



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

TEMPO, MEMORIA E DIRITTO PENALE



MEMORY LAWS IN EUROPEAN AND COMPARATIVE PERSPECTIVE
(M.E.L.A)

Bologna - Febbraio / Dicembre 2018

ISSN 2240-7618

4/2018

EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

EDITORIAL BOARD

Italy: Gian Luigi Gatta, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli
Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", via Altaguardia 1, Milano - c.f. 97792250157
ANNO 2018 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

Memoria, verità, pena. È ancora il tempo della libertà di espressione?

*Memoria, verdad, pena.
¿Es todavía el tiempo de la libertad de expresión?*

*Memory, Truth, Punishment.
Is It Still the Time of Freedom of Expression??*

CORRADO CARUSO

*Professore associato di diritto costituzionale presso l'Alma Mater Studiorum Università di Bologna
corrado.caruso@unibo.it*

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

FREEDOM OF EXPRESSION

ABSTRACTS

Dopo aver illustrato gli statuti epistemologici che caratterizzano i concetti di memoria, verità storica e verità giuridica, l'autore si concentra sul problematico rapporto intercorrente tra le Costituzioni liberal-democratiche e le cd. leggi memoriali. Tali interventi legislativi, se assistiti da sanzione penale, pongono seri problemi di compatibilità con le direttive di criminalizzazione che contraddistinguono il diritto penale costituzionalmente orientato, e sembrano porsi in contrasto con la libertà di espressione e i principi costituzionali del discorso pubblico, volti a delineare le condizioni procedurali dell'integrazione politica.

Luego de haber ilustrado los conceptos de memoria, verdad histórica y verdad legal desde una perspectiva epistemológica, el autor se concentra en la problemática relación entre las constituciones liberales democráticas y las así llamadas leyes de memoria. Cuando tales intervenciones legislativas introducen sanciones penales, se plantean serias cuestiones sobre su compatibilidad con las directrices de criminalización en un derecho penal constitucionalmente orientado, y parecen estar en conflicto con la libertad de expresión y otros principios constitucionales.

After analysing the concepts of memory, historical truth and legal truth from an epistemological perspective, the author focuses on the problematic relationship between the liberal-democratic constitutions and the so-called memory laws. When such legislative interventions introduce criminal sanctions, they bring with them serious issues of compatibility with the guidelines of criminalization in constitutionally oriented criminal law, and seem to be in contrast with the freedom of expression and the constitutional principles of public speech, aimed at defining the procedural conditions of political integration.

SOMMARIO

1. Memoria, verità storica, verità giuridica. – 2. Verità legale e leggi memoriali. – 3. Post-verità e sanzione penale. – 4. Discorsi d'odio e libertà di espressione. – 5. Il discorso pubblico come condizione dell'integrazione politica.

1.

Memoria, verità storica, verità giuridica.

Memoria, storia, giudizio, legge innescano relazioni complesse, provocate dalla diversità (ed irriducibilità) dei relativi statuti epistemici.

La memoria ripropone, nel presente, l'evento passato, muove dall'esperienza e procede in modo indisciplinato, per intuizioni. Il paradigma della memoria è la *madeleine* proustiana, è assaporare ciò che è stato e non sarà più¹; il ricordo nasce dall'immedesimazione tra soggetto rimembrante ed evento oggetto del ricordo, e implica «l'irrelevanza dei contesti», valorizzando la «singolarità dell'esperienza» tramite una partecipazione emotiva al passato². In quanto tale, la memoria non esaurisce il processo di ricostruzione storiografica, di cui è solo una delle fonti.

La verità storica rimanda invece a un giudizio fattuale che colloca il passato all'interno di «un ordine temporale chiuso»³, scandito da periodi individuati sulla base di strumenti di analisi precostituiti e oggettivamente riconosciuti: l'evento storico, in quanto tale, è fondato su dati empiricamente verificabili, suscettibile di continua revisione attraverso il metodo scientifico.

Memoria e verità storica non sono irrilevanti per l'ordinamento giuridico. Come meglio si vedrà nel prosieguo, anzi, possono assumere nuovi significati se declinate nell'ambito del diritto costituzionale e della Costituzione.

