

CLAUDIA MORGANA CASCIONE

NEGAZIONISMO E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE: RILIEVI COMPARATISTICI

SOMMARIO: 1. Premessa: luci ed ombre della repressione del negazionismo. — 2. Il negazionismo: da questione sociale a problema giuridico. — 3. Negazionismo e libertà di espressione nella Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. — 4. Dal livello sovranazionale al livello nazionale: il negazionismo al vaglio dei Tribunali costituzionali europei. — 5. Uno sguardo oltreoceano: l'esperienza canadese. Due sentenze a confronto. — 6. Il diverso approccio della giurisprudenza americana. — 7. Conclusioni.

I. PREMESSA: LUCI ED OMBRE DELLA REPRESSIONE DEL NEGAZIONISMO.

Negli ultimi anni si è riaperto nel nostro Paese il dibattito relativo alla repressione penale del negazionismo¹. La recente proposta del Ministro della Giustizia di costituire un gruppo tecnico di lavoro per valutare la « scrittura di una norma che affermi il reato di negazionismo² » ha alimentato il contrasto, peraltro mai sopito, tra coloro che sostengono che la negazione di un evento sommamente ingiusto — quale l'Olocausto — costituisca un attentato a valori fondamentali della democrazia e sia pertanto criminalizzabile³ e coloro che, sul fronte opposto, contrastano la possibilità di limitare in tal senso la libertà di opinione.

* Il presente articolo costituisce la rielaborazione, con ampliamenti, della relazione « *Negazionismo e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo* » tenuta in occasione del Convegno « *Le ferite della Storia e il diritto riparatore* », organizzato il 21 gennaio 2011 presso l'Università degli Studi di Roma Tre - Facoltà di Giurisprudenza, nell'ambito del Progetto di Ricerca di Interesse Nazionale approvato dal Ministero per l'Istruzione, l'Università e la Ricerca « *Le ferite della Storia e il diritto riparatore: un'indagine storico comparatistica* ».

¹ I termini del recente dibattito sono sintetizzati da P. CONTI, *Il negazionismo un reato penale? Le comunità ebraiche si dividono*, in *Corriere della Sera*, 24 gennaio 2011, 23.

² Tale proposta è stata lanciata in occasione del Convegno dell'associazione ebraica « Hans Jonas » su « La Shoah e la sua negazione », organizzato a Roma il 24 gennaio 2011; per le prime reazioni v. *Alfano lancia il « reato di negazionismo »*, in *Il Sole-24 Ore*, 25 gennaio 2011, 16; *Alfano: « Stiamo lavorando al reato di negazionismo »*, in *Il Messaggero*, 25 gennaio 2011, 12. Per una rassegna degli articoli pubblicati sulle principali testate nazionali può rinviarsi al link: <http://sites.google.com/site/storiaediritto/rassegna-stampa>.

³ I sostenitori di tale impostazione sostengono che il negazionismo costituisca un vero e proprio « assassino della memoria » (così P. VIDAL-NAQUET, *Les assassins de la mémoire: un Eichmann de papier et autres essais sur le revisionnisme*, Parigi, 1987

Non è la prima volta che in Italia, anche per l'esigenza di adempiere agli obblighi comunitari, viene valutata l'opportunità e la legittimità della criminalizzazione della negazione della Shoah; anzi, periodicamente, il tema diviene all'ordine del giorno nell'agenda politica e parlamentare. Già nel 2007, infatti, un comunicato stampa aveva dato notizia di un disegno di legge per introdurre « una tutela anticipata e rafforzata per contrastare l'istigazione ai crimini contro l'umanità⁴ ».

Oggi come allora, le iniziative volte all'introduzione della repressione penale del negazionismo sono state accompagnate da accese discussioni e da decise prese di posizione in prospettive spesso opposte e diametralmente contrastanti⁵.

Da una parte, infatti, si sottolinea la necessità che il nostro paese si allinei agli altri Stati europei che, fin dagli anni '90, hanno criminalizzato, pur nella diversità dei modi, la c.d. *Auschwitzlüge*⁶. In tal senso, si evidenzia la necessità — anche a fronte dell'incremento di fenomeni di razzismo e xenofobia — di rispettare la verità, la memoria storica e la dignità delle persone offese dai crimini contro l'umanità. D'altra parte, invece, si contrappone la pretesa illegittimità delle norme repressive del negazionismo in quanto tendenti ad imporre una « verità di Stato » (*rectius*, una ricostruzione ufficiale di determinati eventi storici). Di conseguenza, esse si porrebbero in aperto contrasto con talune libertà costituzionalmente garantite ed, *in primis*, la libertà di espressione⁷.

(ed. it: *Gli assassini della memoria*, Roma, 1993) o un « assalto a verità e memoria » (v. D.E. LIPSTADT, *Denying the Holocaust. The Growing Assault on Truth and Memory*, New York, 1993).

⁴ Nella bozza di articolato del « ddl Mastella », approvato all'unanimità dal Consiglio dei ministri il 24 gennaio 2007, pur non facendosi espressamente riferimento al negazionismo della Shoah, si prevedeva la repressione dei « delitti di istigazione a commettere crimini contro l'umanità e di apologia dei crimini contro l'umanità ». Il disegno di legge, che suscitò accese polemiche tra numerosi storici italiani, che sottoscrissero un « *Manifesto di critica* » (per cui v. il commento di S. RODOTÀ, *Negazionisti in libertà. La libertà della menzogna*, in *La Repubblica*, 26 gennaio 2007) non è stato mai tradotto in legge.

⁵ Si consideri, inoltre, che nel nostro ordinamento, pur in assenza di una esplicita previsione in materia di negazionismo, non pochi problemi sono sorti in relazione all'interpretazione di talune norme penali in rapporto alla libertà di opinione. Il riferimento è, innanzitutto, al delitto di istigazione al razzismo di cui all'art. 3, c. 1, l. 13 ottobre 1975, n. 654, come modificato dalla l. 205/2003 (c.d. Legge Mancino) e poi novellato dall'art. 13 della l. 13 febbraio 2006, n. 85 che oggi punisce « chi propaga idee fondate sull'odio razziale o etnico ». Tale norma, pur in assenza di una

pronuncia della Corte costituzionale sul punto, ha diviso la dottrina per quel che concerne la sua legittimità. Per una ricostruzione del problema e delle opposte tesi si rinvia a L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, spec. 201-207. V. anche A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazioni di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. Cost.*, 2008, 519 ss.

Inoltre, nel nostro ordinamento vi è una fattispecie incriminatrice che, pur non del tutto assimilabile al modello tipico del reato di negazionismo così come configurato negli altri paesi europei, persegue tuttavia finalità politico criminali molto simili: si allude al delitto di apologia di genocidio, introdotto dall'art. 8, 2° comma, della l. 9 ottobre 1967 n. 962, in attuazione della Convenzione internazionale per la prevenzione e repressione del delitto di genocidio approvata dall'Assemblea generale O.N.U. il 9 dicembre 1948. Sul punto v. C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008.

⁶ Come si vedrà, *infra*, par. 2., spec. nt. 19.

⁷ I termini del dibattito possono essere efficacemente resi attraverso la contrapposizione tra *Dignity* e *Liberty*, quali valori caratterizzanti i due diversi approcci al problema del negazionismo, per cui v. G.E. CARMÍ, *Dignity versus Liberty: The two Western Cultures of Free Speech*, 26 *B.U. Int'l L.J.* (2008), 277 ss. e J.C. KNECH-

In tale ottica, una riflessione sull'opportunità della repressione penale del negazionismo — che costituisce una « costola » del più ampio dibattito circa i rapporti e le intersezioni tra storia, memoria e diritto⁸ — può essere condotta premettendo una disamina, in chiave comparatistica, delle soluzioni che sono state fornite oltralpe ed oltreoceano per risolvere il delicato rapporto tra punizione del negazionismo e libertà di manifestazione del pensiero⁹.

2. IL NEGAZIONISMO: DA QUESTIONE SOCIALE A PROBLEMA GIURIDICO.

Il termine « negazionismo » è di formazione piuttosto recente. Esso è stato, infatti, utilizzato per la prima volta da H. Rousso ne *La syndrome de Vichy* nel 1987¹⁰ per identificare, nell'ampia gamma delle condotte revisioniste, gli atti e comportamenti tesi a negare l'esistenza del genocidio e di altri crimini contro l'umanità, percepiti come fatti di massima ingiustizia¹¹.

È evidente allora che, sebbene il termine sia nuovo, le condotte riconducibili al negazionismo sono ben più risalenti: gli stessi nazisti, infatti, sono stati i primi a negare la Shoah e a denunciare come assolutamente infondate le informazioni divulgate dagli stranieri sui campi di concentramento e le camere a gas.

THE, *Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union*, 36 *Fla. St. U.L. Rev.* (2008), 41 ss. secondo cui il dibattito in parola è caratterizzato da due principali schieramenti: « (1) those who favor the protection of the individual's right to speak over the protection of group and/or individual dignity; and (2) those who feel that the fundamental right to free speech must be curtailed with respect to hate speech in order to protect the group and the individual dignity of traditionally disadvantaged minority groups ».

⁸ Sui rapporti tra storia, memoria e diritto e, più in generale, sulla « giuridificazione della storia » si rinvia a G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICI, *Le regole della memoria. Rappresentazione del passato e riparazione delle ingiustizie della storia nell'esperienza giuridica contemporanea*, relazione introduttiva al Convegno « *Le ferite della Storia e il diritto riparatore* », organizzato il 21 gennaio 2011 presso l'Università degli Studi di Roma Tre, in corso di pubblicazione, consultabile in versione provvisoria sul sito <https://sites.google.com/site/storiaediritto/convegni/21-1-2011-le-ferite-della-storia-e-il-diritto-riparatore>.

Può qui considerarsi che il negazionismo si inserisce in maniera del tutto peculiare nell'ambito delle intersezioni tra memoria e diritto. In particolare, con l'istituzione di « giornate della memoria » (su cui v. l'ampia riflessione di A. PUCIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. Cost.*, 2009, 7 ss.), gli Stati o gli organismi sopranazionali, dedicando alcu-

ne giornate al ricordo, affermano pubblicamente la necessità di ricordare un determinato evento; invece, attraverso la repressione della negazione dei genocidi, gli Stati, accogliendo una determinata ricostruzione del passato comunemente condivisa, impongono l'imperativo *we need to remember in a certain way*. Così, criticamente, E. FRONZA, *The Punishment of Negationism: the Difficult Dialogue between Law and Memory*, 30 *Vt. L. Rev.* (2006), 609 ss.

