

Dipartimento di Politiche Pubbliche e Scelte Collettive – POLIS
Department of Public Policy and Public Choice – POLIS

Working paper n. 121

June 2008

**L'antinegazionismo nell'esperienza
giuridica tedesca e comparata**

Joerg Luther

UNIVERSITA' DEL PIEMONTE ORIENTALE "Amedeo Avogadro" ALESSANDRIA

Periodico mensile on-line "POLIS Working Papers" - Iscrizione n.591 del 12/05/2006 - Tribunale di Alessandria

L'antenegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata

di Jörg Luther*

Indice: 1. Il mandato europeo di repressione penale del negazionismo. 2. La presenza del passato nella legislazione penale tedesca fino allo *Historikerstreit*. 3. L'apparente *Sonderweg* antinegazionista della Germania riunificata. 4. Una comparazione diacronica doverosa: il reato di *Greuelhetze* come negazionismo nazista. 5. La circolazione europea dei modelli di antinegazionismo penale. 6. I giudicati costituzionali: la sentenza Zundel della Corte suprema canadese nel 1992. 7. *segue:* la giurisprudenza costituzionale tedesca a partire dal 1994. 8. *segue* la sentenza della *Cour d'arbitrage* belga del 1995; 9. *segue:* la giurisprudenza internazionale della Corte europea dei diritti dell'uomo e del Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite. 10. *segue:* il verdetto spagnolo del 2007. 11. I precedenti della giurisprudenza costituzionale italiana. 12. Conclusioni: la verità del dubbio nella costituzione democratica.

1. Il mandato europeo di repressione penale del negazionismo

“Negazionismo” è un neologismo, di origine forse francese e di diffusione sicuramente internazionale, per un fenomeno culturale, politico e giuridico non nuovo. Si manifesta in comportamenti e discorsi che hanno in comune la negazione, almeno parziale, della verità di fatti storici percepiti dai più come fatti di massima ingiustizia e pertanto oggetto di processi di elaborazione scientifica¹ e/o giudiziaria di responsabilità. Mentre i dibattiti politici e culturali aperti all'opinione pubblica stentano a separare il negazionismo dal revisionismo, storici e giuristi cercano di circoscrivere il problema designato dal termine da un lato al campo dei fatti della storia contemporanea, dall'altro lato a fatti qualificabili come reati internazionali di genocidio e reati contro l'umanità.

Partendo dall'esperienza concreta dell'olocausto e dalla “Convenzione Internazionale sulla prevenzione e punizione del crimine di genocidio del 1948”, l'antenegazionismo è, di conseguenza, l'insieme delle idee e delle pratiche che negano ogni giustificazione morale del negazionismo e combattono quanto meno la negazione di un genocidi. L'antenegazionismo giuridico pretende di armare la repressione penale ed un'azione politica ed amministrativa efficace di prevenzione. Dal punto di vista del diritto costituzionale, negazionismo ed antinegazionismo pongono non pochi problemi. Occorre valutare il loro impatto sulle garanzie costituzionali della dignità umana, della libertà di coscienza e di espressione, ma anche sulle altre libertà culturali, in particolare sull'autonomia culturale della ricerca scientifica e sui diritti culturali delle persone e delle generazioni passate e future. Ma sono toccati anche i principi fondamentali del costituzionalismo

* Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università del Piemonte Orientale. Versione rielaborata di una relazione tenuta al convegno “Storia verità diritto” organizzato dalla Società Italiana per lo Studio della Storia a all'Università La Sapienza di Roma, 4 aprile 2008.

¹ In particolare il ramo dei *genocide studies* su cui M. Dabag, *Wahrnehmung und Prävention von Genozid aus der Sicht der strukturvergleichenden Genozidforschung*, in: V. Radkau / E. Fuchs / T. Lutz (ed.) *Genozide und staatliche Gewaltverbrechen im 20. Jahrhundert*, Innsbruck-Wien, Studienverlag 2004, pp. 22ss.

moderno, dallo stato di diritto alla democrazia, specialmente per chi è alla ricerca di dispositivi giuridici idonei a preservare il pluralismo democratico e la pace giuridica.²

In data 19 aprile 2007, a pochi mesi dall'ulteriore allargamento dell'UE a Romania e Bulgaria e dalla condanna delle Nazioni Unite del 27 gennaio 2007 di ogni forma di "holocaust denial",³ i ministri della giustizia dell'UE hanno trovato dopo molti anni di proposte e resistenze soprattutto italiane un accordo per una decisione quadro sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia.⁴ In ogni stato dell'UE dovrebbero entro due anni essere punibili le seguenti condotte:

"- Publicly inciting to violence or hatred, even by dissemination or distribution of tracts, pictures or other material, directed against a group of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin,

- Publicly condoning, denying or grossly trivialising

-- crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes as defined in the Statute of the International Criminal Court (Art. 6, 7 and 8) directed against a group of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin, and

-- crimes defined by the Tribunal of Nuremberg (Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal, London Agreement of 1945) directed against a group of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin. Member States may choose to punish only conduct which is either carried out in a manner likely to disturb public order or which is threatening, abusive or insulting."

Le pene devono avere un massimo di almeno 1 a 3 anni di prigione. Il riferimento alla religione, chiesto dal governo britannico con riguardo alla situazione del Irlanda del Nord, è pensato per espressioni che servono da pretesto per azioni contro gruppi etnici o nazionali. La decisione quadro

² L'art. 4 della Convenzione internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965, nella parte in cui obbliga gli stati firmatari a qualificare "offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof", fu oggetto di riserve espresse da Austria, Belgio, Irlanda, Italia e Regno Unito.

³ A/RES/61/255.

⁴ http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/misc/93739.pdf. Cfr. invece COM(2001) 664: "i comportamenti razzisti e xenofobi devono costituire un reato in tutti gli Stati membri ed essere passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive." Il commento del parlamento europeo (European Parliament recommendation to the Council of 21 June 2007 concerning the progress of the negotiations on the framework decision on action to combat racism and xenophobia (2007/2067(INI)) sembra più cauto: "(e) recognise that some Member States have criminalised the denial or flagrant trivialisation of genocide, crimes against humanity or war crimes", "(g) exclude the notion of a public order offence, since it is not based on a precise definition of that concept, and define what constitutes threatening, abusive or insulting conduct which Member States may decide is or is not punishable".

peraltro non dovrebbe pregiudicare le libertà di espressione, stampa ed associazione garantite dal diritto europeo e dalle costituzioni nazionali.⁵

Tale scelta fu peraltro preceduta dal protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità cibernetica firmato a Strasburgo il 28 gennaio 2003, entrata in vigore nel 2006, ma non ancora firmata da Italia, Spagna, UK, Irlanda, Repubblica ceca, Bulgaria e Russia:

Article 6 – Négation, minimisation grossière, approbation ou justification du génocide ou des crimes contre l'humanité

(1) Chaque Partie adopte les mesures législatives qui se révèlent nécessaires pour ériger en infractions pénales, dans son droit interne, lorsqu'ils sont commis intentionnellement et sans droit, les comportements suivants: la diffusion ou les autres formes de mise à disposition du public, par le biais d'un système informatique, de matériel qui nie, minimise de manière grossière, approuve ou justifie des actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité, tels que définis par le droit international et reconnus comme tels par une décision finale et définitive du Tribunal militaire international, établi par l'accord de Londres du 8 août 1945, ou par tout autre tribunal international établi par des instruments internationaux pertinents et dont la juridiction a été reconnue par cette Partie.

