

MEMORIA, IDENTITÀ COSTITUZIONALE E DIRITTO PENALE: LA FUNZIONE REPRESSIVA DELLA GIUSTIZIA NEI CONFRONTI DEL NEGAZIONISMO E DELL'APOLOGIA DELL'IDEOLOGIA FASCISTA

LORENZO TOMBELLI*

Il presente saggio affronta il complesso rapporto tra tutela della memoria storica e diritto penale, con particolare attenzione al contesto italiano e al valore costituzionale dell'antifascismo. Attraverso un'analisi critica delle norme penali vigenti e della giurisprudenza costituzionale, nonché un confronto con gli ordinamenti europei e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si evidenziano le tensioni esistenti tra repressione del negazionismo, libertà di espressione e pluralismo democratico. Il lavoro considera anche la c.d. proposta di legge Fiano, non approvata, per sottolineare le sfide normative e politiche nella definizione di un diritto penale della memoria efficace e rispettoso dei diritti fondamentali. Si richiama, pertanto, la necessità di un bilanciamento rigoroso e di un uso prudente del diritto penale quale strumento estremo nella tutela di valori antifascisti e costituzionali.

This essay addresses the complex relationship between the protection of historical memory and criminal law, with a particular focus on the Italian context and the constitutional value of anti-fascism. Through a critical analysis of existing criminal provisions and constitutional case law, as well as a comparative perspective with European legal systems and the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the paper highlights the tensions between the repression of Holocaust denial, freedom of expression, and democratic pluralism. The essay also examines the unapproved Fiano bill to underscore the normative and political challenges in defining an effective and rights-respecting criminal law of memory. Therefore, it is necessary to emphasize the need for a rigorous balance and a prudent use of criminal law as an extreme measure for the protection of anti-fascist and constitutional values.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La memoria come oggetto giuridico e la sua “positivizzazione” normativa. – 3. Diritto penale e identità costituzionale. – 4. Negazionismo e apologia del fascismo nel diritto penale italiano. – 5. Il diritto penale della memoria in prospettiva comparata e sovranazionale. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione.* – Negli ultimi decenni si è assistito in Europa – e in Italia in – a una crescente attenzione del legislatore penale nei confronti di fenomeni legati

* Avvocato e cultore di Diritto processuale penale presso l'Università di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2025 L. Tombelli. This is an open access article, double blind peer reviewed, published by Firenze University press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

al negazionismo storico¹, alla propaganda ideologica neofascista e alla rievocazione apologetica di regimi totalitari.

Tali interventi normativi si collocano all'interno di un più ampio processo di "istituzionalizzazione della memoria"², in cui il diritto penale viene investito della funzione di garante di una verità storica ufficiale e di presidio dei valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

L'obiettivo del presente contributo è quello di interrogarsi criticamente sulla legittimità costituzionale e sull'opportunità politico-criminale di tali scelte punitive, esaminando i rischi derivanti da un impiego simbolico e identitario della sanzione penale, che possa condurre a tensioni con i principi garantisti e con la libertà di manifestazione del pensiero.

2. *La memoria come oggetto giuridico e la sua "positivizzazione" normativa.* –

Il rapporto tra memoria collettiva e diritto rappresenta una delle questioni più complesse e controverse dell'attuale dibattito penalistico e costituzionalistico. La memoria, in quanto sedimentazione di esperienze storiche condivise, si costituisce come un fenomeno eminentemente culturale e dinamico, che il diritto tenta talvolta di cristallizzare in forme normative per finalità di tutela o repressione. È in questo contesto che si collocano le cosiddette *leggi memoriali*³, disposizioni legislative attraverso cui lo Stato interviene non solo per garantire il ricordo di eventi storici ritenuti fondativi dell'ordine democratico, ma anche per sanzionare la loro negazione, banalizzazione o apologia⁴.

¹ Il termine *negazionismo* fu utilizzato per la prima volta con riferimento al manifestarsi di tesi che negavano l'esistenza delle camere a gas nei campi di sterminio nazisti e rappresenta una grave degenerazione del *revisionismo*, ossia la tendenza, inevitabile, a rivedere le opinioni consolidate dalla storia alla luce di nuovi elementi come testimonianze, ricerche, interpretazioni e documenti. Cfr. H. ROUSSO, *Le syndrome de Vichy: de 1944 à nos jours*, Parigi, 1990; E. FRONZA, *Negazionismo (diritto penale)*, *Enciclopedia del diritto*, annali VIII, Milano, 2015.

² Cfr. N. GALLERANO, *Le verità della storia. Scritti sull'uso pubblico del passato*, Roma, 1999.

³ All'ingresso del museo del campo di concentramento di Dachau è riportata la celebre massima: «Coloro che dimenticano il passato sono condannati a ripeterlo». La memoria, coltivata anche attraverso le giornate commemorative istituite per legge, assume così una funzione di monito civile e politico: comprendere a fondo gli errori del passato per evitarne la ripetizione nel futuro. Sul tema A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, I; P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino, 2003.

⁴ Tra le forme di intervento giuridico che incidono sulla memoria, in particolare in relazione agli eventi della Seconda guerra mondiale, si possono distinguere due principali tipologie: da un lato, le legislazioni nazionali che istituiscono giornate commemorative, volte a sollecitare le collettività a ricordare; dall'altro, le normative di livello sovranazionale e interno che puniscono la negazione, la minimizzazione o la giustificazione della Shoah. Sul punto, si veda E. FRONZA, *Diritto e memoria. Un dialogo difficile*, in *Novecento*, 2004, X, p. 47.

Tale fenomeno presenta un'incidenza significativa nel diritto penale⁵, dove assume i tratti di una forma di “positivizzazione della memoria”: l'ordinamento, cioè, seleziona alcuni eventi – come la Shoah, i crimini del fascismo e del nazismo, o altri genocidi del Novecento – elevandoli a *verità giuridiche*⁶ la cui negazione o minimizzazione è oggetto di incriminazione⁷. Secondo una lettura diffusa nella letteratura penalistica, ciò avviene mediante un duplice processo: da un lato, la trasfigurazione simbolica della funzione penale in funzione identitaria; dall'altro, la trasformazione della memoria da *bene culturale* a *bene giuridico tutelato*⁸, spesso attraverso norme penali di dubbia compatibilità con il principio di offensività, la tassatività e la libertà di manifestazione del pensiero⁹. Il problema teorico centrale che si pone riguarda, dunque, la legittimità e l'opportunità di fare del diritto penale lo strumento attraverso cui fissare ufficialmente una determinata lettura del passato. È ben noto, infatti, che la memoria collettiva non coincide necessariamente con la verità storica, e che entrambe divergono dalla cosiddetta *verità legale* prodotta dal diritto¹⁰. Come ha chiarito Caruso, la verità storica si fonda su un processo scientifico e aperto di ricerca e discussione, mentre la verità legale si configura come il risultato di un'operazione autoritativa, spesso fondata su esigenze simboliche e preventive più che su criteri epistemici¹¹. Quando quest'ultima viene imposta mediante la sanzione penale, il rischio è che si assista a una degenerazione della funzione repressiva, che da presidio dell'ordine giuridico si trasforma in meccanismo di *conformazione ideologica*.

⁵ G. INSOLERA, *Tempo, memoria e diritto penale. Quale memoria per quale diritto penale?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, IV; secondo l'Autore il diritto penale, quando è chiamato a confrontarsi con il tema della memoria storica, non può ridursi a strumento di conservazione simbolica del passato, né tantomeno a veicolo di una “storiografia ufficiale”: la sua funzione resta, infatti, circoscritta all'accertamento di responsabilità individuali e alla repressione di condotte offensive concrete. La memoria collettiva e l'elaborazione storica, pur costituendo beni di rilevanza primaria, non possono essere affidate in via esclusiva al processo penale, che risponde a finalità proprie e delimitate. In questa prospettiva, il compito della giurisdizione non è quello di scrivere la storia, ma di giudicare fatti e persone, lasciando ad altri strumenti – culturali, educativi e istituzionali – la cura della memoria.