⁹ Una ricostruzione in tal senso è già svolta da J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, Working paper n. 121, Dipartimento di politiche pubbliche e scelte collettive - POLIS, Università del Piemonte orientale, « Amedeo Avogadro », Alessandria, 2008 consultabile sul sito <http://polis.unipmn.it/pubbl/RePEc/uca/ucapdv/luther121.pdf>.

¹⁰ H. ROUSSO, *La syndrome de Vichy*, Parigi, 1987, 151.

¹¹ Da allora con il termine negazionismo si identifica una corrente antistorica e antiscientifica che non si limita a reinterpretare alcuni fatti della storia contemporanea, ma si spinge fino a negarne l'esistenza: Rousso, infatti, tendeva a creare una chiara distinzione tra i negazionisti, da un lato, che tendono a rappresentare falsificazioni di fatti storici e, dall'altro, gli storici (i revisionisti) che usano un rigoroso metodo scientifico per analizzare, spiegare ed aggiornare la ricostruzione di determinati eventi della storia con informazioni di nuova scoperta.

Inoltre, a soli due anni dal processo di Norimberga, iniziò a circolare un libro dal titolo eloquente « *Nuremberg ou la Terre Promise* » in cui l'autore, Bardèche, pur specificando nell'*incipit* di non voler fare una difesa d'ufficio della Germania, intendeva denunciare « una falsificazione della storia operata dal 1945 dai vincitori della guerra » e sfatare « i miti della Gestapo e delle camere a gas »¹².

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi a dismisura, citando libri, convegni, articoli, personalità di spicco che hanno costellato una vulgata a cui « pilastri » fondamentali¹³ sono stati emblematicamente riassunti da R. Faurisson¹⁴.

Tali principi, tali personalità (al pari di quelle di D. Irving¹⁵, R. Garaudy¹⁶, E. Zundel¹⁷) hanno da sempre suscitato vivaci reazioni nell'opinione pubblica e hanno indotto a decise prese di posizione da parte dei Governi nazionali e delle autorità sovranazionali, in un senso che può essere definito « antinegazionista », volto, cioè, a privare di qualsiasi giustificazione morale e giuridica ogni condotta consistente nella negazione della Shoah.

Il negazionismo, in breve, si è trasformato da questione sociale a questione politica, per poi diventare un vero e proprio problema giuridico che ha interessato le Corti dei Paesi europei ed extraeuropei, nonché gli organi di giustizia comunitaria.

Prima di analizzare, nello specifico, le conclusioni, non sempre omogenee, raggiunte dai Tribunali, è bene considerare sullo sfondo che

¹² M. BARDECHE, *Nuremberg ou la Terre Promise*, Paris, Les Sept Couleurs, 1948.

Senza poter qui analizzare nello specifico il fenomeno che va sotto il nome di « proto-negazionismo », ossia gli albori del negazionismo, comunemente fissati nei primi anni del secondo dopoguerra, si rinvia, per una visione d'insieme, a N. FRESCO, *Nouveaux visages du vieil antisémitisme*, in *Actes Du Colloque De La Cour D'appel De Paris 17-36*, consultabile sul sito <http://digbig.com/4qhhx>, nonché a A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: « Eichmann di carta » e repressione penale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, I, XIII ss.

¹³ I principi che costituiscono il « credo » della vulgata negazionista sono schematicamente riportati da N. FRESCO, *Nouveaux visages du vieil antisémitisme*, cit., 30 e qui si riportano sinteticamente per comodità espositiva: 1. Le camere a gas non sono mai esistite; 2. Il genocidio non ha mai avuto luogo e Hitler non ha mai ordinato stermini sulla base di motivi razziali o religiosi; 3. La « menzogna delle camere a gas » ha permesso una gigantesca truffa politico-finanziaria, di cui il principale beneficiario è stato lo stato di Israele; 4. Le vittime di tale truffa sono state il popolo tedesco e il popolo palestinese; 5. La forza colossale dei mezzi di informazione ufficiali ha assicurato il successo di tale menzogna e ha censurato la libertà di espressione di chi voleva smascherarla.

¹⁴ Robert Faurisson, protagonista anche di un'interessante vicenda giudiziaria (su cui si tornerà, *infra* par. 3), si segnala, nel panorama dei negazionisti, perché si fece caposcuola di una storiografia con l'obiettivo di porsi non più come « una minoritaria storiografia dei vinti, ma di una storiografia per tutti, elaborata *sine ira ac studio* ». Così A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: « Eichmann di carta » e repressione penale*, cit., XV. Infatti « malgrado i negazionisti abbiano sempre cercato di presentarsi non tanto come una setta di fanatici pubblicisti antisemiti, bensì come una « scuola » di ricerca storica evolutasi nel corso degli anni e politicamente neutrale, l'unica periodizzazione accettabile è data dall'azione di decisivo spartiacque svolta da R. Faurisson alla fine degli anni Settanta ». Così F. GERMINARIO, *Estranei alla democrazia*, Pisa, 2001.

¹⁵ David Irving, di recente condannato dai tribunali austriaci a tre anni di reclusione per il reato di negazionismo, è stato altresì oggetto di un'interessante vicenda giudiziaria che lo ha visto contrapposto a D. Lipstadt, autrice del già citato *Denying the Holocaust. The Growing Assault on Truth and Memory* e alla casa editrice del libro. V. *David Irving v. Penguin Books and Deborah Lipstadt*, per cui si rinvia al sito <http://www.holocaustdenialontrial.org/en/trial>

¹⁶ V. *infra* par. 2.

¹⁷ V. *infra* par. 4.

il negazionismo rileva per il giurista almeno in una triplice prospettiva:

●) In primo luogo, sotto il profilo del diritto penale, si pone, come già accennato, il problema di definire e delimitare le condotte punibili. Infatti, i reati di negazionismo, al pari dei tanto discussi « reati di opinione », configurandosi come reati di pericolo astratto, pongono il preliminare problema del rispetto di alcuni principi fondamentali del diritto penale come il principio di offensività del reato e il principio dell'*extrema ratio* delle norme incriminatrici¹⁸.

A prescindere da tali considerazioni di carattere generale — a cui si può solo far cenno in questa sede — deve tuttavia considerarsi che molti Stati dell'Europa continentale a partire dagli anni '90, hanno novellato la propria legislazione penale, introducendo il reato di negazionismo¹⁹.

¹⁸ Le ragioni che, sotto il profilo del diritto penale, ostano alla repressione del negazionismo sono sintetizzate da A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: « Eichmann di carta » e repressione penale*, cit., XXVI: « a) le norme che incriminano il negazionismo si presentano dubbie sotto il profilo della materialità e si rivelano carenti sul piano dell'offensività, apparendo quindi incompatibili con il diritto di uno Stato democratico; b) la tutela penale è collocata in un momento talmente arretrato rispetto al pericolo che è difficile ipotizzare la realizzazione di un evento lesivo, ma posto che il diritto penale non può curarsi delle ideologie se esse non si traducono in un inizio di attività esecutiva del tentativo di una lesione dei beni, occorre che i delitti di negazionismo siano strutturati almeno in chiave di pericolo concreto; c) con l'individuare l'ordine pubblico o la pace pubblica come beni offesi non solo si surroga l'assenza di un immediato referente di lesività, ma si utilizzano concetti non neutri, prodotto di valori ideologici; d) è difficile distinguere tra fatto e opinione, accertare la verità oggettiva, storica rispetto a quella legale; e) la lesione dell'onore è difficile da determinare nei confronti di una collettività dai confini indeterminati; f) quella antinegazionista è una tipica legislazione simbolica, strutturata in chiave amico/nemico, che persegue le persone e non i fatti, così aprendosi a un diritto penale soggettivo privo dell'elemento dell'offesa e allontanandosi dai principi di obbiettività, sussidiarietà, offensività, tipicità e materialità; g) si tratta di puri reati di opinione, di reati di pura condotta senza pericolo di evento ».

Inoltre, una delle principali obiezioni che viene mossa alla criminalizzazione del negazionismo sta nella asserita non necessità dell'intervento del legislatore penale in questo campo, là dove sarebbero sufficienti sanzioni amministrative, oltre ad azioni positive di informazione e formazione. V., sul punto, E.

FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1034 ss.

¹⁹ Senza pretese di esaustività, a tacer di quelle che saranno meglio in seguito analizzate, possono passarsi brevemente in rassegna le principali norme Europee repressive del negazionismo.

In Austria nel 1992, con una modifica alla legge sul partito nazionalsocialista, è stato introdotto il § 3h che punisce « chiunque con un'opera di stampa, in radiotelevisione o per mezzo di altro mezzo di comunicazione di massa o in altro modo pubblico accessibile a una moltitudine di persone nega, banalizza grossolanamente, apprezza o cerca di giustificare il genocidio nazionalsocialista o altri reati contro l'umanità ».

In Svizzera, nel 1994, a seguito di referendum, è stato novellato il codice penale attraverso l'introduzione del reato di « discriminazione razziale » di cui all'art. 261-bis; tra le condotte prese in considerazione dalla norma, è espressamente prevista la punizione di « chiunque, pubblicamente, mediante parole, scritti, immagini, gesti, vie di fatto o in modo comunque lesivo della dignità umana, discredita o discrimina una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia o religione o, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l'umanità ».

I « nuovi » codici penali di Spagna e Portogallo contemplano esplicitamente — agli artt. 607 c. 2 e 240 c. 2. — la repressione del negazionismo. Per una più ampia disamina v. J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit.

Inoltre, può segnalarsi che in quattro Stati, la negazione dei crimini commessi dai regimi totalitari è penalizzata in forza di norme nazionali che contemplano esplicitamente i crimini perpetrati dai regimi totalitari comunisti, accanto a quelli perpetrati

Emblematica in tal senso è, innanzitutto, l'esperienza della Germania, ove la repressione penale del negazionismo è ruotata intorno al § 130 del codice penale (*Volksverhetzung*), prima interpretato estensivamente e poi modificato fino a contemplare espressamente, tra le condotte punibili, la negazione e la minimizzazione del genocidio²⁰.