(2) Une Partie peut: a) soit prévoir que la négation ou la minimisation grossière, prévues au paragraphe 1 du présent article, soient commises avec l'intention d'inciter à la haine, à la discrimination ou à la violence contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments;

b) soit se réserver le droit de ne pas appliquer, en tout ou en partie, le paragraphe 1 du présent article. »

Proprio l'origine internazionale dei discorsi giuridici relativi al genocidio e questo mandato europeo per una riforma del diritto penale italiano impongono una ricostruzione del problema in chiave comparata che, per ragioni storiche evidenti, non può non ripartire dal caso tedesco.⁶

⁵ COM(2001) 664 . Secondo la versione italiana, i reati in questione devono includere la “pubblica apologia dei delitti di genocidio o contro l'umanità, quali sono definiti nello Statuto della Corte penale internazionale” nonché la “diffusione, con ogni mezzo, di scritti, rappresentazioni grafiche o altri supporti di contenuto razzista o xenofobo”. Nella versione inglese si parla più ampiamente di “public condoning”, in quella tedesca di “öffentliche Duldung”.

⁶ Cfr. già A. Di Giovine, *Il passato che non passa: “Eichmann di carta” e repressione penale*, in *DPCE* 2006, XIIIss. Nonché dall'ottica del diritto penale E. Fronza, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1999, 1034ss. Il disegno governativo di legge n. 1694 della 15° legislatura, comunicato alla presidenza del Senato in data 5 luglio 2007, prospettava una riforma dell'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni, che avrebbe consentito forse di qualificare fenomeni di negazionismo come condotta di propaganda di idee fondate sull'odio razziale: «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, anche ai fini dell'attuazione dell'articolo 4 della convenzione, è punito: a) con la reclusione fino a tre anni chiunque, in qualsiasi modo, diffonde idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi o fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere.»

2. La presenza del passato nella legislazione penale tedesca fino allo *Historikerstreit*

In Germania, il problema del negazionismo è stato discusso dai giuristi finora sotto il titolo semplificato di “punibilità della negazione di Auschwitz” (e dell’Olocausto), peraltro con risvolti anche nel diritto privato (azione inibitoria e risarcimento di danni morali), nel diritto della pubblica sicurezza (libertà di riunione) e nel diritto processuale (penale, civile ed amministrativo).

Nel diritto penale tedesco vigente, le condotte riconducibili al negazionismo sono varie e comprendono, in particolare, l’apologia di reato (§ 140 StGB: *Billigung von Straftaten*), il vilipendio della memoria dei defunti (§ 189 StGB: *Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*), l’ingiuria e la diffamazione verso persone individuali, collettività organizzate o categorie di persone non organizzate (§ 185 StGB: *Beleidigung*, § 186 StGB *Verleumdung*) e, infine, il cd. “aizzamento del popolo” (§ 130: “*Volksverhetzung*”).⁷

Quest’ultima figura di reato è il frutto di una lunga storia di progettazione e di riforma che merita di essere ricostruita nei dettagli perché dimostra come l’uso pubblico della storia nella Repubblica di Bonn, con fasi alterne di rimozione e di ricordo, sia stato sempre ispirato a una certa qual preoccupazione per lo stato d’anima del popolo.⁸ Una prima versione del reato fu creata in Baviera dalla legge regionale n. 14 del 13 marzo 1946 “contro l’ossessione razziale e l’odio etnico” (*Rassenwahn und Völkerhass*), legge evidentemente collegata alla “legge sulla liberazione dal nazionalsocialismo e dal militarismo” del 5 marzo 1946 con la quale il governo militare mirava a “assicurare basi permanenti ad una vita democratica degli stati tedeschi, in pace con il mondo”. In base alla legge bavarese veniva punito chiunque “con manifestazioni o atti da ossessione razziale o odio etnico inquieti la popolazione in modo da porre in pericolo l’ordine pubblico e pubblica sicurezza”. Tale reato poteva essere perseguito peraltro solo con l’autorizzazione del ministro presidente del Land.

Nella prima legislatura del *Bundestag* fu poi presentata la proposta socialdemocratica di una “legge contro i nemici della democrazia” (15 febbraio 1950) e un analogo disegno di legge del Governo federale (4 settembre 1950). La proposta, sebbene ispirata al principio della “democrazia che si difende” sancito dalla legge fondamentale del 1949, fu peraltro criticata come segno di un eccesso di stato di polizia e di giacobinismo e anche il disegno governativo non ebbe trattamento

⁷ La traduzione dell’odierno § 130 StGB a cura di S. Vinciguerra, *Il codice penale tedesco*, Padova, Cedam 2003 preferisce „istigazione all’odio“, intitolazione che perde tuttavia il significativo riferimento al popolo (Volk) e alla caccia (*hetzen* può avere per oggetto anche animali).

⁸ Cfr. T. Wandres, *Die Strafbarkeit des Ausschwitz-Leugnens*, Berlin, Duncker&Humblot 2000, 106ss.

preferenziale nell'*agenda setting* parlamentare. D'altronde, la "deideologizzazione" e la "denazificazione" erano state terminate, e la nuova repubblica intendeva occuparsi forse più del suo futuro che non della storia.⁹

Solo in seguito alla profanazione della sinagoga e del monumento per le vittime del nazionalsocialismo a Colonia durante la vigilia di natale del 1959, le proposte tornarono in parlamento. Incontravano inizialmente qualche dubbio da parte del deputato socialdemocratico Adolf Arndt e del rappresentante più alto della comunità ebraica, che temevano che si creasse con lo strumento della legge penale una riserva naturale per gli ebrei in Germania (*strafrechtlicher Naturschutzpark*).¹⁰

Nel 1960, il *Bundestag* approvò poi all'unanimità la seguente disposizione, il nuovo § 130 del codice penale (StGB) sotto il nuovo titolo di "aizzamento del popolo" (*Volksverhetzung*):

"Chiunque aggredisce, in forme idonee a turbare la pace pubblica, la dignità umana altrui,

- 1) istigando all'odio contro parti della popolazione,*
- 2) esortando a compiere atti di violenza o di arbitrio nei loro confronti,*
- 3) insultando, denigrando con malizia o calunniando gli stessi,*
- 4) viene punito con la reclusione per non meno di tre mesi. Inoltre può essere inflitta una pena pecuniaria."*¹¹