⁶ Cfr. 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 *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

⁷ Emblematico, in senso problematico, è il caso della legislazione polacca del 2018 che, nell'intento di tutelare l'immagine nazionale, ha introdotto il divieto di attribuire alla Polonia corresponsabilità nei crimini nazisti e di definire i lager nazisti come “campi di concentramento polacchi”. Tale disciplina, oggetto di ampio dibattito internazionale, mostra il rischio di uno slittamento del “diritto penale della memoria” verso la criminalizzazione di espressioni storiografiche o giornalistiche, ponendo seri interrogativi circa la compatibilità con la libertà di manifestazione del pensiero.

⁸ Con riferimento al bene giuridico tutelato si rinvia all'esaustiva ricostruzione di D. TARANTINO, *Diritto penale e “culto del littorio”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2020, I, p. 254.

⁹ Cfr. M. DONINI, *Negazionismo e protezione della memoria: tra retorica del male e verità giudiziaria. L'eredità dell'Olocausto e la sua sfida per l'etica pubblica e il diritto penale*, in *Sistema penale*, 2021, pp. 1-22.

¹⁰ La verità giudiziaria, pur soggetta a revisioni critiche da parte delle teorie “post-moderne” del diritto, conserva ancora un ruolo centrale negli ordinamenti contemporanei, essendo funzionale a garantire certezza, legittimità delle decisioni e tutela dei diritti fondamentali dei consociati. Per tutti, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017.

¹¹ C. CARUSO, *Memoria, verità, pena. È ancora il tempo della libertà di espressione?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, IV, pp. 166 ss.

In questo contesto, appare necessaria una distinzione concettuale preliminare tra memoria, storia e identità costituzionale¹². La memoria è soggettiva, selettiva, talvolta conflittuale; la storia, invece, aspira a una ricostruzione oggettiva e criticamente fondata degli eventi; l'identità costituzionale, infine, rappresenta l'insieme dei principi supremi che definiscono l'essenza dell'ordinamento, tra cui si collocano – almeno nel contesto italiano – l'antifascismo, la democrazia pluralista e la tutela della dignità umana¹³. Quando la memoria viene trasformata in oggetto di tutela penale, si assiste a una torsione simbolica del diritto, il quale abbandona la sua vocazione garantista per assumere il ruolo di agente della memoria pubblica, con evidenti rischi di ipertrofia repressiva. Questo fenomeno è particolarmente evidente nei sistemi giuridici europei, dove, in seguito all'esperienza totalitaria del Novecento, si è assistito a una crescente “normazione della memoria”, in parte sostenuta anche da direttive sovranazionali. La decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione europea ha espressamente previsto l'obbligo per gli Stati membri di sanzionare la negazione o la banalizzazione grossolana di crimini internazionali, tra cui il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra¹⁴. Tale previsione, seppur finalizzata a contrastare fenomeni di odio e intolleranza, ha prodotto nei diversi ordinamenti risposte eterogenee, spesso in tensione con la tutela della libertà di espressione.

In Italia, la ricezione di tali istanze memoriali ha avuto luogo principalmente attraverso l'interpretazione estensiva dell'art. 3 della legge n.

¹² Sul concetto di identità costituzionale, inteso non come dato statico ma come principio dinamico che consente alla Costituzione di mantenere coerenza assiologica pur nell'apertura a fonti e ordinamenti sovranazionali, si veda P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, III; ID., *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015; l'Autore mostra come i *principi supremi* non si risolvano in un nucleo imm modificabile, bensì rappresentino la proiezione giuridica dell'identità costituzionale della Repubblica, che si rinnova nel tempo attraverso l'interpretazione sistematica della Corte costituzionale e il dialogo con il diritto europeo. In tale prospettiva, l'“identità” diviene criterio di riconoscibilità e continuità del progetto costituzionale, piuttosto che strumento di chiusura o autarchia giuridica. Si veda, in proposito, l'illuminante contributo di Beniamino Caravita, che in più occasioni ha approfondito il tema dell'identità costituzionale e dell'evoluzione del processo di integrazione europea; cfr. B. CARAVITA, *Quanta Europa c'è in Europa? Percorsi e prospettive del federalizing process europeo*, Torino, 2020.

¹³ Come ricordato dal Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della celebrazione del 25 aprile 2025, la nostra «è una Costituzione antifascista, che si fonda sulla lotta di Liberazione, matrice di libertà e democrazia». Con queste parole il Presidente sottolinea come i principi fondamentali della nostra Carta non siano mai stati neutri, ma nati direttamente dall'esperienza della Resistenza, ponendo come fondamento irrinunciabile della Repubblica la libertà individuale, la partecipazione democratica e il ripudio di ogni forma di autoritarismo e di sopraffazione. Sul punto, *ex multis*, si veda B. PEZZINI, *Ritrovare la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIG*, 2024, I; C. BOLOGNA, *Attualità del patto costituzionale, tra pluralismo e antifascismo*, in *Rivista AIG*, 2024, I.

¹⁴ Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'UE del 28 novembre 2008, relativa alla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. L'obiettivo di questa decisione è quella di far sì che talune gravi manifestazioni di razzismo e xenofobia siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive in tutta l'Unione europea. Cfr. M. MONTANARI, *L'attuazione italiana della decisione quadro 2008/913/GAI in materia di negazionismo, nel rapporto della Commissione europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

654/1975 (come modificata dalla legge n. 205/1993), e, più recentemente, mediante l'introduzione dell'aggravante del negazionismo nel 2016 (legge n. 115/2016)¹⁵. Tale aggravante punisce con maggiore severità le condotte di propaganda o istigazione fondate sulla negazione di crimini internazionali storicamente accertati, come la Shoah o i crimini di genocidio¹⁶. L'inquadramento dogmatico di queste fattispecie ha però suscitato ampie perplessità, in quanto il bene giuridico tutelato risulta ambiguo e la natura delle condotte incriminate si avvicina pericolosamente alla punizione di mere opinioni, in possibile contrasto con l'art. 21 Cost.¹⁷

La Corte costituzionale, pur non essendosi ancora pronunciata in modo esplicito sulla legittimità della penalizzazione del negazionismo, ha in passato affermato la necessità che ogni restrizione della libertà di espressione debba rispondere a criteri di proporzionalità e ragionevolezza, escludendo ipotesi di "verità di Stato" imposte per via legislativa¹⁸. In tal senso, l'esperienza giurisprudenziale tedesca – in particolare la decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 1994 sulla negazione dell'Olocausto – offre un paradigma alternativo, fondato sull'equilibrio tra protezione della memoria e salvaguardia della libertà di pensiero¹⁹. È significativo, tuttavia, che proprio in Germania la negazione della Shoah sia penalmente rilevante, non in quanto violazione della verità storica, ma in quanto forma di incitamento all'odio, idonea a mettere in pericolo la pace

¹⁵ Per approfondire le criticità si veda G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

¹⁶ P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna di attualità*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, a cura di AA.VV., Padova, 2003, pp. 116 ss.; L. PICOTTI, *Diffusione di idee "razziste" ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, IX, p. 1960.

¹⁷ Sul punto, la Corte costituzionale ha escluso l'incostituzionalità degli artt. 4 e 5 l. Scelba, precisando che apologia e manifestazioni esteriori di carattere fascista non sono punibili in quanto tali, ma solo quando integrino un concreto pericolo di riorganizzazione del disciolto partito. In particolare, con la sent. n. 1/1957 ha chiarito che l'apologia rileva solo se idonea a costituire esaltazione tale da condurre a detta riorganizzazione; con la sent. n. 74/1958 ha escluso che la norma possa colpire gesti o parole meramente evocativi del regime, ribadendo che il divieto opera soltanto per manifestazioni idonee a creare un pericolo effettivo di ricostituzione. Tale impostazione, più volte richiamata dalla giurisprudenza successiva, ha consentito di evitare una indebita compressione della libertà di espressione ex art. 21 Cost., ma ha lasciato aperte difficoltà applicative nel concreto accertamento del pericolo, con esiti non sempre omogenei. Cfr. F. SPACCASASSI, *Le manifestazioni usuali del fascismo tra leggi "Scelba" e "Mancino"*, in *Questione giustizia*, 2019, p. 5; C. BRUSCO, *Contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione e applicazione delle leggi di contrasto al neofascismo*, in *Questione giustizia*, 2019.