Anche in Francia, la prima delle *lois mémorielles*²¹, la « *Loi Gayssot* » del 1990, attraverso l'introduzione dell'art. 24-*bis* nella legge sulla stampa del 1881, ha espressamente contemplato la repressione penale della « contestazione dell'esistenza di uno o più crimini contro l'umanità²² »; da ultimo, il c. 2 dell'art. 607 del « nuovo » codice penale spagnolo ha previsto

dai nazisti. Sul punto si rinvia a *La memoria dei crimini commessi dai regimi totalitari in Europa*, Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, 22 dicembre 2010, COM (2010) 783, consultabile sul sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0783:FIN:IT:PDF>. In particolare:

Nella Repubblica ceca, il codice penale individua una fattispecie di reato nel fatto di negare, mettere in dubbio, approvare o cercare di giustificare pubblicamente il genocidio nazista o comunista o altri crimini contro l'umanità perpetrati da questi regimi (Nuovo codice penale, in vigore dal 1° gennaio 2010, capitolo 405).

In Polonia è reato negare pubblicamente o in modo controfattuale i crimini nazisti, comunisti, i crimini di guerra o qualsiasi altro crimine contro la pace e l'umanità (Articolo 55 della legge che istituisce l'Istituto della memoria nazionale - Commissione per la persecuzione dei crimini contro la nazione polacca, del 18 dicembre 1998).

In Ungheria è reato negare, mettere in questione o minimizzare pubblicamente il genocidio o qualsiasi altro crimine contro l'umanità commesso dai regimi socialista e comunista (Emendamento al codice penale in vigore dal 24 luglio 2010).

In Lituania è reato la pubblica apologia, negazione o minimizzazione grossolana dei crimini internazionali e reati commessi dall'Unione Sovietica o dalla Germania nazista contro la Repubblica di Lituania o i suoi cittadini (Articolo 170 del codice penale).

²⁰ Su cui si tornerà, *infra*, par. 4.

²¹ La *loi Gayssot* rappresenta la prima delle « *lois mémorielles* » per cui, senza pretese di esaustività, si rinvia, per una visione d'insieme, a *Les « lois mémorielles »*, dossier consultabile sul sito della Documentation française (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/loi-memoire/lois-memorielles.shtml>); nonché a « *A propos des lois mémorielles* », dossier de l'Observatoire du communautarisme, consultabile sul sito http://www.communautarisme.net/A-propos-des-lois-memorielles_a658.html.

Cfr. altresì la puntuale analisi recentemente svolta da R. D'ORAZIO, *Le leggi sulla memoria nell'esperienza francese*, in corso di pubblicazione sul sito <https://sites.google.com/site/storiaediritto/convegni/21-1-2011-le-ferite-della-storia-e-il-diritto-riparatore>.

²² L'art. 24-*bis*, introdotto dalla loi n. 90-615 del 13 luglio 1990 (detta « *loi Gayssot* » dal nome del parlamentare che l'ha proposta, in Bulletin Officiel du Ministre de la Justice, n° 39 del 30 settembre 1990, Circulaire CRIM 90-09 F1 del 27 agosto 1990,) prevede che « *ceux qui auront contesté... l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut de tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale* ».

Il Bulletin Officiel precisa: « Le nouveau délit est soumis au régime juridique des infractions de presse, notamment en ce qui concerne le délai de prescription. Les pénalités encourues sont un emprisonnement de un mois à un an et une amende de 2000 F à 300.000 F (reference au sixième alinéa de l'article 24). Des peines complémentaires peuvent être prononcées: l'affichage de la décision, la publication de celle-ci ou l'insertion d'un communiqué ».

L'entrata in vigore della *loi Gayssot* è stata fortemente avversata da chi riteneva conducesse ad una reintroduzione in Francia dei delitti di opinione banditi nel 1789 dall'art. 10 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino (v. J.-Ph. FELDMAN, *Le délit de contestation de crimes contre l'humanité et la 17e chambre du tribunal de grande instance de Paris*, in *Dalloz*, 1999, 9; B. CHANTEBOUT, *La Constitution française. Proposition pour un débat*, in *Dalloz*, 1992, 115). Sul punto v. altresì le conclusioni di Cass. 17 giugno 1996, in *Rev. sc. crim.*, 1998, 577.

la punibilità delle condotte consistenti nella diffusione di idee che neghino o giustifichino il genocidio²³ (tale norma, di recente, ha costituito l'oggetto di un interessante e non incontestato giudizio di legittimità costituzionale²⁴).

Infine, a livello sovranazionale, non sono mancate iniziative in tal senso: l'Unione Europea, con l'accordo quadro del Consiglio UE *sulla lotta al razzismo e alla xenofobia*, entrato in vigore il 28 novembre 2008, ha previsto l'obbligo per gli Stati membri di punire le condotte consistenti nella « negazione, banalizzazione o minimizzazione dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e di altri crimini di guerra²⁵ ».

b) Ad un secondo livello (che è strettamente connesso con il primo) — sotto il profilo del diritto costituzionale — il problema è quello di verificare se la repressione penale del negazionismo sia legittima, ovvero urti contro alcune garanzie costituzionali, quali la libertà di espressione e la libertà di ricerca storica²⁶. Più in chiaro, occorre criticamente chiedersi se chi nega, pubblicamente, con comportamenti o discorsi, l'esistenza di fatti di massima ingiustizia, storicamente accertati, commetta un reato ovvero eserciti il suo diritto costituzionale a manifestare liberamente il proprio pensiero. La risposta a tale cruciale interrogativo passa, naturalmente, attraverso una più profonda riflessione circa l'ampiezza e, di conseguenza, i limiti alla libertà di espressione²⁷ e non può essere fornita senza considerare sullo sfondo gli opposti orientamenti espressi sul punto dagli ordinamenti di *common* e *civil law*²⁸ (da cui dipendono, di conseguenza, le antitetiche soluzioni fornite al problema del negazionismo²⁹).

²³ Il c. 2 dell'art. 607 del codice penale spagnolo, entrato in vigore con Ley organica 10/1995 del 23 novembre 1995, inserito nella norma sul genocidio dispone « *La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regimenes o instituciones que amparen prácticas generadores de los mismos, se castigare con la pena de prisión de uno a dos años* ».

²⁴ Su cui a breve si tornerà, *infra*, par. 4.

²⁵ L'accordo è stato approvato in via definitiva a seguito di una genesi non incontrastata: per una ricostruzione in tal senso v. L. CAJANI, *Historians between Memory Wars and Criminal Law: the Case of European Union*, in *Jahrbuch - Yearbook - Anales International Society for History Diagnostics*, XXIX-XXX (2008-2009), 39-55.

Inoltre, già con l'Azione comune adottata dal Consiglio il 15 luglio 1996, l'Unione aveva sollecitato gli Stati membri a reprimere « la negazione pubblica dei crimini definiti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga ».

²⁶ Il rapporto negazionismo/libertà di espressione ha costituito il punto cruciale attorno a cui è ruotata la discussione sulla repressione penale della negazione del genocidio. Senza poter qui menzionare tutti i contributi in cui è stata presa posizione sul-

l'argomento, può rinviarsi, esemplificativamente, per un esame delle opposte argomentazioni, all'interessante dibattito che si è svolto sulle pagine della *Vermont Law Review* tra E. FRONZA, *The Punishment of Negationism: the Difficult Dialogue between Law and Memory*, cit. e P. BLOCH, *Response to Professor Fronza's the Punishment of Negationism*, 30 *Vt. Law Rev.* (2006), 627 ss.

²⁷ Infatti, una delle argomentazioni generalmente adottate per giustificare le leggi sul negazionismo è il carattere non illimitato o assoluto delle libertà costituzionalmente garantite e, in particolare, della libertà di espressione, la quale è soggetta a limitazioni necessarie per la tutela di altri diritti. Sul punto v., con particolare riguardo all'esperienza francese, S. GARBAN, *Denying Genocide: Law, Identity and Historical Memory in the Face of Mass Atrocity Conference: Taking Denial Seriously: Genocide Denial and Freedom of Speech in the French Law*, 9 *Cardozo J. Conflict Resol.* (2008), 479.

²⁸ Senza pretese di esaustività si rinvia, per un'introduzione generale al tema della libertà di espressione in prospettiva comparatistica a R. HERRERA, *Freedom of speech in Europe*, in *European and American Constitutionalism* (a cura di G. NOLTE), Cambridge, 2005.

²⁹ Il punto è reso chiaramente da P. R. TEACHOUT, *Making the « Holocaust Denial »*

c) Da ultimo, e *incidenter tantum*, può considerarsi che le condotte negazioniste possono rilevare anche sotto il profilo del diritto civile, dal momento che pongono la rilevante questione dell'individuazione di eventuali danni risarcibili in capo alle vittime. La risoluzione di tale interrogativo passa, naturalmente, attraverso la previa individuazione dei legittimati passivi al risarcimento, nonché del bene giuridico leso da tali condotte e degli strumenti per la quantificazione dei danni.

In tale ottica, sebbene non vi siano molti precedenti, utili spunti possono trarsi dall'esperienza tedesca. Qui in alcuni casi le corti hanno liquidato i danni alle vittime, *sub specie* di danni morali, per l'avvenuta lesione della pretesa legittima al riconoscimento delle persecuzioni perpetrati dai nazisti³⁰.

