltre allo studio comparato di P. BEHRENS, N. TERRY, O. JENSEN (Eds.), *Holocaust and Genocide Denial. A Contextual Perspective*, Abingdon, New York, 2017. L'opposizione della *maggior parte della letteratura italiana* alla introduzione di questa forma di discriminazione, così delimitata (per una ampia e rappresentativa rassegna fortemente critica nel suo stesso valore descrittivo G. BALBI, *Il negazionismo tra falso*

Anche le Corti nazionali e sovranazionali hanno spesso cercato di interpretare quei reati in modo da criminalizzare solo i comportamenti pericolosi (dannosi), e non le semplici idee. Nel 1994, la Corte Costituzionale tedesca ha ritenuto che la “verità storica” non esiste, che solo una “verità giudiziaria” può essere protetta, facendo così valere le dichiarazioni giudiziarie come “verità di Stato” su questioni storiche²⁰.

Tuttavia, non possiamo essere soddisfatti di questa distinzione che relativizza la storia, ma non le decisioni autorevoli su di essa (vedi sopra § 3).

Il *Tribunal constitucional* spagnolo ha distinto tra la giustificazione e la negazione non istigatoria: la negazione è lecita, la giustificazione è illecita²¹.

Nel noto *caso Garaudy*, la Corte Edu ha differenziato “fatti storici accertati” contro “fatti ancora oggetto di dibattito”²².

Ciò costituisce una consapevolezza cruciale della diversità dell’Olocausto da altri genocidi e crimini contro l’umanità, che normalmente sono ancora oggetto di dibattito.

Uno dei casi più importanti in cui questo problema è stato focalizzato riguarda il genocidio armeno.

Nel *caso Perinçek* (Genocidio armeno)²³, la decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo (15 ottobre 2015) ha stabilito che la semplice qualificazione dei “fatti” commessi (nell’anno 1915) come condotte di non genocidio potrebbe costituire un comportamento negazionista ai sensi dell’articolo 261 bis § 4 del Codice penale svizzero (§ 269). “Tuttavia, la Corte ha il potere di esaminare l’effetto che le sentenze dei tribunali svizzeri su questo punto hanno avuto sui diritti del ricorrente ai sensi della Convenzione” (§ 270).

Anche se la storia non arriva a conclusioni definitive, l’Olocausto può rappresentare un’eccezione in conseguenza di un consenso generale sulla sua “qualificazione” e certezza storica. Ma questo non è il caso del genocidio armeno. È irrilevante che il ricorrente “non abbia proceduto in modo erudito e spassionato e nello spirito di apertura mentale caratteristico di un corretto dibattito storico [...] È nella natura del discorso politico essere controverso e spesso virulento” (§ 231 della sentenza del 15 ottobre 2015).

“La questione successiva è se le dichiarazioni potrebbero comunque essere considerate come una forma di incitamento all’odio o all’intolleranza verso gli armeni a causa della posizione del ricorrente e del più ampio contesto in cui sono state compiute. Nei casi riguardanti dichiarazioni in relazione all’Olocausto che sono avvenuti davanti alla ex Commissione e alla Corte, ciò è stato invariabilmente presunto per ragioni storiche e contestuali (...). Tuttavia, la Corte non ritiene che lo stesso possa essere fatto

storico e post-verità, in *disCrimen*, 11 febbraio 2019, 1 ss.), ci pare meritevole di revisione, alla luce delle considerazioni qui svolte. Chi scrive, peraltro, mantiene le riserve già espresse in passato rispetto a forme di incriminazione che peraltro non paiono corrispondenti alla *ratio* e ai limiti della decisione quadro.

²⁰ BVerfG 13 aprile 1994 (BVerfGE 90, 241).

²¹ Tribunal Constitucional 7 novembre 2007, n. 235/2007. Per una più ampia analisi tipologica si veda E. FRONZA, *Memory and Punishment*, cit., 160 ss.

²² CEDU, IV sez., 24 giugno 2003, ricorso 65831/01, Garaudy c. Francia.

²³ CEDU, II sez., 17 dicembre 2013, e Gr. Chamber, 15 ottobre 2015, appl. 27510/2008, Perinçek c. Svizzera.

in questo caso, dove il ricorrente ha parlato in Svizzera di eventi che avevano avuto luogo sul territorio dell'Impero Ottomano circa novanta anni prima" (§ 234).