¹⁸ Cfr. S. PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, IV, pp. 163 ss., ove l'Autrice solleva seri dubbi di compatibilità tra la repressione del negazionismo e i principi costituzionali, poiché si rischia di trasformare la tutela della memoria in imposizione di una "verità di Stato", elidendo la libertà di espressione e di ricerca storica. Da qui la proposta di un approccio non meramente repressivo, fondato piuttosto sulla responsabilità civile e culturale della società, chiamata a difendere la memoria attraverso l'educazione e la conoscenza, più che attraverso la minaccia penale.

¹⁹ Nella celebre decisione del 1994 sulla "menzogna di Auschwitz" il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto legittime le restrizioni amministrative a una riunione in cui si prevedeva la negazione della persecuzione degli ebrei, anticipando di pochi mesi la revisione dell'art. 130 StGB con l'introduzione del reato di negazionismo. Si può leggere la traduzione della decisione *BundesVerfassungsGericht* 90, 1994, in *Giur. cost.*, V, pp. 3379 ss.; cfr. D. DI CESARE, *Se Auschwitz è nulla. Contro il negazionismo*, Torino, 2022, p. 10 ss.

pubblica²⁰. L'uso del diritto penale come strumento di tutela della memoria pone, dunque, interrogativi profondi sulla funzione stessa della pena in un ordinamento costituzionale: se essa debba limitarsi a sanzionare condotte lesive di beni giuridici concretamente individuabili, o se possa anche svolgere una funzione pedagogica e simbolica²¹. La seconda ipotesi appare difficilmente conciliabile con una concezione liberale e garantista della giustizia penale, la quale impone che ogni incriminazione sia l'*extrema ratio*, fondata su una lesione effettiva e su una responsabilità individuale chiaramente definita. In assenza di tali presupposti, il rischio è che il diritto penale divenga lo strumento per la costruzione di una memoria obbligatoria, funzionale alla legittimazione del potere statale e non alla tutela della persona.

3. – *Diritto penale e identità costituzionale*. Nel contesto del costituzionalismo post-totalitario, l'identità costituzionale rappresenta l'insieme dei principi supremi che definiscono i tratti essenziali di un ordinamento democratico, fungendo da limite alla revisione costituzionale e da fondamento per l'interpretazione sistematica delle norme²². In Italia, tale identità si struttura attorno ai valori della democrazia pluralista, del ripudio del totalitarismo, del rispetto della dignità della persona umana e della tutela delle minoranze²³. In questo quadro, l'antifascismo non si configura soltanto come dato storico-politico, ma assume lo statuto di principio immanente e strutturante dell'intera architettura costituzionale.

²⁰ Sulla qualificazione del negazionismo come *Volkshverhetzung* (incitamento all'odio), § 130 StGB.

²¹ In generale sulla valenza simbolica delle norme, S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 42. In particolare, con riferimento alla *legislazione antifascista* parte della dottrina ritiene che essa sia necessaria, «a condizione che ci si intenda sulla sua funzione. La legge non è solo un precetto accompagnato da una sanzione. Essa contiene anche un giudizio morale e politico, serve a ribadire un valore condiviso», così C. SMURAGLIA, *Con la Costituzione nel cuore. Conversazioni su storia, memoria e politica*, Torino, 2018, p. 124.

²² Sul punto, A. RUGGERI, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della costituzione o della corte costituzionale?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, III, p. 4, osserva come l'evoluzione del concetto di *identità costituzionale* abbia determinato una progressiva concentrazione di funzioni interpretative nella Corte costituzionale, al punto da conferirle una posizione di "esclusività" non solo nella definizione dell'identità costituzionale, ma anche nella formazione delle *tradizioni costituzionali comuni*. Tale accentuazione del ruolo della Corte, secondo l'Autore, rischia di produrre «una spinta poderosa che possa fatalmente portare all'allontanamento degli ordinamenti, piuttosto che a incoraggiarne l'ulteriore integrazione». Ruggeri sottolinea, inoltre, la sostanziale continuità fra *identità e tradizioni costituzionali*, chiarendo che «Identità e tradizioni non sono necessariamente cose nella sostanza diverse [...] e anzi – a giudizio della Consulta – non possono in alcun caso o modo esserlo, per la elementare ragione che la nostra Corte non potrebbe mai accedere [...] all'ordine di idee secondo cui si danno tradizioni "comuni" alla cui formazione non concorrono altresì, e con centralità di posto, anche i nostri principi fondamentali». Cfr. P. FARAGUNA, *La Corte di giustizia alle prese con identità costituzionali incostituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, III, p. 635.

²³ In una seconda accezione, l'identità costituzionale assume un significato più marcatamente soggettivo, riferendosi al grado in cui i principi costituzionali risultano effettivamente interiorizzati dai membri della collettività. Sul punto, si veda V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2004, p. 50. Si tratta, dunque, di una sorta di proiezione soggettiva e collettiva della Costituzione all'interno del corpo sociale, la cui forza dipende dall'effettiva adesione ai valori che essa incarna. Come efficacemente osserva A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, II, p. 314, «l'identità e la forza di una costituzione sono date dall'adesione ai principi e ai valori che essa esprime e attorno ai quali si rinnova nella continuità».

L'art. 1 Cost., con l'affermazione che «l'Italia è una Repubblica democratica», e l'art. 3, nel sancire l'uguaglianza e il rifiuto di ogni forma di discriminazione, si collocano al centro di un impianto assiologico che, se letto alla luce dei lavori preparatori e del contesto storico della Costituente²⁴, esprime una netta cesura rispetto all'esperienza del regime fascista²⁵. Tale cesura è ribadita con maggiore forza dalla *XII Disposizione transitoria e finale*, che vieta la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista²⁶. La previsione non è una clausola residuale, ma una vera e propria norma precettiva²⁷, volta a impedire qualsiasi restaurazione ideologica e politica dell'autoritarismo, con implicazioni anche penali²⁸.

²⁴ Cfr. E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012.

²⁵ Come ha osservato Grossi, la nascente Costituzione repubblicana segna una radicale discontinuità rispetto allo Stato fascista, ponendo al centro la persona come fine dell'ordinamento e non come mero strumento del potere politico. Già nella *Relazione introduttiva* di Giorgio La Pira alla prima Sottocommissione (nel settembre 1946) emergeva con forza il principio dell'anteriorità dei diritti naturali dell'uomo rispetto allo Stato, ribadito più volte anche da Giuseppe Dossetti, e destinato a tradursi nel riconoscimento non solo dei diritti di libertà, ma anche dei diritti sociali, in un sistema che trova nel lavoro il fondamento della nuova Repubblica. Cfr. P. GROSSI, *Una Costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età*, Bologna, 2018.

²⁶ È noto il dibattito che si svolse in Assemblea costituente e che condusse alla formulazione attuale, e in particolare l'intervento dell'On. Togliatti, che, rispondendo ai dubbi manifestati dall'On. Dossetti circa il rischio che la disposizione potesse venire utilizzata in modo improprio, sottolineò che la norma si limita «al richiamo storico del partito fascista quale si è manifestato nella realtà politica del Paese dal 1919 al 1943». Peraltro, poi la Corte costituzionale ha rilevato che la norma costituzionale impone al legislatore di sanzionare penalmente non solo la riorganizzazione del partito fascista, ma anche condotte che lo stesso legislatore ritenga costituire un pericolo per tale riorganizzazione. Cfr. Corte cost., 25 novembre 1958, n. 74.

²⁷ Infatti, in Italia il dibattito sul concetto di *democrazia protetta* (o *militante*) nasce dalla necessità di tutelare i valori fondamentali dello Stato senza ricorrere a strumenti di vincolo assoluto sui principi costituzionali. La Costituzione non prevede una «clausola di eternità» dei principi fondamentali: l'art. 139 limita il divieto di revisione costituzionale alla forma repubblicana, mentre la *XII Disposizione transitoria e finale* vieta la ricostituzione del partito fascista. Già nell'Assemblea costituente, Mortati escludeva che limiti sostanziali alla revisione potessero essere introdotti senza creare un «governo dei giudici»; oltretutto, l'emendamento Benvenuti-Laconi, volto a sottrarre i diritti fondamentali alla revisione costituzionale, fu rigettato, e Moro segnalava il rischio di aggirabilità e di ostacolo a riforme storicamente necessarie. Alcuni Costituenti, come Calamandrei, interpretavano l'art. 139 come norma potenzialmente prefigurante un limite alla revisione, ma non insuperabile nella pratica. La *XII Disposizione*, dunque, pur finalizzata a impedire il ritorno del fascismo, può essere considerata uno strumento di tutela dei principi fondamentali della Repubblica, sebbene il suo carattere specifico, diretto a escludere i principi tipici del regime fascista, lasci aperto il dubbio sulla possibilità di identificarla come una vera e propria clausola protettiva dei valori essenziali dello Stato. Cfr. C. MORTATI, *La Costituzione: la teoria, la storia, il problema italiano*, Roma, 1945, p. 212 ss.; G. VOLPE, *Art. 139*, in *Commentario delle Costituzioni. Garanzie costituzionali*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981, p. 732.