Rispetto alla verità storica, la verità «giuridica» presenta identità e differenze, e risulta scomponibile, a sua volta, nella verità *giudiziaria* e nella verità *legale*.

La verità giudiziaria è il risultato di un metodo di accertamento *all'interno* di un sistema processuale.

Anche la verità giudiziaria, infatti, è composta da proposizioni che descrivono eventi passati, non direttamente accessibili all'esperienza e ricostruibili sulla base degli effetti lasciati nel presente; inoltre, sia le verità storiche sia quelle giudiziarie enunciano una possibile ricostruzione dei fatti sulla base di un metodo essenzialmente induttivo, che fornisce una descrizione fattuale dei fatti ragionevolmente plausibile rispetto ai «principi di induzione» utilizzati⁴. A seguito dell'analisi descrittiva, anche la verità giudiziaria è il «risultato di una inferenza», di un procedimento «classificatorio la cui conclusione è analiticamente vera rispetto alle premesse ma altrettanto opinabile quanto lo sono queste ultime»⁵.

Al di là delle analogie – pure sussistenti – l'indagine processualistica non è però del tutto sovrapponibile all'epistemologia storica, anzitutto per le modalità concrete del suo accertamento: mentre nella ricerca storiografica si ha di mira la ricostruzione di eventi remoti attraverso l'individuazione di fonti preesistenti di natura – soprattutto – documentale, l'accertamento giudiziale è tanto attendibile quanto più assume, nel processo, nuove prove di natura essenzialmente dichiarativa.

Diversamente dalle altre attività di conoscenza, l'attività giurisdizionale deve rispondere ad un *postulato di validità specifico*, determinato da regole sul processo autoritativamente fissate dall'ordinamento a tutela di valori e principi potenzialmente antinomici rispetto all'accertamento della verità (si pensi, ad esempio, alle condizioni di ammissione e al regime di inutilizzabilità delle prove, alla disciplina della nullità degli atti, ecc.)⁶.

Vi è, dunque, una irriducibilità teleologica tra la ricostruzione storica e l'accertamento della verità giudiziaria: quest'ultima è, infatti, il risultato dell'applicazione di specifiche disposizioni normative che hanno come obiettivo, in ultima analisi, non già la semplice descrizione di un determinato fatto, ma l'assunzione di una decisione pratica in grado di orientare l'agire umano.

¹ PUGIOTTO (2009), p. 15.

² PUGIOTTO (2009), *ibidem*.

³ PUGIOTTO (2009), p. 15.

⁴ FERRAJOLI (1989), pp. 25 e ss.

⁵ FERRAJOLI (1989), pp. 27-28.

⁶ FERRAJOLI (1989), p. 33.

Tale caratteristica comporta, a cascata, una ulteriore differenza strutturale: mentre la verità storica può sempre essere sottoposta a procedimenti di correzione e confutazione, la verità giudiziaria non può, una volta conclusosi il giudizio e salvi casi eccezionali (regolati, ad esempio, dall'istituto della revisione), essere sostituita (o semplicemente verificata) da nuove tesi, ritenute più adeguate o meno implausibili. Il giudicato mira, infatti, a conferire stabilità alla decisione che, se messa continuamente in discussione, vedrebbe compromesso la sua stessa precettività. La verità giudiziaria aspira dunque a soddisfare un postulato di certezza: per quanto oggi sottoposta a revisioni critiche ad opera delle teorie «pos-moderne» del diritto⁷, essa rappresenta ancora oggi uno dei valori fondamentali attorno al quale sono edificati gli ordinamenti giuridici.

2. Verità legale e leggi memoriali.

Rispetto alla verità giudiziaria, la verità legale presenta una struttura ancora diversa: in tale ipotesi, un evento assunto come esistito viene cristallizzato e diventa oggetto di un imperativo normativo con efficacia *erga omnes* (non necessariamente giuridicamente sanzionato) diretto ad imporre *la necessità del ricordo*. Nella verità legale di solito non c'è nessun processo di accertamento, o meglio si dà per presupposto il processo di accertamento, il quale anzi è dato per presupposto "imponendolo" alla società.