Inoltre, sebbene non occupandosi *strictu sensu* di una fattispecie di negazionismo, il *Tribunal Costitutional* spagnolo, nel caso *Friedman*³¹, dinanzi ad un ricorso presentato da una sopravvissuta di Auschwitz contro alcune dichiarazioni rese contro gli ebrei, con una sentenza « rivoluzionaria della legittimazione processuale », dichiarò che tutti i membri di un gruppo etnico, nel caso di specie gli ebrei, godono del diritto ad ottenere il risarcimento del danno in seguito ad offese rivolte all'intero gruppo.

a crime: Reflections on European Anti-negationist Laws from the perspective of U.S. Constitutional experience, 30 *Vt. L. Rev.* (2006), 655 ss., 658-659: « Anti-negationist prosecutions pose a particular problem for students of U.S. constitutional law because they run so clearly counter to what is meant, in the U.S. tradition, by protection of freedom of speech. To those who have come to appreciate the achievement represented by First Amendment jurisprudence, the idea that one can be sent to prison for disagreeing with some officially established view of the past is deeply offensive. It is not just the threat that such a development poses to freedom of thought and expression, it is the dangerous power that it gives to the state to exercise a kind of mind or attitude control. (...) On the other hand, the libertarian approach adopted by the U.S. Supreme Court to protection of speech-based, as it appears to be, on deference to the operation of an unconstrained marketplace of ideas-is likely to strike many European observers as yet another manifestation of a "cowboy capitalism" mentality that has come to characterize the U.S. response to experience generally. It is an approach to protecting freedom of speech that, in the European view, is sadly insensitive to the importance of protecting other competing social interests ».

V., altresì, a titolo esemplificativo, l'analisi e le considerazioni svolte da M. IMBLEAU, *La négation du Génocide Nazi, Liberté d'Expression ou crime raciste? Le négationnisme de la Shoah en droit International et comparé*, Paris, 2003, 78 ss. « La

position adoptée dans d'autres ressorts à l'égard de la propagande haineuse varie. Aux Etats-Unis, où la liberté d'expression est considérée comme étant peut être la plus fondamentale des libertés, les textes législatifs imposant des restrictions à la fomentation de la haine et la discrimination sont tenus pour incompatibles avec la liberté d'expression et, pour être valides, doivent satisfaire à des critères sévères, tels que l'existence d'un lien entre la loi en question et un danger clair et présent pour la société. Dans le droit international des droits de la personne, la liberté d'expression est limitée au départ du fait qu'elle doit céder le pas à des mesures raisonnables interdisant la fomentation de la haine et la discrimination à l'endroit de groupes ».

³⁰ Il riferimento è, ad esempio, a BGHZ 75, 160, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, 1779 in cui in *Bundgerichtshof* riconobbe il risarcimento del danno morale al nipote di una vittima dell'Olocausto, argomentando che « le persone di origine ebraica hanno, in virtù del diritto alla loro personalità, la pretesa legittima di vedersi riconosciuta la persecuzione subita dagli ebrei sotto il nazionalsocialismo. Chiunque nega l'assassinio degli ebrei durante il Terzo Reich diffama ognuno di loro ».

³¹ Trib. Cost. (SP), 11 novembre 1991, n. 214, in *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, n. 128/1991, 24 ss. Per riferimenti v. anche I. SPIGNO, *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione* (Commento a *Tribunal Costitutional*, 7 novembre 2007, n. 235), in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 1921 ss.

È evidente che, a partire da tali pronunce, potrebbero porsi le basi — a prescindere dal profilo della repressione penale — per il consolidamento di un nuovo filone risarcitorio nel settore delle *Holocaust Litigations*³², rinvenendosi *in nuce* i requisiti per l'esperibilità di azioni collettive tese al risarcimento di « danni da negazionismo ».

3. NEGAZIONISMO E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

Nella giurisprudenza europea si rinvencono svariate decisioni volte a risolvere il contrasto tra la repressione penale del negazionismo e la libertà di espressione.

Più nello specifico e meglio precisando, la Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha avuto poche occasioni per pronunciarsi sul tema, perché la Commissione ha funzionato spesso da filtro³³, nel dichiarare irricevibili i numerosi ricorsi presentati da parte di chi, condannato dalle corti nazionali per il reato di negazionismo, lamentava una violazione dell'art. 10 CEDU³⁴. Tale norma, com'è noto, tutela la libertà di opinione e la libertà di comunicare o ricevere informazioni o idee « senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera ». La seconda parte dell'articolo, tuttavia, impone numerosi limiti all'esercizio di suddetta libertà, che può essere sottoposta a « formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge e costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei disordini e reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui³⁵ ».

Il discorso attorno al negazionismo si è pertanto inserito all'interno della riflessione sulla libertà di espressione³⁶. A tal proposito, non può non rilevarsi che l'orientamento generale assunto dalla Corte — a fronte di una disposizione, quale l'art. 10 c. 2, così nutrita di limitazioni e, pertanto, ido-

³² Sulle *Holocaust Litigations* non può che rinviarsi a A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire? Colonisation, esclavage, Shoah*, Paris, 2008 (in trad. it., *Chiudere i conti con la storia. Colonizzazione, schiavitù, Shoah*, a cura di D. Bifulco, Milano, 2009). Ma v. altresì, per una puntuale analisi N. VARDI, *The Holocaust Litigation, Relazione al Convegno « Le ferite della Storia e il diritto riparatore »*, organizzato il 21 gennaio 2011 presso l'Università degli Studi di Roma Tre, in corso di pubblicazione, consultabile in versione provvisoria sul sito <https://sites.google.com/site/storiaediritto/convegni/21-1-2011-le-ferite-della-storia-e-il-diritto-riparatore>.

³³ Com'è noto, precedentemente vi erano due organi di giurisdizione europea: nello specifico, la Commissione aveva la competenza a decidere circa le condizioni di ricevibilità dei ricorsi; attualmente, a seguito della ristrutturazione del meccani-

simo di controllo e dell'assunzione, da parte della nuova Corte, delle funzioni proprie della Commissione (tra cui, in particolare, il giudizio circa la ricevibilità dei ricorsi), tutte le funzioni giurisdizionali sono assommate in senso alla Corte (v. art. 32 CEDU).

³⁴ La Commissione ha, nella maggior parte dei casi, rigettato i ricorsi in quanto manifestamente infondati ex art. 27 CEDU.

³⁵ V. nella sterminata letteratura sull'art. 10 CEDU, per commenti e riferimenti, P. CARETTI, *Art. 10, Libertà di espressione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 337.

³⁶ Per un inquadramento del tema v. M. ROSCINI, *La libertà di esprimere dichiarazioni razziste e blasfeme nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, 95 ss.

nea a vanificare le potenzialità innovative previste dal c. 1 e, al contempo, tendenzialmente permissiva nei confronti dei legislatori nazionali — è stato inizialmente piuttosto rigido nell'interpretazione dei limiti in parola³⁷.

Per quanto in questa sede rileva, infatti, in una serie di pronunce, la Corte ha definito i confini della libertà di espressione, esprimendosi per il carattere fondamentale di tale libertà e l'eccezionalità che devono rivestire le relative limitazioni³⁸.

Un po' fuori dal coro si collocano, pertanto, le pronunzie in tema di negazionismo, che segnano una decisa inversione di rotta rispetto all'atteggiamento protettivo della libertà di espressione in altre sedi assunto. Infatti, pronunziandosi sui ricorsi presentati da negazionisti, condannati dalle Corti nazionali, gli organi europei di giustizia hanno, nella gran parte dei casi, giustificato le limitazioni alla libertà di espressione in virtù della necessità di tutelare altri valori fondamentali³⁹, quali giustizia e pace, onore e reputazione⁴⁰.

³⁷ Schematicamente può dirsi che, nell'interpretazione dell'art. 10, si sono ormai consolidati, nella giurisprudenza della Corte, taluni principi volti a contenere la portata delle limitazioni previste dal comma 2: in particolare, il principio di stretta interpretazione delle limitazioni consentite dall'art. 10, c. 2 (che si traduce nella tassatività dei motivi che possono giustificare l'introduzione di limitazioni e nell'obbligo che essi siano assoggettati ad una interpretazione restrittiva, v. *Sunday Times v. United Kingdom*, 26 aprile 1979, serie A, n. 30); il principio dell'esistenza di un bisogno sociale preminente; il principio di proporzionalità delle limitazioni agli obiettivi legittimi per la quale essa è imposta (v. *Vogt c. Germania*, 27 febbraio 1995, serie A, n. 323). Infine le limitazioni in parola devono essere sufficientemente e adeguatamente motivate.

³⁸ Le pietre miliari di tale orientamento sono le note sentenze *Sunday Times v. United Kingdom*, cit. e *Handyside v. United Kingdom* (7 dicembre 1976, serie A, n. 24). In tale pronuncia, la Corte nell'affermare che «la libertà di espressione costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica e una delle condizioni essenziali del suo sviluppo», chiarisce che essa «deve essere tutelata non solo per quelle idee o espressioni considerate inoffensive o indifferenti, ma anche per quelle che possono provocare inquietudine ad uno stato o ad una popolazione».

La sentenza prosegue distinguendo tra «fatti» e «giudizi di valore», per concludere che «la punizione del mero negazionismo è in contrasto con i principi posti alla base della Convenzione, quali il pluralismo, la tolleranza, la coesione sociale e lo spirito di apertura, senza i quali non vi sarebbe

una società democratica». Tali principi sono ribaditi nelle pronunce: *Castells c. Spagna*, 23 aprile 1992, serie A, n. 236; *De Haes y Gijssels c. Belgio*, 24 febbraio 1997, 1997-I, n. 30.

³⁹ È bene, infatti, ricordare che l'art. 17 della Convenzione Europea stabilisce che «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto per uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla Convenzione». Per commenti e riferimenti v. C. PINELLI, *Art. 17. Divieto dell'abuso di diritto*, in in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 455. Il bilanciamento operato dalla Corte è evidente nel caso *Lehideux et Isorni v. Francia*, Dec. 23 novembre 1998 in cui la Corte afferma chiaramente che «al pari di ogni affermazione diretta contro i valori sottesi alla Convenzione, la giustificazione di una politica filonazista non può beneficiare della protezione offerta dall'art. 10; (...) esiste una categoria di fatti chiaramente accertati come l'Olocausto, la cui negazione o rivisitazione si vedrebbe sottrarre, per effetto dell'art. 17, alla protezione dell'art. 10».

⁴⁰ Questo è evidente fin dalle prime pronunce sul tema: nella Dec. del 16 luglio 1982, X c. *Repubblica federale Tedesca*, req. n. 9235/81, la Commissione — rigettando perché manifestamente infondata l'istanza del ricorrente — ha ritenuto che «il divieto di diffondere una pubblicazione che negava la storicità dell'assassinio di milioni

Principi più espliciti vengono enunciati in alcune sentenze rese sulla base di ricorsi concernenti il presunto contrasto con l'art. 10 CEDU del già citato art. 24-bis della legge francese sulla stampa, a seguito della novella operata dalla *Loi Gayssot*⁴¹.