²⁸ Sulla perenne attualità della *XII Disposizione transitoria e finale* si veda B. PEZZINI, *Fascismo/antifascismo: l'alterità politica matrice della Costituzione repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, 2025, I, pp. 113 ss., nonché G. E. VIGEVANI, *Origini e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in *Medialaws. Rivista di Diritto dei Media*, 2019, I, pp. 25 ss.; M. CUNIBERTI, *Le manifestazioni fasciste e l'attualità della XII disposizione finale della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2025, IV, p. 113; G. SPAGNOLO, *Norme penali contro il neofascismo e XII disposizione finale della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 318.

È in questa direzione che si è mossa la giurisprudenza costituzionale, sin dalle sue pronunce più risalenti²⁹. Con la sentenza n. 1 del 1957, la Corte ha ritenuto conforme alla Costituzione la legge Scelba, affermando che la democrazia italiana non può tollerare attività che si propongano il ripristino del fascismo, anche qualora mascherate sotto forme apparentemente innocue³⁰. L'interpretazione fornita in tale occasione – ribadita successivamente nella sentenza n. 74 del 1958 – segna l'ingresso dell'antifascismo nel corpo vivo della Costituzione, come principio idoneo a legittimare anche restrizioni delle libertà fondamentali, ivi compresa quella di manifestazione del pensiero³¹.

Tuttavia, il ruolo che il diritto penale può e deve giocare nella tutela dell'identità costituzionale antifascista è oggetto di un acceso dibattito. Vi è infatti il rischio, ben evidenziato dalla dottrina, che la trasformazione dei valori costituzionali in oggetto di incriminazione possa condurre a un uso strumentale e identitario della pena, sovraccaricandola di funzioni simboliche e svuotandola della sua razionalità garantista. Il diritto penale non può essere inteso come un *medium* di espressione valoriale della Carta costituzionale, ma deve conservare la sua funzione limitata e residuale, ancorata al principio di offensività e alla tutela di beni giuridici concreti³².

L'elevazione dell'antifascismo a principio supremo dell'ordinamento non comporta, di per sé, la legittimazione di ogni forma di repressione penale delle condotte che si pongano in contrasto con tale valore. La Corte costituzionale stessa, pur riaffermando in più occasioni il fondamento antifascista della Repubblica, ha sempre ribadito la necessità che le norme penali siano interpretate

²⁹ Non sembra casuale che la Corte costituzionale ricorra all'espressione *identità costituzionale* quasi esclusivamente nelle pronunce concernenti la materia penale: ciò lascia intendere come tale nozione sia mobilitata in contesti in cui la tutela delle garanzie individuali e il rispetto dei principi fondamentali, in particolare il principio di legalità e il diritto di difesa, assumano una rilevanza centrale. Tra le decisioni più significative si segnalano: ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24 e sentenza 31 maggio 2018, n. 115 (relative alla c.d. *saga Taricco*); ordinanza 10 maggio 2019, n. 117 e sentenza 5 giugno 2023, n. 111, focalizzate sul diritto di difesa; nonché la sentenza 23 dicembre 2020, n. 278, anch'essa concernente il principio di legalità. In tutti questi casi, l'invocazione dell'identità costituzionale funge da parametro di tutela dei diritti fondamentali, configurandosi come limite estremo all'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle fonti sovranazionali e garantendo la coerenza con i valori supremi della Costituzione.

³⁰ Corte cost., 16 gennaio 1957, n. 1, in *Giur. cost.*, 1957, I, pp. 7 ss.; secondo i giudici della Consulta, «l'apologia del fascismo, per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da poter condurre alla riorganizzazione del partito fascista». Cfr. L. DIOTALLEVI, *Sulla permanente "attualità" del reato di "manifestazioni fasciste" ex art. 5 "Legge Scelba"*, in *Giur. cost.*, 2014, VI, p. 201.

³¹ Con riferimento alla matrice antifascista della Carta costituzionale italiana si veda A. BALDASSARRE, *La costruzione del paradigma antifascista e la Costituzione repubblicana*, in *Prob. del soc.*, 1986, pp. 10 ss.; M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. Dir.*, 1991, pp. 183 ss.; Id., *Itinerari costituzionali della memoria*, in *Rivista AIC*, 2022, IV, p. 106.

³² Tra tutti, F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, Milano, 1985, tomo I; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, Milano, 1977.

in conformità ai principi di legalità, tassatività e proporzionalità³³. In tale prospettiva, l'identità costituzionale antifascista non può essere tutelata attraverso un uso meramente simbolico della sanzione. Occorre evitare che il diritto penale si trasformi in uno strumento di moralizzazione pubblica o di costruzione ideologica del consenso attorno a valori considerati fondanti, ma deve operare secondo criteri di necessità, sussidiarietà e concretezza lesiva. Laddove manchi il pericolo effettivo per l'ordine democratico o per i beni giuridici costituzionalmente protetti, la risposta penale rischia di degenerare in una forma di repressione del dissenso politico o ideologico, incompatibile con i principi dello Stato costituzionale di diritto³⁴.

Infine, occorre considerare che l'identità costituzionale, pur radicata storicamente nell'antifascismo, non è un dato statico, ma un processo dinamico di interpretazione e realizzazione dei valori fondamentali. La sua tutela non può essere affidata esclusivamente al diritto, ma deve articolarsi attraverso un insieme di strumenti culturali, educativi e istituzionali. In tal senso, l'uso della sanzione penale deve essere concepito come ultimo rimedio, destinato unicamente ai casi in cui sia riscontrabile un effettivo pericolo per il pluralismo democratico o per la dignità delle persone, e non come mezzo ordinario di costruzione della memoria pubblica.

4. - *Negazionismo e apologia del fascismo nel diritto penale italiano.* Il diritto penale italiano ha affrontato sin dalle origini della Repubblica il problema della tutela dell'ordine democratico e della prevenzione di rigurgiti totalitari, ponendo al centro della propria funzione repressiva la lotta contro la ricostituzione del disciolto partito fascista e la protezione dei valori fondanti dell'ordinamento costituzionale. A tale scopo, il legislatore ha elaborato un *corpus* normativo che si sviluppa attorno a tre principali assi: la legge n. 645/1952 (c.d. legge Scelba), la legge n. 205/1993 (c.d. legge Mancino) e, più recentemente, le modifiche introdotte agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* del codice penale in materia di propaganda e discriminazione per motivi razziali, etnici o religiosi. Tuttavia, tali strumenti presentano profili di criticità, sia sotto il profilo della loro compatibilità con i principi di legalità e di offensività, sia per il crescente rischio di un impiego simbolico e identitario della sanzione penale, soprattutto nel contesto della repressione del negazionismo e della cosiddetta "estetica fascista"³⁵.

³³ F. PARUZZO, *Il Tar Brescia rigetta il ricorso di Casapound: l'antifascismo come matrice e fondamento della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 2018, II, p. 475; B. PEZZINI, *Attualità della Resistenza: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in B. Pezzini, S. Rossi, *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, Milano, 2016, p. 219.

³⁴ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 215.

³⁵ Calamandrei, già nel 1952, sottolineava come il fascismo, pur formalmente sconfitto, sopravvivesse sotto forma di "costume fascista", radicato nel carattere e nei costumi degli italiani, e come fosse necessario mantenere una vigilanza costante per individuarne ogni possibile ritorno, anche sotto forme estetiche o simboliche apparentemente innocue. Cfr. L. SARTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Critica del diritto*, 1994, I, p. 14.