"Neanche il dato che le dichiarazioni del ricorrente riguardassero gli armeni come gruppo può di per sé servire come base per dedurre un programma razzista, poiché, alla luce della definizione del termine "genocidio" nel diritto internazionale (...), qualsiasi dichiarazione relativa alla correttezza della classificazione di un evento storico come tale è destinata a riguardare un particolare gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso..." (§ 238).

"Per la Corte, le dichiarazioni del ricorrente, lette nel loro insieme e prese nel loro contesto immediato e più ampio, non possono essere viste come un appello all'odio, alla violenza o all'intolleranza verso gli armeni. È vero che erano virulente e che la sua posizione era intransigente, ma si deve riconoscere che esse includevano apparentemente un elemento di esagerazione in quanto cercavano di attirare l'attenzione..." (§ 239).

E definitivamente: "la questione saliente qui non è la qualificazione giuridica data alle dichiarazioni del ricorrente dai tribunali svizzeri, ma se queste dichiarazioni potrebbero, se lette nel loro insieme e nel loro contesto, essere viste come un appello alla violenza, all'odio o all'intolleranza. La Corte ha già constatato che non è possibile. Essa aggiunge solo che, come spiegato dalla Corte costituzionale spagnola, la giustificazione del genocidio non consiste nell'affermare che un determinato evento non costituisce un genocidio, ma in dichiarazioni che esprimono un giudizio di valore su di esso, relativizzando la sua gravità o presentandolo come giusto (cfr. paragrafo 97 sopra). La Corte non ritiene che le dichiarazioni del ricorrente possano essere considerate come portatrici di questo significato; né potrebbero essere considerate come una giustificazione di altri crimini contro l'umanità" (§ 240).

5. Il nucleo originario e derivato del reato "europeo".

Secondo la decisione quadro n. 2008/913/GAI del 28 novembre 2008, la ragione per cui gli elementi che attestano almeno un pericolo di diffusione di un odio discriminatorio sono stati generalizzati e fissati come condizioni obbligatorie per i reati di minimizzazione dei crimini di genocidio e contro l'umanità, non dipende dalla necessità di dare a tali crimini lo "stesso" significato simbolico del genocidio "originale" di Auschwitz. Ciò che è in gioco non è la difesa di una verità storica, ma il contrasto a falsificazioni il cui scopo o la cui conseguenza siano di incoraggiare la violenza, l'odio o la discriminazione.

Tuttavia, anche se il diritto penale può continuare a configurarsi come protezione di interessi giuridici (interessi giuridici o "beni"), il suo *scopo primario* in questa materia non è solo la repressione di semplici condotte dannose, ma *l'educazione civica delle persone e la prevenzione di comportamenti intollerabili che potrebbero facilitare la violenza e la discriminazione* non necessariamente mirata ("effettuata in modo da incitare alla violenza o all'odio contro tale gruppo o un membro di tale gruppo": art. 1, c), della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio).

In alcuni casi, quindi, il danno (a un bene giuridico) non è la “ragion d’essere” effettiva del reato, ma solo una “condizione” per la punizione.

In tali ipotesi, infatti, l’essenza del reato risiede nella violazione del rispetto dei diritti umani e nel “disvalore della condotta” (Handlungsunwert) e dell’intenzione (odio discriminatorio espresso in relazione a eventi immensi e contro gruppi), non nel risultato (Erfolgswert). Il “risultato” richiesto (il pericolo di eventi violenti o di discriminazione effettiva) realizza solo una “selezione” delle circostanze in cui la commissione di tale reato può essere punita, non una giustificazione dell’illiceità della condotta: giustifica la pena concreta, non l’esistenza stessa dell’illecito sul piano dell’appello ai destinatari. Il suo significato politico risiede nel messaggio culturale general-preventivo.

Questo è il caso della (negazione o minimizzazione della) Shoah per varie incriminazioni originarie. Il modello originario²⁴. Nel corso del tempo, tutti i genocidi e i crimini contro l’umanità per motivi nazionali o religiosi sono stati equiparati per quanto riguarda la loro disciplina in caso di negazionismo: questa regolamentazione richiede generalmente elementi in grado di attestare a maggior ragione un’effettiva nocività.