Cruciale in questa prima configurazione del reato di "aizzamento del popolo" fu l'aggressione alla "dignità umana" come elemento caratteristico comune della fattispecie, elemento peraltro utilizzato anche già per la configurazione del reato di diffusione di immagini raccapriccianti e di istigazione all'odio razziale di cui al § 131 StGB, creato nel 1957. Il reato presupponeva oltre alla semplice diffamazione un attacco alla dignità intesa come nucleo forte della persona, cioè un'adesione all'ideologia nazista con la sua negazione radicale del valore della vita degli ebrei o un invito a tornare alle pratiche del terzo *Reich*. Nella giurisprudenza, le parti della popolazione furono identificati di volta in volta negli ebrei o cattolici, ma anche in gruppi politici, soldati, giudici, *Gastarbeiter*, *Asylanten*, Sinti e Roma, persone di colore ecc. Istigazione all'odio furono giudicate scritte come "giuda crepa" (*Juda verrecke*), "tedeschi difendetevi" dalla "menzogna di Auschwitz", l'invito di trattare gli stranieri come gli ebrei o di "abbattere" la classe politica, non invece cartelli che dichiaravano stranieri non benvenuti o che potevano essere interpretati come petizione per una più rigida disciplina delle espulsioni ("*Ausländer raus*") o che ne mettevano in luce i dati statistici

⁹ Cfr. J. Luther, *Pagine di storia costituzionale tedesca del secondo dopoguerra*, in: Associazione Culturale Italo-Tedesca La Spezia (a cura di), *Germania ed Europa dal 1945 ad oggi*, La Spezia 1998, 23ss.

¹⁰ Cfr. S. Cobler, *Das Gesetz gegen die Auschwitz-Lüge*, in *Kritische Justiz* 1985, 163.

¹¹ Legge del 4. 8. 1960, *Bundesgesetzblatt* 1960, I, 478. "*Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, die Menschenwürde anderer dadurch angreift, daß er 1. zum Haß gegen Teile der Bevölkerung anstachelt, 2.*

di maggiore criminalità, nemmeno l'ostensione della bandiera di guerra del terzo Reich. Soprattutto, a giudizio dello *Bundesgerichtshof*, l'equivalente tedesco della corte di cassazione, non era sufficiente la semplice negazione dell'esistenza delle camere a gas.¹²

In precedenza, le sezioni civili dello stesso avevano deciso che le "persone di origine ebraica hanno in virtù del diritto alla propria personalità (*Persönlichkeitsrecht*) la pretesa legittima di vedersi riconosciuta la persecuzione subita dagli ebrei sotto il nazionalsocialismo. Chiunque nega l'assassinio degli ebrei nel terzo *Reich*, diffama ognuno di loro." Tale massima fu motivata sia con l'argomento che la negazione di un fatto storico notorio non è tutelata dalle garanzie costituzionali della libertà di opinione e che anche una narrazione della storia divergente da quella dominante può, in via eccezionale, costituire una diffamazione, nel caso di specie perché nega proprio un "destino inumano" (*unmenschliches Schicksal*). Il riconoscimento della "colpa tedesca" per questo destino sarebbe invece "una condizione fondamentale per la vita degli ebrei nella Repubblica federale." La stessa sentenza fu criticata perché riconobbe all'attore, nipote di una vittima nato nel 1950, il diritto al risarcimento del danno morale, applicando in modo alquanto infelice le oramai abrogate leggi di Norimberga per giustificare la titolarità del diritto.¹³

La repressione del negazionismo tramite l'applicazione delle sanzioni penali per il reato di diffamazione, facilitata dal rifiuto di ogni assunzione di prove su un fatto ritenuto "notorio", fu ritenuta tuttavia insoddisfacente, perché perseguibile sempre solo dietro querela di parte. Nel 1982, l'ultimo atto del governo del cancelliere H. Schmidt fu pertanto l'approvazione di un disegno di legge per un nuovo reato di "apologia, negazione e banalizzazione dei genocidi" (§ 140 STGB), peraltro circoscritto ai fatti del periodo nazionalsocialista. Il governo successivo del cancelliere H. Kohl preferì invece nel 1984 una nuova disposizione *ad hoc* destinata a punire l'apologia e la negazione (non anche la banalizzazione) dei genocidi nazionalsocialisti "e di altri fatti paragonabili", pensando anche all'espulsione dei tedeschi dai territori sotto governo socialista (*Vertreibung*).¹⁴ Le controversie suscitate da queste proposte sortirono nel 1985 solo una piccola riforma, la perseguibilità d'ufficio dei reati di diffamazione nei confronti di persone defunte:

"In caso di fatti compiuti mediante divulgazione o il rendere accessibile al pubblico uno scritto (..), in un'assemblea o mediante una trasmissione nella radiotelevisione, un'istanza non è richiesta se il

zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder 3. sie beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft. Daneben kann auf Geldstrafe erkannt werden."

¹² BGHSt 31, 231 = Neue Strafrechts-Zeitschrift (NSStZ) 1981, 258. Più tardi, come vedremo avanti, lo stesso giudice ritenne che discorsi anche radicali di revisionismo potevano sì violare l'onore di ogni ebreo e quindi costituire diffamazione, ma non di per sé anche violare la dignità: BGHSt 40, 97 (100) (15. 3. 1994), caso Deckert.

¹³ BGHZ 75, 160.

¹⁴ Per un'analisi politica della vicenda cfr., ad es., E. Stein, *History against Free Speech. The New German Law Against the "Auschwitz" – and Other "Lies"*, in *Michigan Law Review* 85 (1986/87), 277ss.

defunto ha perso la propria vita come vittima del regime nazista o di un altro regime di violenza ed arbitrio e se la diffamazione è collegata a questo."¹⁵

Sarebbe certo esagerato parlare di una *lex Nolte*, ma non vi è dubbio che il criterio della "paragonabilità" adottato dalla legge era ritenuto una sorta di premio ideologico per gli storici più vicini a Helmut Kohl. Proprio la posizione governativa suscitò la ribellione di chi se la prendeva con le "tendenze apologetiche nella storiografia tedesca", dando avvio allo *Historikerstreit*.¹⁶

3. L'apparente *Sonderweg* antinegazionista della Germania riunificata

La riunificazione del 1989 portò ad un'ulteriore revisione del quadro legislativo, anche perché pretendeva un "superamento del passato" (*Vergangenheitsbewältigung*) sia nazista sia comunista in virtù di quello che il preambolo del trattato di riunificazione definì la "responsabilità particolare che ci deriva dal nostro passato".¹⁷ L'estremismo di destra, trovando un terreno fertile nella Germania orientale, si sfogò in una catena di reati di inaudita violenza, soprattutto contro stranieri. Nel corso di un apposito "convegno" sul revisionismo tenuto a Weinheim nel novembre 1991, il partito nazionaldemocratico (NPD), presieduto da Günter Deckert, decise di fare propaganda di negazionismo, invitando l'autore del cd. *Leuchter report*, una consulenza tecnica commissionata dal negazionista Ernst Zündel e non ammessa dalla Corte di Toronto la cui sentenza del 1988 era stata impugnata davanti alla Corte suprema canadese (che nel 1992 dichiarò incostituzionale la legge canadese e annullò tale sentenza).