La legge Scelba costituisce la prima risposta legislativa al problema della salvaguardia dell'identità antifascista della Repubblica. Essa dà attuazione alla XII *Disposizione transitoria e finale* della Costituzione, incriminando la riorganizzazione del disciolto partito fascista e l'apologia del fascismo. In particolare, l'art. 4 punisce chiunque esalti pubblicamente esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, ovvero le sue finalità antidemocratiche, con pena detentiva. La Corte costituzionale, già con la sentenza del 1957, ha ritenuto compatibile tale previsione con il principio di libertà di manifestazione del pensiero, qualificando l'apologia come "propaganda idonea a suscitare il pericolo di ricostituzione del partito fascista"³⁶. L'interpretazione costituzionalmente orientata ha così vincolato l'applicazione della norma al rispetto del principio di offensività, richiedendo che la condotta apologetica sia "concretamente pericolosa" e non si esaurisca nella semplice espressione di opinioni storiche o politiche³⁷.

Successivamente, la legge Mancino ha ampliato l'orizzonte repressivo alle condotte discriminatorie e razziste, intervenendo sull'art. 3 della legge n. 654/1975 e introducendo nuove figure di reato che puniscono la propaganda fondata sull'odio etnico, razziale o religioso³⁸. L'impianto normativo è stato integrato, nel 2016, con la legge n. 115, che ha previsto un'aggravante specifica per la negazione, la minimizzazione o l'apologia della Shoah e di altri crimini contro l'umanità, a condizione che tali condotte siano idonee a determinare un concreto pericolo di diffusione dell'odio³⁹. Con l'inserimento degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., il legislatore ha cercato di unificare, sotto un unico titolo, le condotte di propaganda e istigazione, introducendo così una disciplina organica in materia di *hate speech* e memoria storica.

Nonostante tali evoluzioni, la compatibilità delle suddette norme con il principio di libertà di espressione e con le garanzie penalistiche di determinatezza,

³⁶ Corte cost., 16 gennaio 1957, n. 1, cit.; Corte cost., 25 novembre 1958, n. 74.

³⁷ La Corte costituzionale, richiedendo che il reato di "manifestazioni fasciste" ex art. 5 della legge Scelba sia valutato in base al pericolo concreto e non astratto, ha creato rilevanti difficoltà applicative e probatorie. Il giudice deve accertare se la manifestazione abbia un'effettiva attitudine al proselitismo e a turbare l'ordine democratico, distinguendo condotte meramente commemorative da quelle con finalità rivendicative, in un contesto in cui i margini di discrezionalità e la complessità della prova risultano estremamente elevati. Cfr. A. TESAURO, "Le radici profonde non gelano": le manifestazioni fasciste al vaglio delle sezioni unite. tra storia e diritto, in *Sistema penale*, 2024.

³⁸ Per un ampio esame dei problemi, anche di natura costituzionale, che pone la repressione delle opinioni razziste e xenofobe, può esaminarsi lo studio di A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 519.

³⁹ In dottrina si è osservato che, nella prassi applicativa, le disposizioni della legge Scelba tendono a essere effettivamente trascurate, con un ricorso prevalente alla normativa meno rigorosa della legge Mancino. Tale impostazione è stata descritta da Paruzzo come una sorta di "disapplicazione di fatto" della legge del 1952, mentre Tesaurò la interpreta come un «ripiegamento strategico», volto a privilegiare strumenti normativi più facilmente gestibili e meno esposti a censure costituzionali, pur perseguendo obiettivi analoghi di tutela dell'ordine democratico e dei valori antifascisti. Cfr. F. PARUZZO, *La XII Disposizione transitoria e finale: tra garanzia "antirazzista" della legge Mancino e specificità della matrice antifascista*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, III, pp. 111 ss.

tassatività e proporzionalità è oggetto di accesa discussione⁴⁰. Parte della dottrina ha evidenziato il rischio di un impiego simbolico e ideologico del diritto penale, teso a sanzionare non già comportamenti concretamente pericolosi per l'ordine pubblico, quanto manifestazioni simboliche o revisionistiche, che, pur discutibili, rientrano nel perimetro della libertà costituzionale di opinione⁴¹. In questo senso, la repressione del negazionismo – soprattutto se privo di intenti discriminatori o di incitamento all'odio – solleva interrogativi profondi sulla natura e sui limiti del diritto penale in uno Stato liberale⁴².

Emblematico, in tal senso, è il dibattito sviluppatosi attorno al disegno di legge Fiano, approvato solo dalla Camera dei deputati nel 2017. Il testo, volto a introdurre l'art. 293-bis c.p., prevedeva il reato di propaganda del regime fascista e nazifascista, punendo chiunque diffondesse immagini, simboli o gesti inequivocabilmente riconducibili al fascismo o al nazismo, anche attraverso la produzione o la commercializzazione di beni o *souvenir* legati al Ventennio. Il disegno di legge prevedeva, inoltre, un aggravamento di pena qualora l'agente si servisse di strumenti telematici⁴³. L'intento della proposta era quello di colpire non soltanto la riorganizzazione politica del fascismo, ma anche la sua rappresentazione simbolica e il suo utilizzo commerciale. Tuttavia, proprio questa impostazione ha sollevato ampie critiche, tanto in dottrina quanto in sede politica, per l'eccessiva genericità e la scarsa offensività delle condotte incriminate⁴⁴.

⁴⁰ R. BARTOLI, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. Zan ma alcuni comportamenti incriminati dall'art. 604-bis c.p.*, in *Sistema penale*, 2021; secondo l'Autore, l'art. 604-bis c.p. presenta profili problematici di legittimità costituzionale. In particolare, le ipotesi di "propaganda di idee" e di "istigazione a provocazione alla violenza" sarebbero illegittime, in quanto incriminano il pensiero senza un concreto passaggio all'azione. Mentre l'ipotesi di "istigazione o commissione di atti di discriminazione" può essere considerata costituzionalmente legittima solo se limitata a comportamenti attivi o omissivi diretti a colpire la dignità, l'identità o la personalità di soggetti determinati, andando oltre la mera manifestazione del pensiero. Infine, l'unica ipotesi pienamente legittima è quella relativa a violenza o istigazione a violenza concreta. Si veda, inoltre, E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1997, pp. 32 ss.

⁴¹ In questo senso, la giurisprudenza si è trovata a giudicare esibizioni quali il saluto romano o l'esposizione di simboli fascisti durante manifestazioni pubbliche, inclusa la parata di Predappio con la maglietta nera recante la scritta "Auschwitzland". Il Tribunale di Forlì ha assolto l'imputata per carenza di prova sulla riferibilità a organizzazioni neofasciste attive, mentre la Cassazione ha riqualificato il fatto ai sensi dell'art. 604-bis c.p., riconoscendo la rilevanza penale dell'apologia della Shoah e della sua minimizzazione, escludendo tuttavia la configurabilità di un generico incitamento alla discriminazione. Sul punto si veda l'Editoriale di R. BARTOLI, *Reati di opinione e costituzionalismo*, in *Diritto penale e processo*, 2025, I, p. 7; nonché A. COSTANTINI, *Il saluto romano nel quadro dei crimini d'odio razziale: dimensione offensiva e rapporti con la libertà di espressione*, in *Diritto penale e processo*, 2020, II, p. 215.

⁴² D. PULITANÒ, *Manifestazioni postfasciste e cultura liberale*, in *Sistema penale*, 2025.

⁴³ In dottrina è stato osservato come, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento tedesco – che sanziona penalmente qualsiasi impiego della simbologia nazista a prescindere dall'intenzione soggettiva dell'agente o da concreti collegamenti con organizzazioni eversive – il diritto penale italiano subordina la rilevanza delle condotte simboliche alla verifica in concreto della loro idoneità a realizzare un pericolo per l'ordine democratico o a veicolare messaggi di discriminazione e odio. Cfr. P. CAROLI, *Commemorare i caduti della Repubblica Sociale Italiana con il saluto romano non costituisce reato*, in *Diritto penale e processo*, 2017, XII, p. 1585.