Gli organi di Strasburgo, infatti, hanno giudicato conformi alla Convenzione le condanne inflitte dai Tribunali nazionali sulla base del principio generale secondo cui «nessun diritto fondamentale può essere invocato per compiere un atto mirante a distruggere i diritti e le libertà riconosciute dalla Convenzione⁴²». Più in chiaro e nello specifico, il negazionismo viene identificato come un fenomeno profondamente distruttivo del tessuto sociale, che mette in pericolo l'ordine pubblico, mina la coesione dei gruppi e la stessa nozione di stato liberale e pluralista. Pertanto, esso — ponendosi in contrasto con i valori fondamentali della Convenzione, quali giustizia e pace — non può ricevere alcuna tutela.

Tali principi assumono una compiuta definizione in un caso — su cui si è pronunciata direttamente la Corte — concernente uno dei più noti e discussi negazionisti francesi, Roger Garaudy⁴³. Questi, nel libro *I miti fondatori della politica israeliana*, aveva rivolto alle vittime dello sterminio l'accusa di aver falsificato la storia. Condannato dai tribunali francesi, presentò ricorso dinanzi alla Corte, la quale confermò la condanna inflittagli sul presupposto che «la libertà di espressione non può essere esercitata su fatti storici oggettivamente provati come l'Olocausto». Lo scritto di Garaudy non poteva essere considerato come frutto di ricerca storica,

di ebrei da parte del nazismo fosse una misura necessaria in una società democratica per la protezione della reputazione e dei diritti altrui». Poco dopo, nella dec. del 14 luglio 1983, *T. c. Belgio*, req. n. 9777/82, rigettando l'istanza della ricorrente contro il sequestro di un libro che giustificava i crimini nazisti, la Commissione ammetteva le limitazioni della libertà di pensiero sulla base della tutela dell'ordine pubblico. Alle stesse conclusioni la Commissione è approdata nelle decisioni: Comm., dec. del 12 ottobre 1989, *H., W., P. e K. c. Austria*, req. n. 12774/87; Comm., dec. del 7 gennaio 1992, *Udo Walendy c. Germania*, req. n. 21128/92; Comm., dec. del 20 marzo 1993, *P. c. Germania*, req. n. 19459/92; Comm., dec. del 6 settembre 1995, *E.F.A. c. Germania*, req. n. 25096/94; Comm., dec. del 18 ottobre 1995, *Gert Honsik c. Austria*, req. n. 25062/94; Comm., dec. del 26 giugno 1996 *D.I. c. Germania*, req. n. 26551/95. Per un'analisi di tali decisioni si rinvia a M. IMBLEAU, *La négation du Génocide Nazi, Liberté d'Expression ou crime raciste?*, cit., 84 ss.

⁴¹ Come già anticipato, *supra*, par. 2, spec. nn. 21-22

⁴² Il riferimento è innanzitutto alla sentenza Comm., dec. del 24 giugno 1996, *Marais c. Francia*, req. n. 31159/96. Marais, autore di un articolo in cui negava l'esistenza delle camere a gas, era stato con-

dannato dal *Tribunal Correctionnel* di Parigi al pagamento di un'ammenda, nonché a risarcire i danni alle associazioni costituitesi parte civile. Già il tribunale si era pronunciato sulla compatibilità dell'art. 24-bis e l'art. 10 CEDU: «L'incrimination de contestations de crimes contre l'humanité, introduite par la loi du 13 juillet 1990, s'inscrit dans le cadre de la lutte contre le racisme et répond aux engagements internationaux de la France. Ainsi, l'article 24-bis nouveau de la loi de 1881 soumet l'exercice de la liberté d'expression et d'opinion des restrictions constituant des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la protection de la réputation d'autrui, ainsi qu'à la sécurité publique, au sens de l'art. 10, alinéa 2, de la Convention, les propos contestant l'existence des crimes contre l'humanité portant atteinte à la mémoire des victimes du nazisme, et apparaissant susceptible d'occasioner des troubles, par la propagation d'idées qui tendent à réhabiliter la doctrine et la politique raciales nazies». La Commissione giudicò conforme alla Convenzione tale condanna.

⁴³ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Garaudy c. Francia*, 24 giugno 2003. La decisione è riportata in *Giur. it.*, 2005, 2241 ss. con osservazioni di A. BURATI, *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo*.

in quanto si riproponeva di riabilitare il regime nazista accusando di falsificazione storica le vittime dell'Olocausto e ciò lo rendeva incompatibile con « la democrazia, i diritti dell'uomo e i valori fondamentali della Convenzione ». Pertanto, le condanne già comminategli dai giudici francesi non tendevano ad una illegittima compressione della sua libertà di espressione, ma a tutelare l'ordine pubblico e la pace del popolo francese⁴⁴.

Emblematicamente, le conclusioni a cui sono giunti gli Organi di Giustizia europea convergono con i principi enunciati da un altro organo di giustizia internazionale, il Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, chiamato a pronunciarsi sulle condanne comminate in Francia ad un altro noto (e parimenti discusso) negazionista, Robert Faurisson⁴⁵.

Il Comitato ONU, in una decisione importantissima, nel rigettare il ricorso sottoposto al suo vaglio, aggiunge un ulteriore tassello al quadro repressivo del negazionismo: la componente razzista e, pertanto, inaccettabile dei discorsi negazionisti. Infatti, la loi Gayssot, al pari delle altre norme nazionali repressive del negazionismo, si iscrive nell'ambito della lotta al razzismo e all'antisemitismo, di cui il negazionismo è proprio il principale vettore, per cui ne risulta legittima la repressione⁴⁶.

4. DAL LIVELLO SOVRANAZIONALE AL LIVELLO NAZIONALE: IL NEGAZIONISMO AL VAGLIO DEI TRIBUNALI COSTITUZIONALI EUROPEI.

Passando dal livello sovranazionale a quello nazionale, quasi tutti gli Stati europei, come già anticipato, hanno riformato il proprio diritto penale, introducendo una norma repressiva del negazionismo⁴⁷.

In molti di tali paesi, le suddette norme sono state tacciate di incostituzionalità per presunto contrasto con la libertà di espressione. Non potendo in questa sede ripercorrere tutte le legislazioni penali e tutti i giudicati costituzionali che affrontato tale delicato rapporto, si è ritenuto di considerare — emblematicamente — due ordinamenti: quello tedesco, in cui da sempre è stato particolarmente avvertito il problema della repressione penale della « menzogna di Auschwitz » e quello spagnolo, in cui di recente

⁴⁴ « Denying crimes against humanity is therefore one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement of hatred of them ». V. *Garaudy c. Francia*, cit.

⁴⁵ *Robert Faurisson v. France*, Communication No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993(1996)

⁴⁶ « To assess whether the restrictions placed on the author's freedom of expression by his criminal conviction were applied for the purposes provided for by the Covenant, the Committee begins by noting, as it did in its General Comment 10 that the rights for the protection of which restrictions on the freedom of expression are permitted by article 19, paragraph 3, may relate to the interests of other persons or to those of the community as a whole. Since the statements made by the author, read

in their full context, were of a nature as to raise or strengthen anti-semitic feelings, the restriction served the respect of the Jewish community to live free from fear of an atmosphere of anti-semitism. The Committee therefore concludes that the restriction of the author's freedom of expression was permissible under article 19, paragraph 3 (a), of the Covenant ». V. *Faurisson v. France*, cit., 9.6.

⁴⁷ Meglio precisando, « a giusto titolo si afferma l'idea di un'Europa a geografia variabile: non tutti gli ordinamenti giuridici europei reprimono i comportamenti negazionisti, e se tale reato è previsto, la definizione della condotta incriminata avviene in modo e con presupposti che variano da Stato a Stato ». Così E. FRONZA, *Diritto e memoria. Un dialogo difficile*, in *Novecento*, 2004, 10, 47 ss.

il *Tribunal constitutional* ha emesso un'interessante pronuncia sulla legittimità costituzionale delle norme repressive del negazionismo.

A) Per quanto concerne la Germania, in cui è stato sempre particolarmente vivo il problema della *Auschwitzlüge*⁴⁸, la repressione penale del negazionismo è strettamente connessa con le vicende del § 130 c.p. in tema di « aizzamento del popolo »⁴⁹. Nel testo originario, tale norma puniva le aggressioni alla dignità umana altrui, in forme idonee a turbare la pace pubblica, perpetrate attraverso l'istigazione all'odio contro parti della popolazione, l'esortazione alla violenza, l'insulto o la denigrazione. Non vi era, quindi, un riferimento esplicito al negazionismo; tuttavia la giurisprudenza interpretava la norma in senso estensivo, fino a farvi rientrare le condotte negazioniste⁵⁰.

Tuttavia, poco dopo l'unificazione, le vivaci reazioni suscitate nell'opinione pubblica dagli esiti del caso *Deckert*⁵¹ condussero ad un'accelerazione dell'iter per le modifiche, peraltro da tempo proposte, al reato di aizzamento del popolo. Il nuovo testo del § 130 infatti prevede oggi, da un lato, l'eliminazione di ogni riferimento alla dignità umana e, dall'altro, l'aggiunta di un secondo comma che sancisce: « Con pena detentiva fino a 5 anni o con pena pecuniaria è punito chiunque apprezza, nega o banalizza in modo idoneo a turbare la pace pubblica, in pubblico o in una riunione fatti di cui al § 220 (genocidio) commessi sotto il regime nazionalsocialista ».

Tale norma, a neanche un anno dalla sua entrata in vigore, è stata sottoposta a giudizio di legittimità costituzionale, per presunto contrasto con l'art. 5 della Legge Fondamentale tedesca, dettata a tutela della libertà di espressione⁵². Tuttavia, il ricorso è stato giudicato manifestamente infondato: l'art. 5 LF tedesca tutela, infatti, le esternazioni soggettive con cui una persona si relaziona alla realtà. A rigore, mentire ed esprimere in-

⁴⁸ La Germania, del resto, costituisce un esempio significativo di « democrazia protetta », volta alla conservazione di taluni valori fondamentali intangibili per la stessa sopravvivenza nell'ordinamento dello Stato. V. sul punto, anche con specifico riguardo all'evoluzione della giurisprudenza sul concetto di *Streitbare Demokratie*, L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., 60, spec. sub n. 1.