In queste ipotesi, la memoria cessa di essere esclusivamente rito individuale o collettivo di rievocazione, partecipazione emotiva ad un evento passato; muta in qualcosa di diverso, assurge a verità indiscutibile, cristallizzata in norma e perciò incontestabile, imposta con la forza giuridica del dover essere.

Le leggi che impongono di commemorare eventi passati vanno sotto il nome leggi memoriali, categoria onnicomprensiva capace di ricomprendere differenti *species*. In alcuni casi, si tratta di leggi che istituiscono giornate del ricordo, promuovendo eventuali iniziative per evocare collettivamente un accadimento⁸; in altri, la memoria diviene oggetto di tutela penalistica: ad essere sanzionata è la contestazione dell'esistenza (o l'affermazione) di determinati fatti (assunti come) storicamente accaduti. In tali ipotesi, l'ordinamento non mira semplicemente a ricordare, come nella generica legislazione sulla memoria, ma a ricordare in un *determinato modo*. Il fine non è il consolidamento dei processi di metabolizzazione collettiva della memoria, ma è la definizione autoritaria della stessa verità storica che diventa, per ciò stesso, verità ufficiale⁹.

Le due categorie di leggi memoriali pongono - per così dire - un tasso di offensività crescente rispetto ai valori del costituzionalismo liberal-democratico.

Le leggi memoriale "semplici", cioè non assistite da pena, tentano di rinsaldare il vincolo "organicista" di appartenenza ad una comunità politica: mediante tali manifesti simbolici le forze politico-sociali perseguono una particolare strategia di integrazione materiale della società, «una connessione permanente e unitaria di esperienze vissute che motiva i suoi appartenenti»¹⁰, realizzata tramite la riaffermazione dei valori costitutivi su cui è stato siglato il *pactum societatis*. Senonché, oltre ad essere politicamente criticabili (altre le strade da percorrere per rinsaldare la comune appartenenza), le leggi memoriali caricano l'ordinamento giuridico di un plusvalore assiologico che rischia di offuscare, in una paradossale eterogeneità dei fini, parte della sua identità. Gli ordinamenti liberal-democratici non sono fondati esclusivamente sulla condivisione della base materiale, e dunque sulla omogeneità politico-culturale delle strutture sociali, ma anche su una permanente conflittualità in ordine alle priorità da assegnare ai fini politici fondamentali. Proprio con riferimento al pluralismo ideologico, da tempo è stato rilevato come le Costituzioni del tempo presente, piuttosto che affermare *la* verità, dovrebbero rafforzare gli strumenti giuridici per consentire l'incontro *delle* verità¹¹.

D'altronde, l'inflazione della memoria tende ad una omologazione dei ricordi, promuovendo

⁷ Per tutti, GROSSI (2017).

⁸ Tra le tante, v. la legge n. n. 221 del 2000 sulla commemorazione della Shoah o la legge n. 92 del 2004, recante «Istituzione del «Giorno del ricordo» in memoria delle vittime delle foibe, dell'esodo giuliano-dalmata, delle vicende del confine orientale e concessione di un riconoscimento ai congiunti degli infoibati».

⁹ FRONZA (2012), p. 156.

¹⁰ SMEND (1988), p. 102.

¹¹ HÄBERLE (2000).

vendo, in una insanabile contraddizione, una sorta di rimozione degli eventi che, congelati nella dimensione giuridica, assurgono a feticci etici che, nel nome della *political correctness*, nascondono contraddizioni sociali e fenomeni di intolleranza diffusa. In effetti, «[l]a memoria prescritta per legge (...) sortisce effetti di standardizzazione del passato», con una «progressiva astrazione nella percezione dell'evento ricordato e dei suoi protagonisti, riletta col passare del tempo secondo schemi marcatamente stereotipati». Allo stesso tempo, l'intermediazione parlamentare abbandona i lidi della riflessione razionale per tradursi in un'azione legislativa che si fa credenza irrazionale, nuova «forma secolarizzata di teologia politica»¹².

3. Post-verità e sanzione penale.

Il contrasto con i valori e principi costituzionali diventa ancora più nitido rispetto alle fattispecie che sanzionano penalmente la negazione o la minimizzazione dei genocidi e, in particolare, della *Shoah*.