In data 13 novembre 1992, il Landgericht Mannheim condannò Deckert proprio per questo evento a una pena detentiva di un anno, qualificando la sua condotta come *Volksverhetzung*. Un mese dopo, in data 10 dicembre 1992, il Land della Bassa Sassonia presentò nel Consiglio federale un disegno di legge che cercava di estendere lo stesso § 130 StGB a qualsiasi fatto lesivo della dignità umana e di punire anche l'uso di simboli "surrogatori" a quelli nazisti già vietati. L'iniziativa, approvata dal Consiglio federale nella seduta del 29 aprile 1993, fu criticata e pertanto seguita da un disegno di legge governativo presentata il 18 febbraio 1994 che viceversa intendeva allargare il § 130 StGB, cancellando del tutto ogni riferimento alla dignità umana. Forse anche alla luce dell'iniziativa

¹⁵ § 194 co. 2 per. 3 StGB: "*Ist die Tat durch Verbreiten oder öffentliches Zugänglichmachen einer Schrift (§ 11 co. 3), in einer Versammlung oder durch eine Darbietung im Rundfunk begangen, so ist ein Antrag nicht erforderlich, wenn der Verstorbene sein Leben als Opfer der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verloren hat und die Verunglimpfung damit zusammenhängt.*"

¹⁶ J. Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung. Die apologetischen Tendenzen in der deutschen Zeitgeschichtsschreibung*, in *Die Zeit* 11. 7. 1986; cfr. E. Nolte, *Das Vergehen der Vergangenheit*, Frankfurt, Suhrkamp 1987; AAVV, *Historikerstreit*, München, Piper 1987; G.E. Rusconi (a cura di), *Il passato che non passa*, Torino, Einaudi 1988.

legislativa pendente, il *Bundesgerichtshof* con la successiva sentenza del 15 marzo 1994 decise di annullare la sentenza del tribunale di Mannheim, giudicando il fatto espressione di semplice revisionismo storiografico usato come strumento di diffamazione non invece una aggressione alla dignità umana e *Volksverhetzung*.¹⁸

Il successivo incendio della sinagoga di Lübeck stimolò forti critiche a questa sentenza del *Bundesgerichtshof*. Il *Landgericht* Mannheim, con sentenza del 22 giugno 1994 confermò la propria sentenza di condanna, definendo tuttavia nella motivazione della sentenza lo stesso imputato una “personalità di forte carattere e senso di responsabilità”. Il cancelliere Kohl parlò di una “sentenza vergogna” (*Schandurteil*) e nell’opinione pubblica fu chiesta addirittura la messa in stato d’accusa del giudice relatore (art. 98 co. 5 cost.).¹⁹ Ancora prima che il *Bundesgerichtshof* potesse nuovamente annullare la sentenza e anche l’avvocato del Deckert potesse essere condannato per aver presentato istanza di prova dell’inesistenza di fatti notori dell’olocausto, il *Bundestag* e il *Bundesrat* approvarono in data 21 settembre 1994 una riforma del reato di *Volksverhetzung* che

- a) eliminava in parte il requisito di lesione della dignità umana per l’istigazione all’odio e a fatti di violenza ed arbitrio,
- b) incorporava in esso la fattispecie dell’istigazione all’odio razziale (ex § 131 StGB) come secondo comma e
- c) aggiungeva un nuovo terzo comma al § 130 StGB:

“Con pena detentiva fino a cinque anni o con pena pecuniaria viene punito chiunque apprezza, nega o banalizza in un modo idoneo a turbare la pace pubblica, in pubblico o in una riunione, fatti di cui al § 220a co. 1 StGB (genocidio) commessi sotto il regime nazionalsocialista.”²⁰

L’interpretazione di questa nuova disposizione resta controversa. Nella dottrina si discutono soprattutto le possibilità di un’interpretazione riduttiva del criterio della “banalizzazione” intesa come negazione solo parziale, in particolare la non punibilità di affermazioni di revisionismo in forme quali le contestazioni e le correzioni di fatti di dettaglio, la critica dei conteggi iniziali, la critica della valutazione delle prove nei processi, la presentazione di “controprove” falsificate, la negazione del disvalore di fatti con argomenti ad es. di “difesa legittima” ecc..²¹

¹⁷ Cfr. sul „superamento del passato“ nella Germania postnazista e postcomunista G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, Giuffrè 2001.

¹⁸ BGHZ 40, 97ss; BGH 1 StR 179/93 - Urteil vom 15. März 1994 (LG Mannheim) cfr. <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/93/1-179-93.php>.

¹⁹ T. Wandres, *op. cit.*, 113ss.

²⁰ „Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 220a Abs. 1 bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.“

²¹ T. Wandres, *op. cit.* 210ss. Cfr. anche W. Brugger, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law*, in *German Law Journal*, 2003, n. 1 (<http://www.sissco.it/index.php?id=45>)

Il *Bundesgerichtshof*, condannando per aizzamento del popolo un tedesco emigrato con cittadinanza australiana per fatti compiuti via internet (Adelaide Institute), ha qualificato il reato come “di pericolo astratto” (*abstraktes Gefährungsdelikt*). Questo vuol dire che non deve essere provato un pericolo reale, ma solo l’idoneità concreta dei fatti di turbare la pace, dal giudice accertabile in base ad una considerazione generalizzante e ammettendo istanze di controprova della concreta inidoneità degli stessi. Bene tutelato risulta quindi la “fiducia nella certezza pubblica del diritto” in Germania, nel caso concreto compromesso dalle esternazioni via internet indirizzate ad un pubblico tedesco e mondiale. Secondo questa interpretazione, la legge protegge il clima politico da tentativi di avvelenamento (*Klimaschutz*) ed anticipa legittimamente la tutela della dignità umana contro l’innescarsi di una dinamica incontrollabile storicamente rivelatasi pericolosa” secondo il motto resistete agli inizi (“*wehret den Anfängen*”).²²

La stessa sentenza mette quindi in luce la legittimazione storica della legge e sottolinea anche la particolarità della situazione tedesca. Restano le critiche della dottrina alla riforma, in particolare alla difficoltà di dimostrare il dolo del reo rispetto alla negazione della verità, che secondo uno dei commentari più diffusi sarebbe oramai solo più il sapere che la propria opinione diverge da quella della maggioranza dominante.²³

L’accettazione politica della riforma è invece oramai incontrovertibile. Attualmente si discutono semmai delle proposte provenienti dalla CDU di estendere il reato di aizzamento del popolo anche all’istigazione di stranieri all’odio contro i tedeschi.²⁴

4. Una comparazione diacronica doverosa: il reato di *Greuelhetze* come negazionismo nazista

Nel 1960, il nuovo paragrafo 130 del codice penale tedesco aveva anche il compito di colmare un vuoto dovuto alla sospensione, per ordine degli alleati, del capitolo dello stesso codice penale relativo ai cd. “reati politici” contro l’ordine pubblico. Se si torna al codice penale dell’Impero del 1871, allo stesso numero era rubricato il reato di “istigazione alla lotta di classe”, nel 1876 affiancato dal reato di “abuso del pulpito” (§ 130a). Fu punito “*chiunque eccita in modo da porre in pericolo la pace pubblica le varie classi della popolazione ad atti di violenza tra di loro*”. Tale reato intendeva proteggere la pace nella società, integrando idealmente quello di vilipendio allo Stato.