Qui il senso dell’innominabile crimine si allarga a requisiti ormai comuni. La protezione della memoria rimane l’effetto e non il motivo o lo scopo della punizione: la stessa protezione “ideologica” di una decisione giudiziaria non è accettabile in una società democratica. Tuttavia, nel caso dell’Olocausto, la cultura del genocidio è in realtà “l’oggetto del crimine stesso”: un crimine commesso al solo scopo di puro genocidio. Il terreno qui è l’educazione ai valori cancellati dai fatti commessi e quindi la prevenzione della cultura del genocidio.

Per questa ragione (e per tutte quelle già spiegate nel § 1), il reato di negazione (o minimizzazione) dell’Olocausto dovrebbe essere legislativamente modellato o comunque concepito in modo tale da comunicare un divieto generale (norma-precetto, di diritto pubblico) di commetterlo, anche se vi possono essere realizzazioni che non sono effettivamente dannose (cioè che non producono alcun pericolo, alcun incitamento a commettere altri reati), come tali non punibili.

L’effettiva dannosità è invece richiesta per la punizione nel caso concreto, ma la sua neutralizzazione non rappresenta *lo scopo primario* della disposizione, che non è quello di punire fatti effettivamente dannosi, ma di impedire che si commettano fatti di negazione (o minimizzazione) dell’Olocausto, prima che si giunga al danno.

Lo stesso vale per il furto: si insegna il “non rubare”, non la sua dannosità economica, che può anche essere quasi irrilevante. Ma il divieto di rubare è culturalmente millenario, mentre quello di approvare i genocidi è un’eredità del Novecento, e per nulla intuitiva.

L’estensione di questo modello ai vari crimini contro l’umanità potrebbe ridurre il suo valore culturale assimilandolo a ogni “genocidio-mezzo”, tanto più perché è collegato a discriminazioni anche solo nazionali o religiose, ma resta il significato

²⁴ Spiega la differenza e l’evoluzione da forme “originali” e “più ampie” di negazionismo E. FRONZA, *Memory and Punishment*, cit., 12 e seguenti.

primario di proteggere il rispetto per l'umanità in quanto tale, non "divisibile" tra etnie, politiche o religioni. L'equiparazione di tutela, peraltro, esige analogie tra logiche di sterminio rispondenti ad autentiche "gross violations".

6. La soluzione italiana (art. 604-bis c.p.), una legislazione simbolica che diverge dal significato del reato UE.

Se consideriamo i risultati delle osservazioni precedenti, possiamo ora prendere atto che la soluzione che l'ordinamento italiano ha (tardivamente) dato all'introduzione su base europea dell'obbligo di incriminazione del negazionismo è esattamente inversa al senso del reato che abbiamo cercato di illustrare.

Mancavano per lo più fatti di rilevanza negazionista, un fenomeno criminale preesistente, e dunque la stessa percezione di una illiceità da costituire per legge. L'ossequio all'Europa ha quindi impiegato incriminazioni pregresse con elementi specializzanti aggiuntivi.

Dopo il d.lgs. n. 21/2018, la disposizione rilevante per i reati di negazionismo – originariamente incardinata sull'art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654 riguardante il contrasto e la repressione dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra (come modificata dalla legge 16 giugno 2016, n. 115) – è ora contenuta nell'art. 604-bis²⁵ del codice penale italiano.

Il comma 3 di tale disposizione richiede, per quanto riguarda la negazione o minimizzazione della Shoah, non solo la propaganda, l'incitamento a commettere, o la commissione di altri reati, ma anche un "pericolo di diffusione" delle idee negazioniste. Pertanto, la "pubblicità" dei fatti, sebbene richiesta dalla disciplina europea, non è presente nel testo della legge italiana.

Questo è un problema, perché *il pericolo di diffusione* può essere facilmente presunto (anche se non dovrebbe), mentre i fatti di incitamento commessi privatamente

²⁵ «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaga idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

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, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia 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».

non possono essere considerati punibili, se l'obiettivo è quello di punire i fatti e non i tipi criminologici.