L'erompere dei negazionismi nelle odierne società si iscrive nella mutazione novecentesca della menzogna: se nel passato «[l]a menzogna politica tradizionale, così rilevante nella storia della diplomazia e dell'arte di governo, riguardava (...) segreti - dati che non erano mai stati resi pubblici - o (...) intenzioni» di future condotte, le menzogne politiche attuali «si occupano efficacemente di cose che non sono affatto dei segreti, ma sono conosciute praticamente da tutti»¹³.

La manipolazione della realtà è fenomeno che corre parallelo all'avvento della società di massa, ove la comunità politica tende a ridursi «a una grezza quantità di individui sottoposti passivamente ai mezzi di informazione»¹⁴, una «corte» che «[...] offre la possibilità di acclamazione di tipo plebiscitario»¹⁵. La crisi della sfera pubblica borghese, che nello stato liberale monoclasse svolgeva un fondamentale ruolo di legittimazione delle istituzioni attraverso il consenso critico della ristretta classe egemone, ha portato a una frattura tra le «minoranze di specialisti che discutono in modo non pubblico e la grande massa dei consumatori che recepiscono pubblicamente»¹⁶.

In tale contesto vanno collocate le narrazioni dei sedicenti intellettuali e dei loro epigoni che minimizzano o negano l'esistenza di tragici eventi storici, perseguendo così, più o meno esplicitamente, una strategia di rilegittimazione politica dei regimi autoritari o totalitari responsabili delle passate atrocità. Il negazionismo non consiste in un'attività di ricerca scientifica, e va tenuto distinto dall'ordinario revisionismo, quale «tendenza storiografica a rivedere le opinioni storiche consolidate, alla luce di nuovi dati e delle nuove conoscenze acquisite nel corso della ricerca, con il risultato di operare una reinterpretazione e una riscrittura della storia»¹⁷. Lungi dall'offrire un *tipo* di esposizione storiografica, le narrazioni negazioniste oltrepassano l'analitica ricostruzione scientifica per esprimere opinioni mascherate da inattendibili giudizi di fatto: gli eventi sono «nascosti, stravolti, usati per provare ora questa, ora quella opinione; (...) i loro nessi causali (...) accertati e testimoniati si dissolvono, e i fatti isolati diventano disponibili a tecniche di vero e proprio "montaggio" per sostenere o negare, di volta in volta, quanto serve ad avvalorare la tesi desiderata»¹⁸.

Proprio l'assenza di metodo storiografico induce a sgombrare il campo da un equivoco ricorrente, secondo il quale il negazionismo sarebbe esercizio della libertà di ricerca storiografica; il discorso negazionista esprime invece un'ideologia, una «dichiarazione politica di intenti» che non solo manifesta l'intenzione di «sopprimere le condizioni stesse per un confronto nullificando quella realtà condivisa nel dialogo da cui scaturisce la democrazia»¹⁹, ma implicitamente auspica, attraverso la rimozione del tragico passato, la possibilità di una sua ripetizione: negare gli stermini «vuol dire assumerne la necessità nel domani»²⁰.

¹² PUGIOTTO (2011), p. 14-15.

¹³ ARENDT (1995), p. 62.

¹⁴ HABERMAS (2008), p. 232.

¹⁵ MILLS (1966), p. 284.

¹⁶ HABERMAS (2008), p. 202.

¹⁷ FRONZA (2012), p. XII.

¹⁸ FRONZA (2012), p. XIX. Nello stesso senso, se si vuole, CARUSO (2013b, 2016).

¹⁹ DI CESARE (2013), p. 72.

²⁰ DI CESARE (2013), p. 71.

Si spiega così la tendenza europea, alimentata anche decisione quadro 2008/913 GAI dell'Unione europea, ad introdurre ipotesi delittuose *ad hoc*, un orientamento che ormai coinvolge la quasi totalità dei paesi continentali²¹.

In Italia, in un contesto normativo che da tempo sanziona la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, l'istigazione a commettere atti di discriminazione o di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi²², e l'istigazione e l'apologia di genocidio²³, il legislatore ha percorso la strada della mera circostanza aggravante, senza allargare i confini dell'illiceità penale. La circostanza incide sul trattamento sanzionatorio piuttosto che sull'estensione del divieto, iscrivendosi entro la fattispecie base, sanzionando particolari modalità di realizzazione delle condotte alle quali accede: in altri termini, il giudizio di selettività penalistica si colloca pur sempre entro l'offesa agli interessi violati dalla condotta di propaganda o istigazione vietata²⁴.