⁴⁹ V. sul punto J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit.

⁵⁰ Il presupposto da cui muoveva tale interpretazione è che « chiunque nega la persecuzione degli ebrei durante il Terzo Reich diffama ognuno di loro ».

⁵¹ Questi brevemente i fatti: nel corso di un convegno sul revisionismo storico, il partito nazionaldemocratico, presieduto da Gustav Deckert, decise di fare aperta campagna di negazionismo, invitando l'autore di un noto report negazionista. Nel 1992, il Landgericht Mannheim condannò Deckert ad un anno di reclusione, sulla base del reato di cui al § 130. Nel frattempo

pendevano iniziative legislative tese ad una riforma del suddetto articolo, attraverso l'eliminazione del riferimento alla dignità umana. In pendenza di tali modifiche, a gran sorpresa, il *Bundesgerichtshof* annullò la sentenza di condanna di primo grado, giudicando il fatto come « espressione di revisionismo storico » e non un'aggressione della dignità umana idonea ad integrare il reato di cui al § 130.

⁵² La sentenza BVerf 13 aprile 1994, è tradotta e riportata in *Giur. cost.*, 1994, 3379 ss. con commento di M.C. VITUCCI, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*. Il giudizio di legittimità costituzionale è stato occasionato da un provvedimento del comune di Monaco, confermato dal giudice amministrativo, di ordinare agli organizzazioni di una riunione a cui era presente D. Irving, di fornire ai partecipanti informazioni preventive sui reati di aizzamento del popolo e diffamazione, di togliere la parola ai partecipanti ove si fossero consumati e di sciogliere eventualmente la riunione.

formazioni non veritiere non sono beni degni della garanzia della libertà di espressione.

Interessanti sono le conclusioni raggiunte nella sentenza relativamente alla distinzione tra opinioni e fatti ed è qui, pertanto, non ozioso riportarle. Infatti, la Corte tedesca rimarca che oggetto di tutela come diritto fondamentale ex art. 5 LF sono le opinioni. Ad esse si riferisce la libertà di manifestazione e diffusione. « Le opinioni sono definite mediante la relazione soggettiva tra l'individuo e il contenuto della sua affermazione. Elementi caratterizzanti di esse sono la presa di posizione su un fatto ed un giudizio: per questo motivo, le opinioni si sottraggono al giudizio se siano vere o false. Esse godono di protezione come diritto fondamentale senza che la tutela dipenda dalla circostanza che la manifestazione del pensiero sia fondata o priva di fondamento, emotiva o razionale, che sia reputata valida o priva di valore, pericolosa o innocua ».

L'asserzione di un fatto non costituisce invece, a detta della Corte, manifestazione di un'opinione: in essa, infatti, sussiste — ed è evidente — una relazione oggettiva tra la manifestazione e la realtà. Sotto questo profilo, l'asserzione di un fatto è suscettibile di verifica circa la verità del contenuto di essa. Ciò non vuol dire che ogni asserzione di un fatto sia esclusa in linea di principio dalla tutela ex art. 5 LF; vuol dire, tuttavia, che l'asserzione di un fatto non gode della tutela della libertà di opinione se essa sia scientemente o dichiaratamente falsa. Pertanto, « l'espressione vietata per cui nel Terzo Reich non vi sarebbe stata alcuna persecuzione degli ebrei costituisce un'asserzione di fatto che, secondo innumerevoli testimonianze oculari e documenti, secondo gli accertamenti dei Tribunali in numerosi processi penali è provata non veritiera. Presa in sé, quest'asserzione non gode della tutela della libertà di opinione ».

Tutto ciò precisato il tribunale costituzionale concludeva per la legittimità del reato di « aizzamento del popolo », il quale non solo non contrasta con l'art. 5, ma tutela il senso di umanità che trova il suo fondamento nell'art. 1 L.F.⁵³.

B) Ulteriori spunti di riflessione provengono dall'esperienza spagnola: il nuovo codice penale spagnolo, infatti, introdotto con Ley 10/1995, ha previsto, nella stessa norma sul genocidio (art. 607), il c. 2 che punisce: « la diffusione, con qualsiasi mezzo, di idee o dottrine che *neghino o giustifichino* i delitti di genocidio »⁵⁴.

⁵³ Interessanti sono le conclusioni della sentenza circa il bene giuridico tutelato: « gli ebrei che vivono in Germania costituiscono, a causa della sorte che toccò al popolo ebreo sotto il dominio del nazional-socialismo, un gruppo suscettibile di oltraggio; la negazione della persecuzione degli ebrei è ritenuta un'ingiuria arrecata a questo gruppo (...) lo stesso fatto storico che, in base alle leggi di Norimberga, alcuni esseri umani siano stati selezionati e privati della loro personalità con lo scopo dello sterminio, attribuisce agli ebrei che vivono nella Repubblica Federale un particolare rapporto personale con i loro concittadini; in tale rapporto quel che è accaduto è an-

cora oggi presente. Fa parte della loro personale autocomprensione essere considerati come appartenenti ad un gruppo di persone che si distinguono dalle altre per una particolare sorte, persone nei confronti delle quali sussiste una particolare responsabilità morale di tutti gli altri, e ciò è parte della loro dignità (...) Chi cerca di negare quegli avvenimenti contesta a ciascuno il valore personale al quale essi hanno diritto. Per ogni interessato questo significa il proseguimento della discriminazione del gruppo di uomini al quale appartiene e quindi della sua persona ».

⁵⁴ È opportuno sottolineare che il codice penale spagnolo definisce all'art. 18 i

Anche tale norma è stata di recente sottoposta al vaglio del *Tribunal Constitucional*⁵⁵, che, nel valutare l'esistenza di un contrasto con il diritto fondamentale alla libertà di opinione⁵⁶, ha raggiunto delle conclusioni che è importante riportare.

Infatti, con stretto riguardo alla norma incriminata, la Corte scompone il precetto penale in due parti, in quanto esso contempla due condotte punibili, che il legislatore penale ha sanzionato in quanto espressione di *hate speech*: 1) La negazione di determinati fatti storici; 2) La giustificazione degli stessi⁵⁷.

Per quanto concerne la prima condotta, il *Tribunal* ritiene che la mera negazione dell'avvenimento di determinati fatti storici non costituisca *hate speech*, in quanto quest'ultimo si caratterizza per l'incitamento alla violenza contro determinati soggetti individuati per l'appartenenza a determinate minoranze religiose o etniche. Quindi, la diffusione di dottrine che contestino l'esistenza di un determinato fatto storico, rientra nella libertà di ricerca storica e scientifica riconosciuta dall'art. 20, lett. b) Cost. Il negazionismo non è sempre diretto a creare un clima di ostilità

concetti di istigazione e apologia. In particolare, ex art. 18 c. 1., l'istigazione è quel comportamento volto ad incitare direttamente, per mezzo della stampa, della radiodiffusione o di qualsiasi altro mezzo di informazione di efficacia simile, *la publicidad e la perpetración de un delito*. Il c. 2 definisce l'apologia come quella forma di esaltazione del delitto, diretta a perpetrare una fattispecie criminale. « È evidente, allora, che il c. 2 dell'art. 607 rappresenti una fattispecie a sé stante, che determina l'antigiuridicità del comportamento *ex se*, per il solo fatto di negare o giustificare il delitto di genocidio ». V. C. CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2008, altresì consultabile sul sito www.forumcostituzionale.it.

⁵⁵ Trib. Cost. (SP), 7 novembre 2007, n. 235. La sentenza è commentata da I. SPIGNO, *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, cit., 1921 ss. Questi i fatti: nel 1998, lo *Juzgado Penal* di Barcellona condannò per il reato di cui all'art. 607 c. 2 Pedro Varela Geis, titolare e direttore di una libreria in cui aveva venduto, in forma reiterata e preponderante, libri e altro materiale in cui si negava la persecuzione degli ebrei durante la seconda guerra mondiale e si incitava all'odio nei loro confronti. L'*Audiencia Provincial* di Barcellona, adita in grado d'appello, sospese il giudizio, rimettendo gli atti al *Tribunal Constitucional*, affinché giudicasse sul presunto contrasto tra l'art. 607, c. 2 e l'art. 20 Cost. (norma posta a tutela della libertà di espressione).

⁵⁶ La Corte affronta la questione considerando, primariamente, che « la libertà di espressione non è, in nessun ordinamento, un diritto assoluto ». Sono sicuramente estranee al suo ambito di protezione tutte le frasi oltraggiose e offensive, totalmente prive di collegamento con le idee o opinioni che si vogliono esporre. In questo il *Tribunal* si riporta alle conclusioni già raggiunte nella sentenza *Friedman* (Trib. Cost. (SP), 11 novembre 1991, n. 214, cit.): « né la libertà di pensiero, né la libertà di espressione includono il diritto a porre in essere manifestazioni, opinioni o campagne di carattere razzista o xenofobo, posto che, secondo quanto previsto dall'art. 20 c. 4 Cost., non esistono diritti illimitati e questo diritto è contrario non solo al diritto all'onore, ma anche ad altri beni costituzionali come la dignità umana... l'odio e il disprezzo nei confronti di un popolo sono incompatibili con il rispetto della dignità umana ».

⁵⁷ « Un análisis meramente semántico del contenido del precepto legal permite distinguir en su primer inciso dos distintas conductas tipificadas como delito, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. A simple vista, la negación, puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio. La justificación, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuricidad partiendo de cierta identificación con los autores ».

contro coloro che furono vittime del genocidio di cui si contesta l'esistenza.

Tutto ciò considerato, il Tribunale delle leggi conclude per l'incostituzionalità della repressione penale di tale condotta, dal momento che non rappresenta un pericolo — nemmeno potenziale — per i beni giuridici protetti tale da giustificare l'intervento del diritto penale. Per poterla incriminare, infatti, e garantire, al contempo, la costituzionalità dell'art. 607 c. 2 sarebbe stato necessario prevedere un elemento in più, e cioè che la negazione fosse diretta a creare ostilità nei confronti del gruppo colpito.