²² BGH sent. 12. 12. 2000 (1 StR 184/00), http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteil/bgh_auschwitzluege.pdf

²³ Per una critica opposta della riforma come solo simbolica cfr. M. Frommel, *Das Rechtsgut der Volksverhetzung – oder ein “Ablaßhandel” in drei Akten*, in *Kritische Justiz* 1994, 323ss.

Tornando ancora più indietro nella storia, si scopre che la matrice del § 130 fu il § 100 del codice penale prussiano del 1851 che puniva chiunque mette in pericolo la pace pubblica, istigando i cittadini all'odio o al disprezzo tra di loro con pena pecuniaria o prigione da un mese fino a due anni.²⁵ A sua volta, la legislazione prussiana era stata ispirata peraltro dall'art. 8 della legge francese del 9 settembre 1835 sui reati della stampa, legge che in reazione all'attentato Fieschi aveva cercato di rafforzare le garanzie penali della costituzione monarchica: *“Toute attaque contre la propriété, le serment, le respect dû aux lois, toute apologie de faits qualifiés crimes et délits par la loi pénale, toute provocation à la haine entre les diverses classes de la société, sera punie des peines portées par l'article 8 de la loi du 17 mai 1819.”*

Nella giurisprudenza dell'impero bismarckiano, i concetti di “classe della popolazione” e “pericolo per la pace pubblica” furono interpretati in modo estensivo, qualificandosi come classi sia quelle economiche sia le confessioni e le etnie, e giudicandosi sufficiente la semplice possibilità anche remota di fatti di violenza.²⁶ Alla fine della repubblica di Weimar, alcuni nuovi reati di opinione affiancarono e relegarono in un secondo piano questa garanzia. Il § 132a del codice penale, introdotto con decreto-legge del 19 dicembre 1932, punì l'insulto all'Impero o a uno dei *Länder*, alla loro costituzione, ai loro colori e alle loro bandiere o alle forze armate (*Staatsbeschimpfung*, § 134a StGB). La legge per la tutela dei simboli nazionali del 19 maggio 1933 vietò ogni uso dei simboli pubblici idoneo a “violare il sentimento della dignità di tali simboli”. Infine, la legge del 28 giugno 1935 creò un'ulteriore figura di calunnia al partito nazionalsocialista e ai suoi simboli (§ 134b StGB).

Uno dei primi strumenti per la costruzione del regime nazista fu peraltro il “Decreto presidenziale per la difesa di attacchi perfidi contro il governo dell'elevazione nazionale” del 21 marzo 1933. Con decreto dello stesso giorno furono creati dei tribunali speciali per queste figure nuove di reato. Il § 3 minacciò con prigione fino a due anni *“chiunque con dolo esprime o diffonde un'asserzione non vera o grossolanamente distorta che sia idonea a danneggiare il bene del Reich o di un Land o il prestigio del governo del Reich o quello di un Land o dei partiti che stanno dietro tali governi”*.²⁷

²⁴ Una sentenza del Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg del 26. 3. 3006 ha consentito anche una restrizione della libertà di riunione tramite divieti di propagazione della presunta „menzogna del genocidio armeno“.

²⁵ „§ 100. Wer den öffentlichen Frieden dadurch gefährdet, daß er die Angehörigen des Staates zum Hasse oder zur Verachtung gegen einander öffentlich anreizt, wird mit Geldbuße von zwanzig bis zu zweihundert Thalern oder mit Gefängniß von Einem Monate bis zu zwei Jahren bestraft.“

²⁶ Cfr. F. v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, Gruyter 1927, 802 ritiene che siano “classe” anche „tedeschi, polacchi, francesi; ebrei, cattolici, massoni ecc. Non invece partiti politici.”

²⁷ „§ 3 (1) Wer vorsätzlich eine unwahre oder gröblich entstellte Behauptung tatsächlicher Art aufstellt oder verbreitet, die geeignet ist, das Wohl des Reichs oder eines Landes oder das Ansehen der Reichsregierung oder einer Landesregierung oder der hinter diesen Regierungen stehenden Parteien oder Verbänden schwer zu schädigen, wird, soweit nicht in anderen Vorschriften eine schwere Strafe angedroht ist, mit Gefängnis bis zu zwei Jahren und, wenn er die Behauptung öffentlich aufstellt oder verbreitet, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.“

Una settimana prima, in data 13 marzo 1933, era stato istituito il nuovo “*Reichsministerium für Volksaufklärung und Propaganda*” (ministero del Reich per l’illuminazione del popolo e la propaganda).

La legge di riforma del codice penale del 24 aprile 1934 creò successivamente nel capitolo dedicato ai reati di alto tradimento un nuovo reato di “aizzamento con false atrocità” (cd. *Greuelhetze*, § 90f StGB): “*Chiunque in pubblico o come tedesco all’estero produce con un’affermazione non vera o grossolanamente distorta di fatti un grave pericolo per il prestigio del popolo tedesco, viene punito con la reclusione.*”

La successiva “Legge contro attacchi vili allo Stato e al Partito e per la tutela delle uniformi di partito e del 20 dicembre 1934” eliminò il riferimento ai governi dei *Länder* e agli altri partiti e creava un’ulteriore disposizione: “(1) *Chiunque in pubblico fa esternazioni odiose, aizzanti o rivelatrici di intenzioni basse (Gesinnung) in merito a qualche personalità a guida dello Stato o del partito NSDAP o in merito ai loro ordini e alle loro istituzioni, in modo da minare la fiducia del popolo nella leadership politica, viene punito con la prigione.*

(2) *Alle esternazioni pubbliche sono equiparate quelle maliziose non pubbliche se il reo mette in conto o deve mettere in conto che l’esternazione pervenga al pubblico.*”²⁸

La criminalizzazione delle parole era corollario di un regime di controllo tendenzialmente totale e di negazione completa della libertà di manifestazione del pensiero che peraltro era stata preparata da una giurisprudenza estensiva dei reati politici a spese dei letterati ai tempi di Weimar.²⁹ Colpisce certo il fatto che il linguaggio giuridico dell’antinegazionismo abbia questi precedenti, ma va anche notato come il reato della *Greuelhetze*, letto con la consapevolezza delle atrocità che seguirono, era esso stesso già un’anticipazione dello stesso negazionismo. Non solo il monopolio dello Stato sulla propaganda, proprio anche il divieto di negare la “verità di Stato” creò le condizioni “culturali” indispensabili per la realizzazione della shoah. Accusare quindi l’antinegazionismo di voler stabilire una “verità di Stato” rischia non solo di equipararlo al nazismo, ma anche di ignorare che lo stesso negazionismo ha storicamente come modello una pratica di governo basata su un dispositivo di propaganda, censura e giustizia comandata.