Ciò nonostante, rimane la scelta di aggravare il disvalore penale di condotte realizzate pur sempre tramite semplici *dicere*. In questo senso, il legislatore ha disegnato una fattispecie aggravata plurioffensiva che, per un verso, si fa carico della necessità di autoconservazione dell'ordinamento di fronte alla diffusione di opinioni contrarie ai suoi valori fondativi²⁵ e, per un altro, mira a tutelare la dignità delle comunità minoritarie storicamente discriminate²⁶.

4. Discorsi d'odio e libertà di espressione.

Restano allora da sciogliere questioni più generali, che concernono la problematica compatibilità di tali fattispecie penali con la libertà di espressione, «pietra angolare»²⁷ del sistema liberal-democratico e la loro influenza sul sistema democratico.

Il diritto penale veleggia, infatti, verso una mutazione genetica della sua funzione. Esso assume un ruolo proattivo di promozione dell'identità della comunità politica, del rispetto che le formazioni egemoni devono a gruppi culturali minoritari. Un compito, dunque, promozionale, pervasivo e ad alto contenuto valoriale, forse incompatibile con una nozione costituzionalmente orientata del reato, adagiata su alcuni principi che identificano altrettanti limiti alla penalizzazione²⁸. Le fattispecie che sanzionano la propaganda di idee fondate sull'odio razziale, etnico, o religioso, che incriminano (o aggravano la pena per) la negazione di crimini contro l'umanità infrangono queste direttive di criminalizzazione: peccano di indeterminatezza perché rimandano a concetti semanticamente vaghi o altamente controversi (odio, razza, etnia); non sono legalmente predefinite, perché, nel momento in cui indicano o affiancano al genocidio legalmente predeterminato generici crimini contro l'umanità, rinviando all'accertamento giurisdizionale l'identificazione del fatto incontestabile, affidando al giudice il compito di completare il precetto; difettano di materialità, perché, incidendo sulla diffusione di (esecrabili) idee politiche, aprono le porte all'incriminazione ideologica e agli incerti lidi del diritto penale d'autore.

Non è sufficiente l'astratta sussistenza di un bene giuridico costituzionalmente rilevante, idoneo perciò a fornire copertura all'intervento penale, ipotesi non impossibile in un testo costituzionale orientato ad una spiccata poliarchia. Questa particolarissima forma di *cher-*

²¹ Per una panoramica, FRONZA (2015), pp. 636 e ss., TERUEL LOZANO (2014).

²² Cfr. art. 3, comma 1, lett. a) e b), l. n. 654/1985, come novellata dalla l. n. 205/1993 (cd. legge «Mancino») e dalla l. n. 85/2006, ora inserito nell'art. 604 *bis* del codice penale. La l. n. 152/1975 ha invece modificato la legge «Scelba» (l. n. 645/1952), aggravando il trattamento sanzionatorio per l'apologia di fascismo realizzata attraverso «idee o metodi razzisti». La legge «Mancino», in un contesto emergenziale dettato soprattutto da fenomeni di violenza in occasione di manifestazioni sportive, ha poi sanzionato specifiche forme di «discorso simbolico» vietando l'esposizione, nelle «pubbliche riunioni», di «emblemi o simboli propri o usuali» delle organizzazioni che promuovano l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. A questo variegato mosaico normativo deve poi aggiungersi l'aggravante prevista dall'art. 604 *ter* c.p., già disciplinata dalla stessa legge «Mancino». Il combinato disposto dell'art. 595 c.p. e dell'art. 604 *ter* c.p. punisce la diffamazione commessa «per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso».

²³ Art. 8, l. n. 962/1967.

²⁴ Cfr. art. 604 *bis*, ult. c., c.p., a norma del quale «[s]i 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». Su tale disposizione, prima della definitiva approvazione, PULITANO (2015).

²⁵ In questo senso, nell'ottica di giustificare la punizione dell'Olocausto, INSOLERA (2018).