⁴⁴ D.d.l. AC. n. 3343, *Introduzione dell'articolo 293-bis del codice penale, concernente il reato di propaganda del regime fascista e nazifascista*. D. MORELLI, *La proposta di legge Fiano e l'antifascismo*

È stato rilevato, infatti, che la proposta rischiava di sanzionare anche condotte puramente “estetiche” o provocatorie, prive di finalità apologetiche o di istigazione concreta, come la vendita di *gadget* raffiguranti immagini fasciste oppure gesti⁴⁵, come il saluto romano⁴⁶ in contesti non violenti⁴⁷. La previsione di una fattispecie tanto ampia e indeterminata avrebbe potuto condurre a una criminalizzazione dell'espressione simbolica, travolgendo il principio di legalità e compromettendo la funzione garantista del diritto penale⁴⁸.

La giurisprudenza costituzionale, pur non essendosi pronunciata direttamente sulla proposta Fiano, ha in più occasioni chiarito che l'antifascismo, per quanto valore fondante della Repubblica, non può giustificare in via automatica restrizioni alla libertà di manifestazione del pensiero⁴⁹. Anche le

estetico, in *laCostituzione.info*, 2017, reperibile su <https://www.lacostituzione.info/index.php/2017/07/10/la-proposta-di-legge-fiano-e-lantifascismo-estetico>, consultato il 3 febbraio 2026.

⁴⁵ A. LONGO, *I simboli (del Fascismo) e il tempo (della Costituzione): pochi spunti suggeriti dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 37577 del 2014*, in *Osservatorio AIC*, 2014, III, pp. 1-16.

⁴⁶ Le Sezioni Unite (Sez. Un., 18 gennaio 2024, n. 16153) hanno precisato che il saluto romano o la “chiamata del presente” possono integrare la fattispecie di cui all'art. 5 l. n. 645/1952 solo ove la condotta, valutata nel contesto spazio-temporale di riferimento, sia idonea a determinare un pericolo concreto di ricostituzione del disciolto partito fascista o di diffusione dei relativi valori antidemocratici. La decisione, pur confermando la linea tracciata dalla Corte costituzionale, ha inteso scongiurare ogni automatismo repressivo, riaffermando la centralità del giudizio di offensività in concreto.

Come osserva Tesauro, tuttavia, il richiamo delle Sezioni Unite al concetto di “consenso potenziale” rischia di reintrodurre surrettiziamente una forma di pericolosità presunta, trasformando la fattispecie in un reato d'opinione travestito da reato di pericolo concreto: la soglia probatoria dell'offensività resta infatti affidata a un accertamento eminentemente simbolico e, in ultima analisi, politico del gesto. Cfr. A. TESAURO, “*Le radici profonde non gelano*”, cit.; ID., “*Planando sopra boschi di braccia tese*”: *il saluto fascista davanti alle Sezioni Unite*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2024, III, pp. 87 ss.; A. GALLUCCIO, *Il saluto fascista è reato? L'attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano, in una sentenza di condanna*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019.

⁴⁷ In dottrina è stato rilevato come l'introduzione di nuove fattispecie penali riconducibili al novero dei *reati di opinione* e segnatamente di quelle volte a reprimere manifestazioni o riferimenti al fascismo, ponga rilevanti problemi di compatibilità costituzionale. Tali incriminazioni, infatti, tendono a spostare l'oggetto della tutela dal pericolo concreto per l'ordine democratico alla salvaguardia di valori “storici” e identitari, configurando una forma di protezione simbolica dell'identità antifascista della Repubblica. In tal modo, si corre il rischio di incriminare non tanto la condotta concretamente pericolosa, quanto il semplice riferimento ideologico al fascismo, presupponendone un'intrinseca offensività per i valori fondanti della comunità costituzionale. Cfr. A. NOCERA, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 23.

⁴⁸ La proposta dell'On. Fiano si inserisce, dunque, in una tendenza più generale di populismo penale simbolico, in cui l'obiettivo non è tanto la prevenzione di lesioni effettive, quanto l'affermazione pubblica di valori identitari attraverso la minaccia della sanzione. Questo processo – che alcuni autori hanno definito “penalizzazione della memoria” – rischia di compromettere il delicato equilibrio tra repressione e libertà, soprattutto laddove l'oggetto della tutela non è un bene giuridico determinato, ma una visione ufficiale del passato, imposta in chiave prescrittiva e univoca. Cfr. M. MANETTI, *Lacune vere e presunte nella repressione della propaganda nazi-fascista (a proposito del d.d.l. “Fiano”)*, in *Forum Quad. Cost. Rass.*, 2017, X.

⁴⁹ A. J. GOLIA, *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione online e democrazia (non) protetta in Casapound c. Facebook e Forza Nuova c. Facebook*, in *Federalismi.it*, 2020, XVIII, p. 139; l'Autore segnala che l'antifascismo «può essere forse più correttamente rappresentato come un *flusso*, una sorta di fiume carsico che emerge in modi diversi, a seconda del momento storico e della

opinioni storiche più radicali o revisionistiche sono protette dall'art. 21 Cost., a meno che non si traducano in propaganda violenta o incitamento concreto alla discriminazione⁵⁰. L'effettiva offensività della condotta e la sua idoneità a pregiudicare beni giuridici costituzionalmente rilevanti restano, dunque, criteri imprescindibili per legittimare l'intervento penale⁵¹.

In definitiva, il quadro normativo e giurisprudenziale attuale mostra una tensione irrisolta tra la necessità di tutelare la memoria storica come parte integrante dell'identità costituzionale e l'esigenza di garantire i principi fondamentali del diritto penale liberale⁵². La repressione dell'apologia del fascismo e del negazionismo può trovare fondamento giuridico solo laddove tali condotte costituiscano una minaccia effettiva all'ordine democratico o ai diritti delle persone. Al di fuori di tali ipotesi, il ricorso alla sanzione penale rischia di assumere una funzione puramente simbolica⁵³, incompatibile con il principio di proporzionalità e con la funzione garantista della giustizia penale.

5. – *Il diritto penale della memoria in prospettiva comparata e sovranazionale.* L'emersione del diritto penale della memoria come categoria autonoma trova fondamento, oltre che nelle legislazioni nazionali, anche nel diritto europeo e nel confronto tra ordinamenti, nei quali si riscontra una tendenza crescente alla penalizzazione della negazione o minimizzazione di crimini storici. La funzione assunta dal diritto penale in questo ambito si situa all'intersezione tra protezione dell'ordine democratico, prevenzione dell'odio e salvaguardia della memoria storica come patrimonio identitario delle collettività. Tuttavia, le soluzioni normative adottate nei diversi contesti giuridici evidenziano una significativa eterogeneità, non solo in termini di tecniche legislative, ma soprattutto con riguardo al bilanciamento tra libertà di espressione e tutela simbolico-identitaria.

congiuntura politica, tra i vari strati dell'ordinamento. In una certa misura, si potrebbe affermare che l'esperienza costituzionale italiana sia caratterizzata da diversi – non necessariamente contraddittori – antifascismi». Cfr. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit.; A. SPATARO, *Identità "costituzionale" e identità "nazionale": non sempre simul stabunt e non sempre simul cadent*, in *Rivista AIC*, 2025, III, p. 67.

⁵⁰ C. CARUSO, *Dignità degli altri e spazi di libertà degli intolleranti. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 795.

⁵¹ Sul tema, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2007.

⁵² Sul concetto di diritto penale liberale, si veda G. FIANDACA, *Intorno al diritto penale liberale*, in *disCrimen*, 2019, X; l'Autore sottolinea i tratti distintivi del diritto penale di matrice liberale: prevalenza della legislazione (principio di legalità), subordinazione della punibilità al dolo o alla colpa, esclusione della sanzione per mere offese morali, finalità preventiva della pena e proporzionalità dell'intervento penale. Fiandaca evidenzia, inoltre, come la tutela dei beni giuridici debba essere selettiva e critica, mettendo in guardia contro una riduzione del diritto penale liberale a mero garantismo quantitativo. Questi principi risultano particolarmente rilevanti nel bilanciamento tra protezione della memoria storica e rispetto dei fondamenti del diritto penale moderno.

⁵³ Sul diritto penale simbolico cfr. M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, IV, pp. 1546 ss.