Inoltre, il comma 3 dell'art. 604-*bis* costituisce una circostanza aggravante rispetto ai fatti descritti nel comma 1; e questo comma, accanto agli atti violenti, punisce anche la propaganda di idee e l'istigazione riferita ad atti di mera discriminazione, e persino la mera commissione di "atti di discriminazione" non collegati a fatti di istigazione o propaganda. Poiché la decisione quadro collegava l'istigazione all'odio o alla violenza, non alla discriminazione, la legge italiana ha così esteso la punibilità ai fatti discriminatori, indipendentemente dalla circostanza che essi producano effettivamente un pericolo (di commissione di altri reati): si continua a punire il mero atto discriminatorio in sé, magari "aggravato" da un razzismo negazionista.

Tuttavia, la disposizione non definisce la "discriminazione", che è meglio specificata da altre fonti normative di natura non penale. Per esempio, secondo l'art. 1 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (1965), "[...] per "discriminazione razziale" si intende qualsiasi distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, la discendenza o l'origine nazionale o etnica che abbia lo scopo o l'effetto di vanificare o pregiudicare il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale o in ogni altro settore della vita pubblica".

Vi è quindi la possibilità di interpretare la disposizione italiana in senso restrittivo, focalizzando l'attenzione *sul risultato* dell'atto discriminatorio, cioè richiedendo la messa in pericolo: un'interpretazione costituzionalmente coerente secondo il principio di offensività.

Tale interpretazione, importante già per il comma 1, sembra risolutiva anche per quanto riguarda la circostanza aggravante prevista dal comma 3²⁶.

Si è cercato invece di giustificare il reato sostenendo che esso offenderebbe la dignità delle vittime della Shoah²⁷. Questa ricostruzione se presenta un valore ideologico sicuro, non offre apprezzabili risvolti operativi: infatti, interpretando così l'offesa, l'istigazione riguarderebbe fatti discriminatori che verrebbero "selezionati" da eventi consistenti in una lesione della mera dignità, quindi da eventi del tutto indeterminati. Di fronte a tale incertezza è preferibile che la dignità resti fuori dall'oggetto specifico della norma penale, dal disvalore di evento: la "discriminazione" è sufficiente, se interpretata come sopra, e non ha bisogno della dignità come elemento aggiunto da provarsi in

²⁶ Cfr. su questa circostanza aggravante E. FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, cit., 155 ss., 160 ss.

²⁷ V. M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in G. FORTI, G. VARRASO, G. CAPUTO (a cura di), *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 263 ss.; D. PULITANO, [Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, n. 4, 325 ss.; L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, 2019, 263 ss., 313 ss.; v. i rilievi critici di G. BALBI, *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, cit., 29 ss., sulla dignità del popolo ebraico quale (limitato) bene protetto dal negazionismo della Shoah.

giudizio. Se non lo si prova, invece, più che offesa presunta è contenuto ideologico o scopo, bene indiretto etc.

Bisogna infatti considerare che la legge italiana configura il negazionismo (della Shoah e di altri genocidi o crimini contro l'umanità) come una forma (una specie) di incitamento o di istigazione: se non è legato a tali atti, non può essere neppure "iniziato" come reato aggravato. L'aspetto negazionista costituisce quindi qualcosa di "accessorio" all'istigazione (è infatti un'aggravante), anche se normalmente, là dove questi fatti accadono, rappresenta il nucleo del reato.

Questa disciplina sembra quindi solo aumentare la pena ai precedenti reati di discriminazione dannosa, a causa delle idee negazioniste dell'autore: se non riletta secondo un'interpretazione costituzionalmente coerente, la condotta di incitamento, istigazione o propaganda potrebbe essere interpretata come una *mera diffusione di idee*, come una *mera finalità* di discriminazione, non come un risultato concreto (messa in pericolo della diffusione dell'odio).

Richiedere un pericolo effettivo è dunque fondamentale per legittimare tale incriminazione, poiché la tutela di sentenze penali definitive sulla storia di particolari reati è complessivamente, non solo in Italia, una forma intollerabile di verità di Stato.

Tuttavia, come spiegato sopra (§ 3-5), per quanto riguarda l'Olocausto, e la successiva protezione europea contro tutte le forme di negazione dei crimini contro l'umanità o dei crimini di guerra, il paradigma del principio del danno non è ravvisabile come la base "culturale" del reato europeo.