²⁶ LUTHER (2008), p. 1221.

²⁷ C. Cost., sent. n. 84 del 1969.

²⁸ BRICOLA (1998), p. 807.

ry-picking assiologico tradisce un errore metodologico fondamentale: la Costituzione non è un prontuario di valori, allineati e auto-evidenti, che l'interprete richiama per consentire, alle proprie opzioni interpretative, di prevalere, magari giustificando *ex post* l'intervento penale.

Di fronte a fattispecie penali che lambiscono diritti fondamentali previsti dalla Costituzione, vale un principio di interpretazione stretta dei rispettivi limiti, a maggior ragione quando si tratta dello stigma penale: questo, infatti, reca con sé una duplice portata affittiva, nei confronti della situazione soggettiva direttamente oggetto della limitazione e rispetto alla libertà personale del reo.

Con riferimento alla libertà di espressione, in particolare, il richiamo a «beni di rango costituzionale sempre e comunque opponibili» al diritto soggettivo, rischia di «annichilire la libertà di pensiero, dato che la rete degli interessi costituzionalmente rilevanti copre una gran parte dei rapporti giuridici intrecciabili nel nostro ordinamento»²⁹. D'altro canto, escludere a priori dalla libertà di espressione alcuni contenuti espressivi, perché ripugnanti o dolosamente falsi³⁰, rimanda ad un'operazione ermeneutica arbitraria e intrisa di soggettivismo, che sposta in avanti, a sfavore dell'individuo, la linea di demarcazione del conflitto tra istanze individuali ed esigenze di conservazione dell'ordine politico³¹.

A tali considerazioni deve essere aggiunto un altro argomento. È senz'altro parziale discutere della libertà di espressione a partire dai suoi limiti, perdendo di vista le ragioni etico-politiche che giustificano il riconoscimento costituzionale di tale situazione soggettiva, così come non è possibile «pesare» il valore della libertà alla luce del suo specifico contenuto³².

Di ciò erano ben consapevoli i nostri *Founding Fathers*: in Assemblea costituente, nonostante fosse avvertita la necessità contingente di «escludere dalla vita pubblica le idee razziste e totalitarie», di «emarginare» chi avesse negato «le fondamenta di libertà e di democrazia sulle quali si andava costituendo la Repubblica», vi era una diffusa fiducia per la costruzione di «un sistema aperto e tollerante, all'interno del quale potessero competere tutti coloro che accettano il metodo della democrazia, ma non necessariamente i singoli contenuti»³³.

Certo, il razzista gretto e meschino o il miserabile negazionista rifiutano la cornice pluralista, e tendono a collocarsi all'esterno della dialettica democratica. Rimane però da dimostrare che la sanzione penale rappresenti la soluzione più adatta ad estirpare fenomeni di intolleranza, e non rischi, invece, di aumentare la radicalizzazione dei nemici della democrazia. A qualsiasi livello essa operi, la marginalizzazione genera esclusione, e l'estromissione degli intolleranti dalla cornice pluralista rafforza il loro assedio alla cittadella democratica.

5.

Il discorso pubblico come condizione dell'integrazione politica.

Anche per tali ragioni, forse, può rinvenirsi in Costituzione un modello agonistico di democrazia, fondata sul conflitto e, dunque, sull'eterogeneità politica, sulla pluralità di opinioni, sul confronto dialettico tra opposte correnti di pensiero. Non il diritto criminale, dunque, ma le libertà costituzionali identificano le coordinate del processo di integrazione politica, delineando le condizioni affinché ciascun individuo sia riconosciuto «come membro di una comunità che è integrata intorno a una comune concezione del bene»³⁴, connotato in senso esclusivamente procedurale. La libertà di espressione, da parte sua, riflette una condizione sostanziale di inclusione democratica, consentendo la partecipazione ad un pubblico processo comunicativo, a una struttura di comunicazione che pone le premesse per un reciproco confronto tra i cittadini.

In altri termini, il diritto di manifestare il proprio pensiero, finché non si traduce in un insulto a una persona determinata, contribuisce a fondare un metodo democratico di natura conflittuale, un *discorso pubblico* che include nella cornice democratica anche chi rifiuta l'ordine valoriale dell'ordinamento repubblicano. Poiché il discorso pubblico crea le premesse per una identificazione condivisa dei cittadini, esso postula una sostanziale neutralità, che impone al

²⁹ PALADIN (1987), p. 11.