In ambito europeo⁵⁴, come già sottolineato, un momento decisivo nella formalizzazione di una politica penale della memoria è rappresentato dalla Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione Europea, che impone agli Stati membri di punire le condotte di negazione pubblica, minimizzazione grossolana o apologia di crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale, qualora tali comportamenti siano idonei a incitare alla violenza o all'odio. Tale norma rappresenta un compromesso tra le diverse sensibilità culturali e giuridiche degli Stati membri, e ha dato luogo a recezioni profondamente differenziate: alcuni ordinamenti, come quello tedesco e austriaco, hanno adottato disposizioni penali specifiche sulla negazione dell'Olocausto; altri, come l'Italia, hanno recepito tali obblighi attraverso l'estensione di norme già esistenti.

Il modello tedesco costituisce uno dei paradigmi più solidi e controversi di penalizzazione del negazionismo. L'art. 130 del codice penale tedesco punisce severamente la negazione pubblica dell'Olocausto, configurandola non come mera lesione della verità storica, ma come condotta idonea a minare la pace pubblica attraverso l'incitamento all'odio. La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* ha legittimato tale scelta legislativa, affermando che la negazione dei crimini del nazismo costituisce un "abuso della libertà di espressione", in quanto nega la dignità delle vittime e costituisce un attacco simbolico ai fondamenti democratici dell'ordine costituzionale.

La Corte tedesca ha, quindi, interpretato l'identità costituzionale in chiave antifascista, senza rinunciare a un rigoroso controllo di proporzionalità e finalità rispetto alla libertà d'espressione⁵⁵.

Diversa risulta la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui giurisprudenza in materia si è sviluppata attorno all'art. 10 della Cedu, che garantisce la libertà di espressione, pur ammettendo limiti qualora siano "necessari in una società democratica"⁵⁶. La Corte ha perfino introdotto la nozione di "abuso del diritto", ex art. 17 Cedu, affermando che il ricorso alla libertà di espressione non può estendersi alla protezione di discorsi negazionisti e

⁵⁴ Cfr. G. M. LOZANO TERUEL, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in *Rivista AIC*, 2014, II.

⁵⁵ E. CATERINA, *L'eternità di un Provisorium: appunti sui limiti della revisione costituzionale a partire dal modello dell'art. 79, comma 3, della Legge fondamentale tedesca*, in *La Nuova Giuridica - Florence Law Review*, 2024, II, p. 33; l'Autore evidenzia come l'identità costituzionale nel modello tedesco, attraverso la "clausola di eternità" dell'art. 79, comma 3, GG, operi quale limite assoluto alla revisione costituzionale, garantendo la permanenza dei principi fondamentali della Costituzione e la coerenza assiologica dell'ordinamento, costituendo un parametro di riferimento per analoghe riflessioni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

⁵⁶ In base all'interpretazione costante della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'art. 10 CEDU ammette limitazioni alla libertà di espressione solo a condizioni rigorose: le restrizioni devono essere previste dalla legge, perseguire uno dei fini legittimi enumerati dal paragrafo 2 del medesimo articolo – come la tutela dell'ordine pubblico, della morale o dei diritti altrui – e risultare necessarie e proporzionate in una società democratica rispetto allo scopo perseguito e alla gravità della condotta limitata. Si veda F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, I, p. 42.

antidemocratici, soprattutto se associati a finalità razziste o revisioniste⁵⁷. La giurisprudenza di Strasburgo dimostra così un approccio più restrittivo rispetto alla penalizzazione della memoria⁵⁸, riconoscendo che il pluralismo ideologico implica anche la tolleranza di opinioni radicali o impopolari, a meno che non vi sia un pericolo concreto per la convivenza democratica. La Corte distingue con precisione tra negazione di fatti storici universalmente accertati – come la Shoah – e contestazione di eventi oggetto di dibattito storiografico, richiedendo, in ogni caso, una valutazione di proporzionalità tra la sanzione imposta e l'interesse pubblico alla repressione⁵⁹.

Il modello francese, a sua volta, si fonda sulla *loi Gayssot* del 1990, che punisce la negazione dell'esistenza di crimini contro l'umanità così come definiti nel processo di Norimberga. Tale disposizione ha suscitato dibattiti intensi in Francia, sia per il suo impatto sulla libertà scientifica e storiografica, sia per il rischio di una “memoria ufficiale imposta dallo Stato”. Nel 2008, il *Conseil constitutionnel* ha ribadito la necessità che ogni limitazione della libertà di parola sia proporzionata e fondata su finalità costituzionalmente rilevanti⁶⁰. Allo stesso modo, la Corte di cassazione francese ha riconosciuto che la legge deve essere interpretata restrittivamente, per evitare derive censorie incompatibili con lo Stato di diritto.

Nel confronto con tali ordinamenti, il modello italiano si presenta come più frammentato e meno sistematico. La legislazione vigente non contempla un reato autonomo di negazionismo⁶¹, ma prevede l'aggravante *ex art. 604-bis c.p.* nei casi in cui la negazione della Shoah o di altri crimini internazionali sia commessa nell'ambito di condotte di istigazione all'odio razziale o di propaganda. La

⁵⁷ In questo senso *Perinçek v. Switzerland*, n. 27510/08, 17 dicembre 2013; il giudice di Strasburgo ritiene che la condanna del ricorrente fondata sulla norma incriminatrice elvetica che punisce chi pubblicamente neghi, minimizzi grossolanamente o cerchi di giustificare un genocidio o altri crimini contro l'umanità, violi l'art. 10 Cedu, in quanto tale limitazione alla libertà di espressione non risulta «necessaria in una società democratica». La sentenza risulta allora di particolare interesse, in quanto la soluzione accolta si discosta da quella sviluppata nella decisione *Garaudy c. Francia* del 2003, nella quale la Corte europea – dichiarando irricevibile il ricorso per violazione dell'art. 17 Cedu – aveva affermato la legittimità dell'incriminazione della negazione della Shoah relativa al popolo ebraico.

⁵⁸ DONINI, *Negazionismo e protezione della memoria*, cit.; l'Autore mette in evidenza come l'approccio restrittivo delle Corti sovranazionali in qualche modo si “attenua” quando si parla di negazionismo c.d. “originario”. Inoltre, sulla differenza e l'evoluzione da forme “originali” e “più ampie” di negazionismo, cfr. E. FRONZA, *Memory and Punishment*, Berlin, Heidelberg, 2018, pp. 180 ss.

⁵⁹ L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek alla nuova aggravante previsionale italiana*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, X.

⁶⁰ La Corte di Cassazione francese conferma la tendenza a non mettere in discussione le leggi memoriali, attraverso il rigetto costante delle questioni prioritarie di costituzionalità che essa potrebbe trasmettere al *Conseil constitutionnel*. Cfr. J. FRANCILLON, *Questions prioritaires de constitutionnalité en matière d'infractions de presse (délits d'apologie de crimes de guerre, de contestation de l'existence de crimes l'humanité, et de diffamation), observations à propos de Crim. 2 et 19 mars 2010, n° 09-81.238 09-81.027, et 7 mai 2010, n° 09-80.774*, in *Rev. sc. crim.*, 2010, III, pp. 640 ss.; I. SPIGNO, *Ancora sulle lois mémorielles: la parola al Conseil constitutionnel sull'antinegazionismo*, in *Diritti comparati*, 2012, VI.

⁶¹ E. FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, in *Diritto penale e processo*, 2017, II, pp. 155 ss.; v. anche ID., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1016 ss.

struttura della norma richiede, quindi, un nesso tra la negazione del crimine e una condotta di istigazione concreta o di propaganda discriminatoria, escludendo, almeno in linea teorica, la punibilità della semplice espressione negazionista. Tuttavia, la vaghezza di alcuni concetti giuridici – come la “minimizzazione grave” o la “propaganda” – può dar luogo a interpretazioni estensive, in contrasto con i canoni di precisione e determinatezza richiesti dall’art. 25, comma 2, Cost.⁶²

Un ulteriore elemento critico riguarda l’assenza, nel sistema italiano, di un autentico bilanciamento giudiziale tra repressione del negazionismo e libertà di manifestazione del pensiero⁶³. Mentre altri ordinamenti affidano alla Corte costituzionale o ad autorità indipendenti il controllo sull’uso della memoria come bene penalmente protetto, in Italia tale equilibrio resta affidato all’interpretazione del giudice ordinario, con il rischio di derive giurisprudenziali non sempre coerenti⁶⁴. La penalizzazione della memoria storica rischia pertanto di assumere una funzione “retorica del male”, fondata più sull’esigenza di riaffermare pubblicamente una verità traumatica che sulla reale necessità di tutela di un bene giuridico⁶⁵.