Per quanto concerne, invece, la seconda condotta descritta dalla norma impugnata, ossia la « giustificazione » del genocidio, il discorso è differente: la giustificazione, infatti, consiste, nell'espressione di un giudizio di valore che può agevolmente tradursi in un incitamento a compiere tali fatti. La sua repressione penale è, pertanto, pienamente giustificata⁵⁸.

5. UNO SGUARDO OLTREOCEANO: L'ESPERIENZA CANADESE. DUE SENTENZE A CONFRONTO.

In una disamina comparatistica circa il rapporto tra negazionismo e libertà di espressione può farsi qualche cenno, conclusivamente, all'esperienza nordamericana. In tal senso utili spunti ci provengono dal Canada, in cui l'approccio al negazionismo e, più in generale, all'*hate speech* è ben diverso rispetto a quello dei vicini Stati Uniti. Negli USA, infatti, com'è noto, la libertà di espressione è un diritto individuale molto forte (*rectius*, tendenzialmente illimitato) che, nel contrasto con altri diritti, tende a prevalere quasi sempre⁵⁹. A conclusioni ben diverse sono giunte le Corti canadesi: ciò potrebbe sorprendere sia per la vicinanza geografica dei due paesi, sia per le caratteristiche di industrializzazione e multiculturalismo che li connotano. Tuttavia, mentre gli USA sono ben decritti dalla metafora del *melting pot*, la federazione canadese è piuttosto un *ethnic mosaic*⁶⁰.

Inoltre, a monte, il rilievo attribuito alla libertà di espressione è diverso nel contesto canadese rispetto a quello statunitense: la sec. 2b della *Charter of Rights and Freedoms* tutela tra le libertà fondamentali « la libertà di pensiero, di cronaca, di opinione e di espressione »; tuttavia, tale libertà non è percepita come diritto assoluto, in quanto non protegge le manifestazioni del pensiero che esprimano valori incompatibili con quelli tutelati dalla stessa *Charter*⁶¹.

In particolare, per quanto qui rileva, la giurisprudenza canadese non sembra condividere né le conclusioni delle corti statunitensi circa il rapporto tra *hate speech* e libertà di espressione, né il limite dell'*incitement*

⁵⁸ Per un confronto tra le conclusioni raggiunte dalle Corti tedesca e spagnola nelle sentenze sopra analizzate v. C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit.

⁵⁹ Come a breve si vedrà, *infra*, par. 5

⁶⁰ Così M. ROSENFELD, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, in *Cardozo L.J.*, 2002-2003, 1523 ss.

⁶¹ Ed infatti, in generale, l'art. 1 della *Charter* prevede che « the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society ».

to violence da queste richiesto ai fini della comprimibilità della libertà di espressione⁶².

Quanto detto risulta evidente dalle decisioni in cui la *Supreme Court* canadese si è confrontata con il tema del negazionismo, nelle quali ha dimostrato di non assumere posizioni aprioristiche, ma di operare uno scrutinio in concreto circa la portata e il rilievo degli interessi contrapposti. Emblematiche in tal senso sono due decisioni, vertenti su fattispecie di negazionismo, in cui la Corte, pur giungendo, apparentemente, a soluzioni diametralmente opposte, delinea chiaramente il suo orientamento nel campo di cui qui si tratta.

In particolare, nel primo di questi casi, la *Supreme Court*, nel rigettare la questione di costituzionalità sottoposta al suo vaglio — concernente la condanna *ex* § 319 del codice penale federale⁶³ di un insegnante che propagandava idee negazioniste ai suoi studenti⁶⁴ — ha affermato che, al pari della libertà di espressione, sono valori tutelati costituzionalmente la « multicultural diversity, human dignity and equality ». La « propaganda dell'odio » mina il rispetto dei gruppi razziali, etnici e religiosi, più di quanto possa considerarsi espressione di libertà di parola⁶⁵ e, pertanto, essa non è meritevole di alcuna tutela.

Tuttavia, la stessa *Supreme Court* canadese è approdata a conclusioni diverse nel caso concernente il noto negazionista E. Zundel, autore di un pamphlet dal titolo *Did six million really die?*, in cui si sosteneva che l'Olocausto fosse un mito confezionato da una cospirazione ebraica⁶⁶.

A seguito della condanna in primo grado sulla base del § 181 del codice penale — che punisce la pubblicazione intenzionale di notizie false⁶⁷ — venne adita la Corte suprema perché giudicasse sulla legittimità della norma che violerebbe la libertà d'espressione e non si giustificerebbe come uno dei *reasonable limits* previsti per la stessa.

Le conclusioni della Corte sul punto appaiono un po' fuori dal coro rispetto all'orientamento « antinegazionista » assunto dalla stessa Corte canadese e da altri tribunali costituzionali. La Corte, infatti, nel caso Zundel, non ritiene giustificata la limitazione alla libertà di opinione, visto che ammetterla significherebbe operare uno *shifting purpose* intollerabile rispetto alla ratio del § 181 (interpretare una norma ottocentesca come volta a favorire l'armonia razziale sarebbe andare al di là di ogni accettabile potere interpretativo e vorrebbe dire effettivamente riscrivere la norma)⁶⁸.

⁶² Come a breve sarà analizzato, v. *infra* par. 6.

⁶³ Tale norma vieta « la violenza volontaria contro un gruppo identificato sulla base di razza, colore, religione, origini etniche ». È bene considerare, a riguardo, che in Canada non vi è una norma espressa che punisca il negazionismo.

⁶⁴ *R. v. Keegstra*, 3 S.C.R. 687 (1990). Keegstra descriveva gli ebrei come « sovversivi », « sadici », « amanti del denaro » e riferiva che essi « avevano inventato l'Olocausto per ottenere simpatia internazionale »; inoltre pretendeva che i suoi studenti ripetessero le sue teorie per evitare brutti voti.

⁶⁵ Alle medesime conclusioni la *Supreme Court* giunge nel caso *R. v. Andrews*, 3 S.C.R. 870 (1990).

⁶⁶ *V. R. v. Zundel* 2 S.C.R., 731, (1992).

⁶⁷ § 181: « Everyone who willfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and cause or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offense and liable to imprisonment ».

⁶⁸ Poiché la disposizione — come si legge nella motivazione della sentenza — era sorta per prevenire « deliberate slanderous statements against the nobles of the realm to preserve political harmony ».

Quindi, tale sentenza, lungi dal costituire un passo indietro nella repressione del negazionismo, è emblematica del *modus procedendi* della Corte suprema canadese, la quale dimostra la capacità di valutare la reale portata dei limiti applicabili alla libertà di manifestazione del pensiero mediante un bilanciamento di interessi, che è garantito non attraverso proposizioni astratte, ma riferite al singolo contesto in una visione programmatica e concreta di situazioni simili, ma diverse tra loro.

6. IL DIVERSO APPROCCIO DELLA GIURISPRUDENZA AMERICANA.

La giurisprudenza statunitense non si è mai confrontata direttamente con casi di negazionismo: ciò è dovuto a numerose ragioni di carattere sia storico, sia geografico, sia giuridico. Tuttavia, utili spunti di riflessione provengono dai casi relativi al c.d. *hate speech*⁶⁹: si è scelto di far cenno a questi casi, al termine di questo *excursus*, in quanto emblematici di un diverso approccio alla libertà di manifestazione del pensiero⁷⁰ e ad i suoi limiti⁷¹ e, al contempo, di una concezione della criminalizzazione dei reati di opinione che non trova un esatto omologo nei paesi europei.

in the State», non era possibile sostituire questa *ratio* storica con quella della prevenzione della *hate propaganda and racism*. Pertanto, non era possibile un'interpretazione adeguatrice per rendere la disposizione conforme alla libertà di manifestazione del pensiero. V. sul punto le osservazioni di J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit.

⁶⁹ La stessa nozione di *hate speech* è mutata nel corso del tempo. Per una ricostruzione v. S. WALKER, *Hate speech: The History of an American Controversy*, 3 University of Nebraska Press, 1994: «Traditionally it included any form of expression deemed offensive to any racial, religious, ethnic, or national group. In the 1980s some campus speech codes broadened it to include gender, age, sexual preference, marital status, physical capacity, and other categories. Human Rights Watch defines hate speech as "any form of expression regarded as offensive to racial, ethnic and religious groups and other discrete minorities, and to women." Rodney Smolla defines it as a "generic term that has come to embrace the use of speech attacks based on race, ethnicity, religion and sexual orientation or preference". Historically, hate speech has been referred to by several terms. In the late 1920s and early 1930s it was known as "race hate". Beginning in the 1940s it was generally called "group libel," reflecting the specific legal question whether the law of libel should be expanded to cover groups as well as individuals. In the 1980s "hate speech"

and "racist speech" became the most common terms».

⁷⁰ Il rilievo e la portata della libertà di espressione nel contesto nordamericano sono assolutamente singolari: «the United States stands alone, even among democracies, in the extraordinary degree to which its constitution protects freedom of speech and of the press». Così, R. DWORCKIN, *The Coming Battles over Free Speech*, N.Y. Rev. Books, June 11, 1992, 57. V. altresì F. SCHAUER, *The Exceptional First Amendment*, in *American Exceptionalism and Human Rights* 29, 51-2 (Michael Ignatieff, ed.), 2005: «the First Amendment, as authoritatively interpreted, remains a recalcitrant outlier to a growing international understanding to what the freedom of expression entails. In numerous dimensions the American approach is exceptional (...) The American understanding of freedom of expression is substantially exceptional compared to international standards because a range of American outcomes and American resolutions of conflicts between freedom of expression and other rights and goals are strikingly divergent from the outcomes and resolutions reached in most other liberal democracies».

⁷¹ L'ampiezza della libertà di espressione è, negli Stati Uniti, tale da rendere quasi impossibile incidere sul suo contenuto attraverso limiti ad essa apposti. V. sul punto L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., 109 e l'ivi citato caso *Chaplinsky v. New Hampshire* 315 (1942) 568

Innanzitutto, con riguardo a quello che può essere definito *dangerous speech*⁷², le Corti statunitensi hanno sempre maggiormente ridotto la possibilità di punire qualcuno per le sue idee o espressioni potenzialmente pericolose, fino ad arrivare a stabilire che per punire un discorso che esorti o inciti alla violenza bisogna provare un *quid pluris*, ossia che esso sia diretto a produrre « *imminent lawless actions*⁷³ ».