³⁰ In tal senso PACE, MANETTI (2006), p. 88 e ss.

³¹ Sia consentito il rinvio a CARUSO (2013a), pp. 147 e ss.

³² In tal senso anche VIGEVANI (2014), p. 5.

³³ VIGEVANI (2014), p. 17.

³⁴ HABERMAS (1998), p. 93.

legislatore penale «astinenza epistemica» e «neutralità valutativa»³⁵ sul contenuto della manifestazione del pensiero. Per questo, allora, devono essere ammesse non solo i concetti o le manifestazioni verbali che *meritano* di essere riferite, ma anche le opinioni irriverenti dell'uomo della strada, le idee politicamente scorrette del dissenziente, la moralità, banale ed esecrabile, dell'intollerante. La *qualità* del discorso pubblico, assillo dell'educatore e possibile oggetto di studio del sociologico, non deve preoccupare oltremodo il giurista (e, in particolar modo, il penalista), a meno di non voler correre il rischio di «imprigionare il discorso pubblico in una serie infinita di divieti»³⁶.

Ciò non comporta, ovviamente, una prevalenza assoluta e assiomatica della libertà di manifestazione del pensiero su altri interessi costituzionalmente rilevanti: come ebbe a dire la Corte costituzionale nella sua prima decisione, in un ordinamento giuridico complesso «le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile»³⁷. È però necessario prendere sul serio la libertà di espressione e le sue ragioni, sottoponendo gli eventuali limiti a *test* particolarmente penetranti, che tengano conto del contro-interesse da tutelare, della natura e della proporzionalità della limitazione, del contesto ove le dichiarazioni sono state rese. Così, se il diritto penale deve ritrarsi di fronte alla diffusione di opinioni nella *polis*, - proprio per l'*extrema ratio* della punizione e per il significato che assume la libertà di manifestazione del pensiero nei processi di integrazione democratica - non altrettanto può dirsi per le sanzioni - di diversa natura - comminate per la divulgazione *ex cathedra* di opinioni razziste o negazioniste nei luoghi di formazione, come aule scolastiche o universitarie. Tali contesti, infatti, contribuiscono a conformare la libertà di espressione, funzionalizzando il suo esercizio «all'educazione e all'istruzione dei discenti, alla salvaguardia della dignità de[i] popol[i] (...), alla crescita di un paese democratico che fa della cultura lo strumento fondamentale per ambire al progresso»³⁸. Le libertà costituzionali non sono valori assoluti, ma interessi sempre bilanciabili con beni di pari rango, salva la garanzia del contenuto essenziale: come in un cerchio concentrico, il limite alla libertà di espressione sarà tanto ammissibile quanto più sarà lontano dall'incidere sul suo nucleo fondamentale: se la sanzione penale su semplici *dicere* è sproporzionata perché incide sulla *Wesensgehaltsgarantie*³⁹ della libertà di espressione, non altrettanto può dirsi per altri tipi di interventi limitativi.

Queste osservazioni si scontrano, ovviamente, con un generale principio di realtà, che non può non tenere in considerazione come l'ordinamento italiano reagisca, di fronte ai pericoli per la democrazia, con l'ipertrofia di un diritto penale simbolico, carico di forti significati identitari. Una tendenza, questa, destinata ad aumentare nell'epoca della post-modernità, segnata dalle continue contestazioni dell'evidenza, dai soggettivismi interpretativi, dalle decostruzioni critiche delle verità. Il rischio, allora, è la *slippery slope*: il pericolo, cioè, che la punizione del negazionismo dei genocidi sia solo il primo passo per un intervento massiccio del diritto penale, capace di sterilizzare il discorso pubblico in nome della necessità di conservare i valori codificati nella Costituzione.