5. La circolazione europea dei modelli di antinegazionismo penale

²⁸ „(1) *Wer öffentlich gehässige, hetzerische oder von niedriger Gesinnung zeugende Äußerungen über leitende Persönlichkeiten des Staates oder der NSDAP., über ihre Anordnungen oder die von ihnen geschaffenen Einrichtungen macht, die geeignet sind, das Vertrauen des Volkes zur politischen Führung zu untergraben, wird mit Gefängnis bestraft. (2) Den öffentlichen Äußerungen stehen nichtöffentliche böswillige Äußerungen gleich, wenn der Täter damit rechnet oder damit rechnen muß, daß die Äußerung in die Öffentlichkeit dringen werde.*“

La scelta tedesca era stata preceduta da riforme in Israele, Francia ed Austria e seguita da altre riforme in molti altri paesi europei, esclusi quelli di *common law* e *nordic law*, ma anche la Grecia e l'Italia. Partendo da Israele, si è creata una catena di produzione di leggi con molteplici variazioni che in questa sede può essere ricostruita soltanto nelle sue dimensioni europee.³⁰ Senza voler negare la molteplicità e differenziazione delle discipline si può in ogni caso parlare di una matrice comune di antinegazionismo e quindi forse anche di una circolazione di modello quanto meno in Europa, sebbene non completa e non sempre smarcato dal modello statunitense del “exceptional first amendment” ipotizzato da *N.Y. Times v. Sullivan* 376 U.S. 264 (1964), *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969) e *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1978).³¹

(1) In Israele, la Knesset aveva approvato nel 1986 la *Denial of Holocaust (Prohibition) Law* 5746-1986 che punisce la negazione dello Holocaust nei seguenti termini:

“2. *A person who, in writing or by word of mouth, publishes any statement denying or diminishing the proportions of acts committed in the period of the Nazi regime, which are crimes against the Jewish people or crimes against humanity, with intent to defend the perpetrators of those acts or to express sympathy or identification with them, shall be liable to imprisonment for a term of five years.*” A questo reato si aggiunge un divieto di pubblicare manifestazioni di simpatia con crimini nazisti.³²

(2) In Francia, la Loi Gayssot del 13 luglio 1990 aveva reagito alla profanazione del cimitero di Carpentras introducendo una nuova disposizione nella legge sulla stampa che già nel 1972 aveva previsto un apposito reato di istigazione alla discriminazione, all'odio o alla violenza nei confronti di un gruppo etnico, una nazione, una razza o una religione (art. 24)³³:

²⁹ Sulla figura e sui casi di “alto tradimento letterario” (*Literarischer Hochverrat*) cfr. H. und E. Hannover, *Politische Justiz 1918-1933*, Frankfurt 1966, 244ss.

³⁰ Cfr. E.U. Network of Independent Experts on Fundamental Rights, CFR-CDF, Opinion 5-2005.doc (28.11.2005), 78ss.. Per il dibattito statunitense cfr. G. Tishler / I. Cotler / A. Dershowitz / A. Berney, *Freedom of Speech and Holocaust Denial*, in *Cardozo Law Review* 1987, 559-594.

³¹ Cfr. soltanto le analisi comparatistiche di F. Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the U.S.*, in: G. Nolte (ed.), *European and US-Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press 2005, 49ss; W. Brugger, *Verbot oder Schutz von Haßrede?* in *Archiv des öffentlichen Rechts* 128 (2003), 372ss.; G. Nolte, *Beleidigungsschutz in der freiheitlichen Demokratie*, Heidelberg, Müller 1992.

³² Cfr. il contributo dottrinale preparatorio di S. Roth, *Making the Denial of the Holocaust a Crime in Law*, Institute for Jewish Affairs, Research Reports, n° 1, mars 1982, 1-12.

³³ Art. 24 Loi du 29 Juillet 1881 modifié sur la liberté de la presse: « *Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement.*

Seront punis des peines prévues à l'alinéa précédent ceux qui, par ces mêmes moyens, auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal. » (Loi n. 72-546 du 1^{er} juillet 1972)

« Art. 24 bis. - *Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du 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 déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale.* »³⁴

In applicazione dell'art. 24, il tribunale di Versailles aveva peraltro condannato Jean Marie Le Pen con sentenza del 18 marzo 1991, successivamente confermata dalla *Cour de Cassation*, a un risarcimento di danni civili per aver definito le camere a gas “un dettaglio della storia della seconda guerra mondiale”.³⁵

In chiave comparata, si nota subito che la disciplina francese è più ampia di quella tedesca perché non si limita ai genocidi nazisti, ma è anche più ristretta in quanto non contempla l'alternativa della minimizzazione e presuppone comunque un giudicato nazionale o internazionale. Sotto questo profilo, l'approvata ma a fine legislatura decaduta proposta di legge che punisce la negazione del genocidio armeno, avrebbe abbandonato l'approccio restrittivo della legge del 1990, applicandosi ad un genocidio accertato solo mediante una legge del 2001 che, a rigore, forse ha dato solo la forma di una legge in senso formale ad una delibera che assomiglia più ad un atto di indirizzo politico vincolante il governo.³⁶

(3) L'Austria invece precedette le scelte della Germania, inserendo con legge del 26 febbraio 1992 nella vecchia legge sul divieto del partito nazionalsocialista del 1948 due paragrafi nuovi, il primo contenente una fattispecie generale e sussidiaria che puniva “*chiunque compie attività in senso nazionalsocialista (...) viene punito con pena detentiva da uno fino a dieci anni, in caso di particolare pericolosità del reo o dell'attività fino a 20 anni*” (§ 3g), il secondo una disposizione specifica contro la negazione del genocidio nazionalsocialista:

“§ 3 h. *In applicazione del § 3 g viene anche punito chiunque con un'opera di stampa, in radiotelevisione o per mezzo di altro mezzo di comunicazione di massa (medium) o in altro modo*

³⁴ « *Le tribunal pourra en outre ordonner: 1o L'affichage de sa décision dans les conditions prévues par l'article 51 du code pénal; 2o La publication de celle-ci ou l'insertion d'un communiqué dans les conditions prévues par l'article 51-1 du code pénal, sans que les frais de publication ou d'insertion puissent excéder le maximum de l'amende encourue.* »

³⁵ Arrêt 18. 12. 1995, n. 1653.