Analogamente, con riguardo all'*offensive speech*, la Supreme Court ha statuito che i discorsi, benché offensivi, che non si traducono in un *breach of peace*, sono coperti dalla garanzia offerta dal Primo Emendamento⁷⁴.

Infine, i casi di *heretical speech* sono estremamente rari nel panorama giurisprudenziale statunitense, perché la stessa idea che lo Stato possa imporre l'adesione a talune forme di « ortodossie stabilite dallo Stato » contrasta fortemente con il concetto statunitense di libertà di espressione. Pertanto, nell'assenza di casi che riguardino direttamente il negazionismo della Shoah, possono essere considerate, come esemplificative, alcune pronunce in cui la Corte ha chiaramente statuito che « there is no place in a Constitutional democracy for laws that seek to compel individuals to adopt a particular way of thinking and talking about matters that concern

in cui il giudice Murphy evocò la *two-tier theory* per sottolineare come talune espressioni non potessero essere tutelate dal Primo emendamento qualora non contenessero l'esposizione di un'idea o fossero dotate di un così scarso valore ai fini della ricerca della verità da non controbilanciare in alcun modo il danno che esse avrebbero prodotto nei confronti degli interessi collettivi (c.d. *fighting words*).

⁷² Circa la tripartizione tra *dangerous speech*, *offensive speech* e *heretical speech* v. P.R. TEACHOUT, *Making the « Holocaust Denial » a crime: Reflections on European Anti-negationist Laws from the Perspective of U.S. Constitutional Experience*, cit., 676 ss.

⁷³ Emblematiche in tal senso sono le conclusioni raggiunte in *Brandenburg v. Ohio*, 359 U.S. 444 (1969): la punibilità del *dangerous speech* è subordinata al fatto che esso « was directed to inciting or producing imminent lawless actions and was likely to produce such actions ». La Corte, giudicando sulla legittimità delle dichiarazioni televisive rese da alcuni membri del Ku Klux Klan contro neri ed ebrei (con cui, tra l'altro, li si invitava a tornare rispettivamente in Africa e in Israele e veniva attuato il rito del *cross burning*), non le ritenne perseguibili in quanto « the Klan may have advocated violence but it had not incited it ». Sulla linea di demarcazione tra *advocacy* e *incitement to violence* v. M. ROSENFELD, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, cit., 1523 ss. Nella sentenza veniva riformulato il concetto di *clear and present danger*, che sembrava inapplicabile al caso di specie, in quanto il conte-

sto era privo di un pericolo incombente. V., sul punto, L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., 116: « Veniva in tal modo fornita una soluzione assai liberale, secondo cui l'istigazione a compiere azioni illegali o violente rientrava nella copertura costituzionale del Primo emendamento e queste azioni non sarebbero state protette da esso solo nel caso in cui queste azioni avessero portato alla commissione di tali reati o avessero prodotto un pericolo immediato di esecuzione ».

⁷⁴ Benché in un lontano precedente (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952)) la Corte ritenne i discorsi offensivi esclusi dalla garanzia del Primo Emendamento (visto che la diffamazione di un gruppo può essere paragonata ad una diffamazione individuale) tale precedente, benché mai oggetto di *overruling*, non è stato mai seguito. Anzi, nel caso *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* (432 U.S. 43 (1977)), la Corte ha ribadito la non punibilità dell'*hate speech*, là dove consista solo nell'apologia e non si traduca in un *incitement to violence*. Il caso riguardava una marcia organizzata da un gruppo di neo nazisti, in uniforme da SS, attraverso un sobborgo di Chicago, con una vasta popolazione ebrea. Le autorità locali presero provvedimenti, anche legislativi, per prevenire tale marcia, ma essi furono invalidati dalle Corti statale e federale, in quanto violativi della libertà di espressione dei Neo-Nazisti. Sull'*offensive speech* la Corte Suprema è tornata a pronunciarsi di recente nel caso *Snyder v. Phelps et al.*, 562 U.S. 2011.

them, to affirm belief in things they do not believe in, or to adopt a particular aptitude toward something the State considers important⁷⁵ ».

7. CONCLUSIONI.

L'analisi sin qui condotta permette di svolgere alcune considerazioni conclusive circa il problema dell'opportunità dell'introduzione di una norma sul negazionismo, in un contesto — quale quello italiano — che, come già anticipato, ad oggi si distingue dagli altri paesi europei per l'assenza di una legislazione antinegazionista.

Il primo dato che non va equivocato è la profonda convinzione che la negazione della Shoah costituisca un fatto profondamente offensivo, non solo per chi ha subito quella persecuzione, ma per la dignità e la memoria di un intero popolo. La necessità di sanzione deriva, pertanto, dalla necessità di una tutela del sentimento dei sopravvissuti e della necessità di intangibilità della memoria.

Se questo è indubbio, nondimeno, può innanzitutto considerarsi criticamente l'opportunità della criminalizzazione della negazione *ex se*.

Nella consapevolezza dell'impossibilità di richiamare in tal senso come *tertium comparationis* la citata giurisprudenza americana sull'*hate speech* — che si fonda su un concetto di libertà di espressione così diverso da quello continentale da non esserne concretamente rapportabile — tuttavia, la ricerca di un *quid pluris* rispetto alla dichiarazione, richiesto da quella giurisprudenza ai fini della punibilità, può indurre ad una considerazione circa i potenziali rischi di un intervento legislativo penale in senso strettamente antinegazionista.

Spunti in tale direzione provengono, peraltro, dalle conclusioni recentemente raggiunte dal Tribunale spagnolo, che, pur argomentando in maniera non sempre limpida circa la distinzione tra « negazione » e « giustificazione » del genocidio, nel distinguere tra le due condotte, non richiede l'intervento del legislatore penale ai fini della punizione della mera negazione.

In tal senso, *de iure condendo*, non può che augurarsi una certa cautela nella previsione dell'eventuale norma incriminatrice del negazionismo e nell'individuazione delle condotte punibili, attraverso la sanzione delle condotte che si traducano in una violazione in concreto di beni costituzionalmente protetti, tali da giustificare le limitazioni alla libertà di espressione. In questo, il *modus procedendi* della giurisprudenza canadese può costituire un esempio, pur nell'assenza di una norma sul negazionismo, di capacità di abbandono degli apriorismi per valutare nel concreto le situazioni suscettibili di criminalizzazione.

Inoltre, quello su cui occorre riflettere, è se la norma sul negazionismo della Shoah non rischi di trasformare « del tutto contrariamente alle inten-

⁷⁵ V. le conclusioni raggiunte in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 626-29 (1943); *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705, 707 (1977). In entrambi i casi, la Corte ha giudicato sulla legittimità di alcune misure statali che obbligano gli individui ad ade-

rrire pubblicamente ad ideologie che trovano inaccettabili ed ha concluso che, in tal modo, lo Stato « invades the sphere of intellect and spirit which it is the purpose of the First Amendment to our Constitution to reserve from all official control ».

zioni, il rendere giustizia con un assai triste privilegio⁷⁶ ». Il massacro degli ebrei è per la nostra cultura sicuramente la più dolorosa delle « ferite della storia », ma non può dirsi che sia l'unica. Ed infatti anche altri massacri, altri genocidi vengono considerati nelle più recenti legislazioni⁷⁷. Questo solo per chiedersi se la norma sul negazionismo della Shoah non rischi poi di divenire discriminatoria nei confronti della negazione di ogni di ogni altro genocidio, e poi, di ogni crimine efferato e, per il principio di uguaglianza, anche poi dell'islamofobia, della cristianofobia, della omofobia, etc. Se tutto questo venisse criminalizzato che spazio residuerebbe allora per la libertà di espressione e di ricerca⁷⁸?

Da ultimo, e a prescindere dal dibattito sulla repressione penale, nella misura in cui il negazionismo può costituire un fenomeno lesivo di beni giuridici fondamentali, quali la dignità e l'onore, l'ulteriore auspicio è nella direzione di un rafforzamento delle tutele civili, attraverso un ingresso e un più ampio utilizzo nel campo in esame dello strumentario del privatista.

⁷⁶ V. G. RESTA-V. ZENO ZENOVICH, *Le regole della memoria. Rappresentazione del passato e riparazione delle ingiustizie della storia nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit.

⁷⁷ Cfr. per la penalizzazione della negazione dei genocidi comunisti, accanto a quelli nazisti, quanto detto *supra*, nota 18. Inoltre, a titolo esemplificativo, in Francia con l. 29 gennaio 2001 « relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 » la Francia ha pubblicamente riconosciuto il genocidio armeno del 1915.

⁷⁸ A tal proposito, è opportuno riportare talune delle posizioni espresse nel già citato *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, appello firmato dagli storici all'indomani del ddl Mastella (v. *supra*, n. 4); in particolare, attraverso l'introduzione della norma sul negazionismo « si stabilisce una verità di Stato in fatto di passato storico, che rischia di delegittimare quella stessa verità storica, invece

di ottenere il risultato opposto sperato. Ogni verità imposta dall'autorità statale (l'"antifascismo" nella Ddr, il socialismo nei regimi comunisti, il negazionismo del genocidio armeno in Turchia, l'inesistenza di piazza Tiananmen in Cina) non può che minare la fiducia nel libero confronto di posizioni e nella libera ricerca storiografica e intellettuale.

Si accentua l'idea, assai discussa anche tra gli storici, della "unicità della Shoah", non in quanto evento singolare, ma in quanto incommensurabile e non confrontabile con ogni altro evento storico, ponendolo di fatto fuori della storia o al vertice di una presunta classifica dei mali assoluti del mondo contemporaneo. L'Italia, che ha ancora tanti silenzi e tante omissioni sul proprio passato coloniale, dovrebbe impegnarsi a favorire con ogni mezzo che la storia recente e i suoi crimini tornino a far parte della coscienza collettiva, attraverso le più diverse iniziative e campagne educative ».