In relazione a tale episodio storico originario la messa in pericolo effettiva non è e non deve essere la ragione del divieto (astratto), ma solo – in una fase successiva, diversa – della punizione concreta²⁸: in questo caso il paradigma non è quello classico dei reati dannosi aggravati dalle intenzioni dell'autore, ma quello delle intenzioni aggravate o qualificate dalla messa in pericolo (cioè dal reato dannoso). Ciò che serve qui è infatti un chiaro messaggio generalpreventivo della legge (contenuto nella disposizione penale), che sarebbe oscurato da una definizione orientata al principio del danno, sulla premessa: "senza danno è comunque ammessa l'apologia della Shoah"²⁹. Tali condotte devono infatti essere *impedibili* anche prima che se ne dimostri processualmente la concreta capacità di diffondere il relativo messaggio di odio. Le "norme" di condotta e – staremmo quasi per citare Karl Binding³⁰, ma anche Max Ernst

²⁸ "Effettuata *in modo da* incitare alla violenza o all'odio contro tale gruppo o un membro di tale gruppo": art. 1, c), della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio.

²⁹ L'art. 414, co. 3, c.p. reinterpreto dalla Corte costituzionale sanziona l'apologia pubblica di delitto se istigatoria-pericolosa: un modello illuminato di interpretazione conforme alla Costituzione che non ammette apologie punibili se prive di effetti. Ma ciò non significa che la condotta per essere impedita debba attendere la prova giudiziale: il concreto pericolo è requisito di rilevanza penale, non una patente di liceità pubblico-normativa – salvo altre scriminanti, come l'esercizio del diritto – dell'esaltazione pubblica dei delitti.

³⁰ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. I, *Normen und Strafgesetze*, 4. Aufl., Leipzig, 1922, Neudruck Aalen, 1991, 35 ss., 132 ss. Rinvio a M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 169 ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 141 ss. e nota 1.

Mayer³¹ – le relative condotte antidoverose, esistono *prima* del verificarsi di tutti i presupposti della tipicità penale e della sua “sanzione”.

La disposizione italiana tuttavia non prevede un messaggio così chiaro; non c’è un’evidente “Kulturnorm” in essa: sembra che il vero divieto sia solo quello della discriminazione, e non la negazione dell’Olocausto o di altri crimini contro l’umanità. Pertanto, il messaggio contro il negazionismo non viene trasmesso in modo culturalmente utile. Il *risultato* appare quindi *opposto* a quello del paradigma europeo³², dove il pericolo o il danno limitano lo scopo di un reato culturale. Il rispetto del principio del danno può infatti costituire una condizione dell’illecito penale (non per questo una condizione oggettiva di punibilità), piuttosto che il nucleo della regola di condotta.

7. Il paradosso dell’imputazione colposa dell’aggravante di negazionismo.

Il modello europeo, fissato nella decisione quadro del 2008, vedeva nella concreta potenzialità offensiva del discorso d’odio negazionista una sorta di modalità istigatoria (“in modo atto a istigare”). Invece, la recezione italiana rischia di imputare addirittura *per colpa* il discorso negazionista, avendone fatto una circostanza aggravante, che rileva anche se ignorata per colpa *ex art. 59, co. 1, c.p.*, purché il fatto sia commesso “in modo che derivi concreto pericolo di diffusione”. Per evitare questo paradosso ermeneutico occorre *reinterpretare la norma italiana in modo conforme alla decisione quadro*, esigendo che sia *necessariamente dolosa* la condotta negazionista, anche se soltanto aggravante. Una interpretazione legittima perché *in bonam partem*, limitativa della sfera punibile. In tal modo, peraltro, anche il *concreto pericolo* diventa oggetto di dolo, essendo costitutivo del fatto punibile³³. Ma non potrà essere mai colposa l’apologia.

8. Reati giustificabili e crimini ingiustificabili.

Non sorprende quindi che le questioni più discusse prima della introduzione di questa “aggravante” siano state le paure “accademiche” degli storici di essere perseguiti per le loro opinioni “scientifiche”, giustificate dall’esercizio di un diritto. La paura per la diminuzione dei propri diritti. Ovvio peraltro la presenza della scriminante del diritto esercitato per ogni critica storica effettiva.