³⁶ « La loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 est complétée par un article ainsi rédigé: Art. 2. - Sont punis des peines prévues par l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23 de ladite loi, l'existence du génocide arménien de 1915. Les modalités de poursuite et de répression de l'infraction définie par l'alinéa précédent sont soumises aux dispositions du chapitre V de la loi du 29 juillet 1881 précitée. L'article 65-3 de la même loi est applicable. «

pubblico accessibile a una moltitudine di persone nega, banalizza grossolanamente, apprezza o cerca di giustificare il genocidio nazionalsocialista o altri reati contro l'umanità."³⁷

La legge austriaca, dotata delle sanzioni più rigorose in Europa, fu peraltro applicata a David Irving, condannato in data 20 febbraio 2006 ad una pena detentiva di tre anni.

(4) Alla legge tedesca seguì a pochi mesi di distanza in data 25 settembre 1994 l'approvazione mediante referendum (54,7 % sì) della riforma svizzera deliberata nel 1993 che introduceva un nuovo reato di "discriminazione razziale" nell'art. 261 *bis* nel codice penale svizzero:³⁸

"Chiunque incita pubblicamente all'odio o alla discriminazione contro una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia o religione; chiunque propaga pubblicamente un'ideologia intesa a discreditare o calunniare sistematicamente i membri di una razza, etnia o religione; chiunque, nel medesimo intento, organizza o incoraggia azioni di propaganda o vi partecipa; 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; chiunque rifiuta ad una persona o a un gruppo di persone, per la loro razza, etnia o religione, un servizio da lui offerto e destinato al pubblico, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria."

La disciplina svizzera è più restrittiva di quella tedesca in quanto esige sotto il profilo soggettivo l'intento di discreditare e calunniare sistematicamente i membri di una razza, etnica o religione. Sotto il profilo oggettivo, la giurisprudenza ha individuato il bene protetto nella pace pubblica e, specialmente nella prima e quarta alternativa dell'art. 261 *bis*, nella dignità umana.³⁹ Trovando applicazione finora in un centinaio di casi, tra cui recentemente anche nei confronti di un politico turco per negazione del genocidio armeno⁴⁰, la disposizione è stata oggetto nel 2007 di un'indagine e di un'audizione ministeriale che ha evidenziato una serie di possibili modifiche (solo genocidi del periodo nazista, inseriti in un elenco ufficiale, riconosciuti da una commissione internazionale di storici ecc.) senza portare tuttavia a un nuovo procedimento legislativo.⁴¹ Non solo il partito

³⁷ Cfr. B. Bailer-Galanda, *Die österreichische Rechtslage und der „Revisionismus“*, in: B. Bailer-Galanda / W. Benz / W. Neugebauer (a cura di), *Wahrheit und Auschwitzlüge*, Wien, Deuticke 1995, 218ss.

³⁸ Cfr. M. A. Niggli, *Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG*, Zürich, Schulthess 2a ed. 2007, A. Rieder, *Übersicht über die Praxis zu Art. 261bis StGB* („Rassendiskriminierung“), November 1998 http://www.ekr-cfr.ch/ekr/themen/00100/00236/00332/praxis_bis_98_rieder_de.pdf?PHPSESSID=

³⁹ BGE 123 IV 202; BGE 129 IV 95, BGE 130 IV 11 (interpretazione garantista del requisito della pubblicità).

⁴⁰ Sentenza di condanna a carico di Dogu Perinçek, confermata dal Bundesgericht con sentenza del 19. 12. 2007. Si parla anche di un procedimento pendente nei confronti dello storico Jusuf Halacoglu. Cfr. tuttavia anche un'ordinanza del Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg del 26. 3. 2006 che ha giudicato lo slogan „la menzogna del genocidio armeno“ vilipendio della memoria dei defunti ai sensi del citato § 189 StGB.

⁴¹ Das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung gemäss Artikel 261bis StGB und Artikel 171c MStG, Arbeitspapier des BJ für das Hearing betreffend die Rassismusstrafnorm, Mai 2007 <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/8538.pdf>

popolare dell'allora ministro della giustizia Blocher, anche il partito cattolico aveva criticato la disposizione perché proteggeva stranieri ed ebrei, ma non svizzeri e cristiani.⁴²

(5) Il Belgio aveva adottato già nel 1981 una prima legge contro l'istigazione all'odio razziale e xenofobo.⁴³ In data 23 marzo 1995 fu poi approvata la "Legge per reprimere la negazione, minimizzazione, giustificazione o apologia del genocidio commesso dal regime nazionalsocialista tedesco durante la seconda guerra mondiale:"

Article 1. Est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de vingt-six à cinq mille francs quiconque, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, nie, minimise grossièrement, cherche à justifier ou approuve le génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale.

Pour l'application de l'alinéa précédent, le terme génocide s'entend au sens de l'article 2 de la Convention internationale du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide. »⁴⁴

La legge belga, pur essendo ispirata a quella tedesca, risulta più ampia perché punisce anche fatti in luoghi non aperti al pubblico come ad es. il negazionismo a scuola. In virtù dell'art. 150 della costituzione, la cognizione dei reati di stampa è peraltro riservata ad una corte d'assise. Nel 1999 la legge è stata irrigidita da una disposizione che consente di interdire gli autori dei reati dall'esercizio di certi diritti civili e politici. Nel 2005 sono state discusse proposte di fare conseguire alle sentenze di condanna l'ineleggibilità e di estendere il divieto anche al genocidio armeno.⁴⁵

(6) Seguì il nuovo codice penale della Spagna, adottato con la Ley Orgánica 10/1995 del 23 novembre 1995 che inseriva direttamente nella disciplina del genocidio (art. 607) il seguente comma: "2. *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 regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.*" Tale disciplina fu dichiarata tuttavia incostituzionale nel 2007 (v. infra sub 9) .

(7) Il Lussemburgo seguì con una riforma del proprio codice penale approvata in data 19 luglio 1997 che inseriva un apposito capitolo ("Chapitre VI. *Du racisme, du révisionnisme et d'autres discriminations*) nel titolo dedicato ai "crimini e delitti contro le persone", contenendo varie figure di discriminazione ed istigazione all'odio nonché il seguente articolo:

⁴² www.kvp.ch/downloads/docs/20061213_Vernehmlassung_Rassismusartikel.doc. Cfr.

⁴³ Loi 30. 7. 1981, tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

⁴⁴ Cfr., per le prime proposte, A. Donnet, *Le délit de révisionnisme*, in *Annales de droit de Louvain* 1993, 423ss.

⁴⁵ Cfr. <http://suffrage-universel.be/new/index.htm>.