Sia chiaro: le Costituzioni liberal-democratiche accettano un moderato oggettivismo morale, perché mirano a riaffermare un ideale di giustizia *sub specie aeternitatis*. Anche gli ordinamenti democratici e pluralisti tendono all'unità politica, a delineare cioè una comunità ordinata intorno ad alcuni fini politici fondamentali, che devono essere protetti e riaffermati quotidianamente. Il punto cruciale sta, allora, nella scelta degli strumenti migliori per garantire tale ordine senza compromettere l'identità pluralista dello Stato costituzionale, senza rinunciare, in altri termini, ad un processo di integrazione politica aperto e plurale. Non è possibile, in questa sede, sciogliere tale nodo cruciale, ma si può, quanto meno, abbozzare una risposta *via negationis*: non è attraverso la pena che lo Stato costituzionale può mantenere le promesse di libertà ed eguaglianza su cui è stato edificato.

³⁵ VISCONTI (2008), p. 247.

³⁶ MANETTI (2005), p. 536.

³⁷ C. cost., sent. n. 1 del 1956.

³⁸ PARISI (2013), pp. 894-897.

³⁹ ALEXY (2012), pp. 321 e ss.

Bibliografia

- ALEX, Robert (2012): *Teoria dei diritti fondamentali* (Bologna, il Mulino).
- ARENDT, Hannah (1995): “Verità e politica” (Torino, Bollati Boringhieri).
- BRICOLA, Franco (1997): “Teoria generale del reato”, in *Id., Scritti di diritto penale*, vol. I, (Milano, Giuffrè).
- CARUSO, Corrado (2013a): “La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del *discorso pubblico*”, (Bologna, BUP).
- CARUSO, Corrado (2013b): “Dignità degli altri e spazi di libertà degli intolleranti. Una rilettura dell’art. 21 Cost.”, *Quaderni costituzionali*, 795-821.
- CARUSO, Corrado (2016): “Tolleranza per gli intolleranti? Una ragionevole apologia della libertà di espressione”, in *DPCE online*, 1.
- DI CESARE, Donatella (2013): “Negare la Shoah. Questioni filosofico-politiche”, F.R. Recchia Luciani, L. Patruno (eds), *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici* (Genova, il Melangolo) 2013.
- FERRAJOLI, Luigi (1989): “Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale” (Roma-Bari, Laterza).
- FRONZA, Emanuela (2012): “Il negazionismo come reato” (Milano, Giuffrè).
- FRONZA, Emanuela (2015): “Negazionismo (diritto penale)”, *Enc. dir.*, Ann. VIII (Milano, Giuffrè);
- GROSSI, Paolo (2017): “L’invenzione del diritto” (Roma-Bari, Laterza).
- HÄBERLE, Peter (2000): “Diritto e verità” (Torino, Einaudi).
- HABERMAS, Jürgen (1998): “Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto”, in J. Habermas, e C. Taylor, “Multiculturalismo: lotte per il riconoscimento” (Milano, Feltrinelli).
- LUTHER, Jörg (2008): “L’antinegazionismo nell’esperienza giuridica tedesca e comparata”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1192-1221.
- MANETTI, Michela (2005): “L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione dell’egualianza e difesa dello Stato”, in AA.VV., “Studi in onore di Gianni Ferrara”, vol. II (Torino, Giappichelli).
- MILLS, Charles Wrights (1966): “La élite del potere”, (Milano, Feltrinelli).
- PACE, Alessandro e MANETTI Michela (2006): “Art. 21”, G. Branca, A. Pizzorusso (eds), “Commentario della Costituzione” (Bologna, Zanichelli).
- PALADIN, Livio (1987): “Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali”, in *Quaderni costituzionali*, 5-27.
- PUGIOTTO, Andrea (2011): “Quando (e perché) la memoria si fa legge”, *Quaderni costituzionali*, 2009, 7-35.
- PULITANÒ, Domenico (2015): “Di fronte al negazionismo e al discorso d’odio”, in *Diritto penale contemporaneo*.
- SMEND, Rudolf (1988): “Costituzione e diritto costituzionale” (Milano, Giuffrè).

TERUEL LOZANO, German (2014): “Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata”, in *Rivista AIC*, 2.

VIGEVANI, Giulio Enea (2014): “Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah”, *Rivista Aic*, 4.

VISCONTI, Costantino (2008): “Aspetti penalistici del discorso pubblico”, (Torino, Giappichelli).



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>