In conclusione, l’analisi comparata mostra che il diritto penale della memoria si colloca in una zona grigia del diritto costituzionale e sovranazionale, nella quale convergono esigenze di tutela dell’identità democratica, prevenzione del discorso d’odio e protezione delle vittime della storia. Ciononostante, ogni intervento repressivo in questo ambito deve essere sorretto da una rigorosa analisi sui principi, per evitare che il diritto penale si trasformi in uno strumento di costruzione ideologica o in un mezzo per cristallizzare verità più o meno ufficiali. La memoria è un bene culturale e politico che richiede tutela, ma il diritto penale non può assurgere a legislatore della storia.

6. – *Conclusioni*. L’analisi condotta nel presente saggio evidenzia come la tutela della memoria storica attraverso gli strumenti propri del diritto penale

⁶² Limitatamente ai principi del diritto penale richiamati, si rinvia a F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2025, pp. 123 ss.

⁶³ Per un commento alla disciplina, *ex multis*, S. DE FLAMMINEIS, *Riflessioni sull’aggravante del “negazionismo”: offensività della condotta e valori in campo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; M. FLORES, *Negazionismi, revisionismi e libertà d’opinione*, 2007.

⁶⁴ In epoca ancora più recente, merita di essere richiamato come dato emblematico il fatto che, attraverso il deposito di una pluralità di mozioni presentate tra giugno e ottobre 2019, duecentododici senatori, espressione di quasi tutte le componenti parlamentari, abbiano aderito all’iniziativa della senatrice a vita Liliana Segre volta all’istituzione di una *Commissione straordinaria per il contrasto dell’intolleranza, del razzismo, dell’antisemitismo e dell’istigazione all’odio e alla violenza*, attribuendole un insieme di competenze significativamente più esteso: non soltanto funzioni di analisi e approfondimento, ma anche compiti di natura consultiva, propositiva e di segnalazione. La rilevanza della questione emerge non solo ai fini di un corretto inquadramento sistematico del fenomeno, ma anche in relazione alla possibile delimitazione dell’area dell’*hate speech* suscettibile di tutela costituzionale. Cfr. S. ANGIOI, *Hate speech e hate speech online. Questioni definitorie e problemi di regolamentazione tra diritto internazionale ed interventi del legislatore europeo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2025, pp. 496-521.

⁶⁵ M. DONINI, *Negazionismo e protezione della memoria*, cit.

rappresenti un terreno giuridico complesso e ricco di tensioni, in cui si intrecciano esigenze di difesa dell'identità costituzionale e necessità di salvaguardia delle libertà fondamentali. L'antifascismo, pilastro fondante della Repubblica italiana, ha trovato espressione normativa e giurisprudenziale in una legislazione repressiva che mira a prevenire la riorganizzazione del disciolto partito fascista e a reprimere ogni forma di apologia e negazionismo, intesi come minacce all'ordinamento democratico. Tuttavia, questo impegno si confronta con limiti imprescindibili di legalità, proporzionalità e rispetto della libertà di manifestazione del pensiero sanciti dalla Costituzione.

L'esperienza italiana, come messa a fuoco, mostra un sistema ancora in via di consolidamento, caratterizzato da norme frammentarie e da un dibattito aperto sul ruolo del diritto penale nella gestione della memoria storica. L'assenza di una fattispecie autonoma dedicata al negazionismo, l'utilizzo di aggravanti e la parziale mancanza di un controllo rigoroso sugli strumenti repressivi suggeriscono la necessità di un ripensamento critico, volto a evitare che la sanzione penale si trasformi in uno strumento di imposizione di una narrazione ufficiale, anziché in una tutela effettiva di beni giuridici concreti.

Il confronto comparato con altri ordinamenti europei sottolinea le differenti strategie adottate, da una repressione rigorosa e simbolicamente significativa, come nel caso tedesco, a un approccio più garantista e attento alla libertà di espressione, come emerge dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Questa pluralità di modelli evidenzia che non esiste una soluzione univoca, ma che la legittimità del diritto penale della memoria dipende dal bilanciamento rigoroso tra la necessità di prevenire l'incitamento all'odio e la tutela del pluralismo democratico. In particolare, la proposta di legge Fiano, pur avendo rappresentato un tentativo di rafforzare la risposta normativa contro la diffusione di simboli e messaggi nostalgici del fascismo, ha sollevato interrogativi cruciali circa la delimitazione tra legittima repressione e censura simbolica. Questo caso paradigmatico richiama la necessità di evitare che l'antifascismo, pur valore imprescindibile della Repubblica, venga strumentalizzato in chiave simbolica – diventando un “antifascismo apparente”⁶⁶ –, nel cui ambito il diritto penale intervenga per vietare forme di memoria che, seppur politicamente o moralmente discutibili, non costituiscono una reale minaccia per l'ordinamento democratico⁶⁷.

⁶⁶ L'antifascismo non può ridursi a enunciato simbolico o strumento retorico: la sua efficacia come principio costituzionale dipende dalla capacità del diritto e delle istituzioni di tradurlo in azioni concrete di prevenzione del neofascismo, evitando che il richiamo ai valori nati dalla Resistenza diventi mera commemorazione o legittimazione formale, senza un reale impatto sulla tutela dell'ordinamento; si veda A. RUGGERI, *Appunti per uno studio su memoria e Costituzione*, in *Consulta online*, 2019, fasc. II.

⁶⁷ D. PICCIONE, *L'antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della Costituzione e diritto penale dell'emotività*, in *Giur. cost.*, 2017, IV, p. 1941; ID., *L'espressione del pensiero ostile alla democrazia, tra diritto penale dell'emotività e psicologia collettiva*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, III, p. 77.

Il diritto penale, dunque, deve rimanere applicabile solo a condotte che presentano un chiaro profilo di offensività. La memoria storica, quale bene culturale e politico⁶⁸, richiede strumenti di tutela multilivello, che coinvolgano l'educazione, il dibattito pubblico e l'intervento delle istituzioni democratiche, piuttosto che affidarsi primariamente alla sanzione penale⁶⁹.

In definitiva, la sfida per il diritto penale contemporaneo è quella di conciliare l'urgente esigenza di preservare la memoria con il rispetto dei diritti fondamentali e la prevenzione di derive autoritarie nel controllo della storia. Solo attraverso un approccio critico, attento ai limiti costituzionali e aperto al dialogo comparato, sarà possibile costruire un sistema di tutela che sia giuridicamente legittimo, socialmente efficace e democraticamente sostenibile.

⁶⁸ All'esito di questa riflessione, sembra evidente che, di fronte al fenomeno grave del negazionismo – che colpisce direttamente il fondamento politico e costituente della nostra società – la risposta non debba necessariamente passare attraverso lo strumento penale. Prima ancora di pensare a condanne rivolte a chi, opponendosi alla democrazia, strumentalizza la menzogna storica come arma, occorre un intervento più profondo, affidato al solo piano politico. A tal fine è essenziale valorizzare gli spazi aperti della sfera pubblica, piuttosto che i contesti chiusi delle aule giudiziarie o dei testi normativi, promuovendo una riflessione condivisa sui valori etici e morali che la memoria storica custodisce e trasmette. In questo senso, «l'impegno di verità ha bisogno di libertà: della libertà incondizionata cui la ricerca scientifica ha diritto», così D. PULITANÒ, *Di fronte all'infamia nel diritto*, in *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di L. Garlati e T. Vettor, Milano, 2009, p. 229.

⁶⁹ In una prospettiva coerente con i principi del costituzionalismo democratico, il diritto penale dovrebbe ispirarsi a quella concezione di *diritto mite* che, lungi dall'imporre verità assolute attraverso la minaccia di pena, mira a preservare lo spazio del dissenso e del confronto critico. Solo un diritto che accetta la propria limitatezza e rinuncia alla pretesa di definire ciò che è “vero” o “giusto” può davvero garantire la coesistenza pacifica delle differenze e la vitalità del dibattito democratico. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.