Il fatto è che mentre la negazione può essere giustificata, è invece il genocidio, nei suoi atti intenzionali tipici su larga scala, che non può mai esserlo. Qui risiede a mio avviso la spiegazione di una specifica scelta di Gerhard Werle, il caro collega berlinese a

³¹ Le si rilegga *insieme*, quelle teorie delle norme, nella sintesi di R. MAURACH, H. ZIPF, *Strafrecht*, AT, 7 Aufl. Bd. I, Heidelberg, 1987, 9/23-31.

³² Ulteriori rilievi critici in G. BALBI, *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, cit., 32 ss.

³³ Come nel reato di incesto (art. 564 c.p.) che deve essere commesso “in modo che ne derivi pubblico scandalo”, anche se una tradizionale opinione lo intende come condizione di punibilità, che rileverebbe addirittura solo oggettivamente.

cui sono dedicate queste pagine, nella costruzione sistematica del diritto penale internazionale, che non segue la tradizione tedesca di analisi del reato.

Scopriamo la diversità di questi macrocrimini e la loro irriducibilità a certe categorie del diritto penale comune: quando è in gioco il *bíos*, gli individui sono un oggetto riflesso (piuttosto che indiretto) di protezione³⁴.

L'interesse protetto è di gran lunga superiore a qualsiasi bene collocabile "in una scala di valori": il biocrimine, infatti, mette in gioco i presupposti di ogni valore umano, dell'umanesimo in quanto tale.

L'umanesimo non è una categoria astratta, ma il *bíos* nel suo valore universale.

Si capisce così che le analisi di questi crimini non possono rimanere legate a tradizioni e categorie geograficamente circoscritte. L'universalità del genocidio, che è il più grave dei macrocrimini, impone il linguaggio universale dell'*actus reus* e della *mens rea* (*objektive und subjektive Tatseite*), non di categorie sistematiche più circoscritte nella loro estensione.

Non c'è giustificazione e quindi la *Rechtswidrigkeit*, il carattere illecito del fatto tipico, non è più necessaria come luogo sistematico dove provare qualcosa di "positivo", che è (in realtà) normalmente rappresentato solo da cause "negative" di giustificazione, le cause che lo escludono³⁵.

Non è solo un senso pragmatico di dialogo con il diritto comune o le tradizioni internazionali³⁶: la divisione dei crimini internazionali in elemento materiale ed elemento mentale³⁷ (anziché in fatto tipico, illecito e colpevole) rappresenta il fatto che se la giustificazione è sempre una mera *possibilità* nell'analisi dei crimini, qui risulta veramente impossibile³⁸.

Ciò esclude la sua riproposizione come categoria "culturalmente" esplicitiva all'interno di una "Rechtswidrigkeit" (antigiuridicità) già vuota di contenuto probatorio processuale.

Il negazionismo è ancora un reato "giustificabile", come abbiamo visto, ma il suo oggetto no.

È una differenza davvero suggestiva che ci restituisce il senso originante delle categorie basiche. Scriminanti e scusanti possono seguire l'analisi degli elementi oggettivo e soggettivo del fatto. Ma "in mezzo" a questi elementi c'è un'essenza non ammissibile di illecito.

³⁴ Nel senso che anche gli individui, e non solo le comunità, sono vittime del genocidio, G. WERLE, *Principles of international criminal law*, Rdn. 570, con riferimenti.

³⁵ Un'illustrazione più ampia del tema in M. DONINI, *Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung heute. Eine „neue“ Dogmatik für das moderne Strafrecht oder nur dessen Kritik?*, in *Fest. W. Hassemer*, Heidelberg, 2010, 698 ss., anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1646 ss.

³⁶ Così peraltro K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 4 Aufl., München, 2014, § 7/2, con altri riferimenti; H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 4 Aufl., Baden-Baden, 2010, § 15/19-20.

³⁷ G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., *passim*.

³⁸ Se non in relazione a singoli episodi all'interno di eventi multipli di genocidio o sterminio, nel quadro di fenomeni multisoggettivi e di massa di crimini contro l'umanità.