Art. 457-3. Est puni d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 251 euros à 25.000 euros ou de l'une de ces peines seulement celui qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication audiovisuelle, a contesté, minimisé, justifié ou nié l'existence d'un ou de plusieurs crimes contre l'humanité ou crimes de guerre tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du 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 déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction luxembourgeoise, étrangère ou internationale. Est puni des mêmes peines ou de l'une de ces peines seulement celui qui, par un des moyens énoncés au paragraphe précédent, a contesté, minimisé, justifié ou nié l'existence d'un ou de plusieurs génocides tels qu'ils sont définis par la loi du 8 août 1985 portant répression du génocide et reconnus par une juridiction ou autorité luxembourgeoise ou internationale. »

(8) Nel 1998 seguì il nuovo art 240 co. 2 del Codice Penal portoghese che integra la “negazione dei crimini di guerra, contro la pace e l’umanità” nel reato di discriminazione razziale o religiosa:

“2 - Quem, em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social: a) Provocar actos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional ou religião; ou b) Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional ou religião, nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade; com a intenção de incitar à discriminação racial ou religiosa ou de a encorajar, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.⁴⁶

(9) Poche notizie si hanno della legislazione della Polonia in materia di negazionismo, peraltro non inclusa nel codice penale. In data 18 dicembre 1998 pare sia stata emanata una legge per l’istituzione dell’istituto della memoria nazionale, il cui art. 55 punirebbe con pena detentiva fino a tre anni la negazione di genocidi nazisti e comunisti. Il modello fu forse preceduto dalla legge della Lituania (Law on the Genocide and Resistance Centre of Lithuania, 5.6.1997)⁴⁷ e recepito dalla

⁴⁶ Lei n° 65/98 del 2. 9. 1998.

⁴⁷ Art. 8. *Liability for Interference With the Investigation of Genocide and Resistance Against Occupation Regimes*
1. *The genocide and persecution of the population of Lithuania shall be investigated by collecting and analysing all of the archival material and documents in Lithuania and outside its boundaries, testimonies and recollections of witnesses, participants and victims. The investigation of genocide and establishment of historic truth may not be interrupted under any pretext.*
2. *Natural and legal persons shall be liable according to the laws of the Republic of Lithuania, for interference, protraction, concealment, destruction of the information held and refusal to testify.* (www.sissco.it/index.php?id=42)

Repubblica Ceca (2001) e, ad eccezione dell'estensione ai genocidi comunisti, dalla Romania (2002)⁴⁸ e Slovenia (2004), non invece in Lettonia e Ungheria.

(10) La Repubblica Ceca nel 2005 riformò tuttavia la precedente legge del 2001 in questo senso:

§ 261a The person who publicly denies, puts in doubt, approves or tries to justify nazi or communist genocide or other crimes of nazis or communists will be punished by prison of 6 months to 3 years.

La Slovacchia invece abrogò nel 2005 l'art. 422 del codice penale creato nel 2001 per criminalizzare la negazione dell'olocausto.

(11) Sempre nel 1997, anche nel Regno Unito fu fatta una proposta di legge laburista. La

"Holocaust Denial Bill" intendeva equiparare la negazione all'esternazione di parole o scritti minacciose, abusive ingiuriose che istigano all'odio razziale ai sensi della section 18 del *Public Order Act* del 1986: *"any words, behaviour or material which purport to deny the existence of the policy of genocide against the Jewish people and other similar crimes against humanity committed by Nazi Germany ('the Holocaust') shall be deemed to be intended to stir up racial hatred."*

Nonostante la *Malicious Communications Act* 1988 punisca la cd. *hate mail*, la proposta non ebbe successo nemmeno quando fu rilanciata nel 2001.⁴⁹ Il modello inglese è peraltro condiviso in

Irlanda e a Malta nonché nei paesi nordici (Svezia, Danimarca, Norvegia, Finlandia, Estonia).

(12) In Olanda invece, una sentenza della Corte suprema del 25 novembre 1997 ha qualificato la negazione dell'olocausto come *"belediging"* (insulto) degli ebrei viventi ai sensi dell'art. 137c del codice penale olandese. Non risultando invece accolta la recente proposta di creare uno specifico reato di negazione del genocidio, l'Olanda rappresenta quindi un modello intermedio tra Inghilterra e Germania.

(13) In Cipro, la legge di ratifica del protocollo addizionale alla Convenzione sul Cybercrime prevede in un apposito articolo (section 7) che *"any person, who, with the intent to incite racism and xenophobia, intentionally and without right, through a compute system, denies, grossly minimises, approves or justifies acts constituting genocide and acts against humanity, commits a crime punishable up to 5 years imprisonment and/or a fine up to £20 000 CYP."*⁵⁰

(14) Restano quindi solo i paesi di *civil law* Grecia e l'Italia allineati alla posizione britannica e scandinava, posizione comunque superata dall'adesione degli stati membri alla decisione quadro preso sotto la presidenza tedesca dell'UE nel 2007. Particolarmente delicata è, sebbene solo in ambito Consiglio d'Europa, è infine la situazione della Bosnia ed Herzegovina che in reazione alla

⁴⁸ *Ordonanta de urgenta nr.31 din 13 martie 2002 privind interzicerea organizațiilor și simbolurilor cu caracter fascist, rasist sau xenofob și a promovării cultului persoanelor vinovate de săvârșirea unor infracțiuni contra păcii și omenirii*, 13 march 2002 (www.sissco.it/index.php?id=25)

⁴⁹ Cfr. Institute for Jewish Policy Research, *Combating Holocaust denial through law in the United Kingdom*, report no. 3 / 2000. http://www.jpr.org.uk/Reports/CS_Reports/no_3_2000/index.htm

⁵⁰ Law No. 26(III)/2004.

sentenza della Corte internazionale di giustizia sul genocidio di Srebrenica del 2007 ha avviato un iter legislativo dall'esito ancora incerto.

Alla luce dei modelli qui esaminati, si può dire che il legislatore penale ha un ampio margine di scelte, in particolare in ordine ai seguenti elementi:

- individuazione dei crimini negati: crimini contro il popolo ebraico, genocidio nazista commesso durante la seconda guerra mondiale, genocidio ai sensi della convenzione del 1948, genocidio perseguibile secondo le leggi nazionali, crimini contro l'umanità, crimini di guerra, crimini contro la pace, altri crimini nazisti o comunisti,
- forme di accertamento dei crimini negati: sentenze nazionali passate in giudicato, sentenze internazionali, sentenze straniere non contrarie all'ordine pubblico,
- definizione della condotta: negare il fatto, negare il disvalore, mettere in dubbio, minimizzare, approvare, tentare di giustificare ecc.
- definizione delle modalità: a mezzo stampa e altri mezzi di comunicazione pubblica, con qualsiasi mezzo (anche solo orale), in riunione pubblica, pubblicamente,
- eventuali profili soggettivi: intento di discreditare o discriminare una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia o religione, intenzione di incitare o istigare a violenza, discriminazione odio,
- offensività specifica: pericolo per ordine pubblico o per la "pace pubblica", violazione della dignità umana,
- scelta della fonte e della rubricazione: codice penale o legge speciale, legge di ratifica ed esecuzione del protocollo addizionale alla Convenzione Cybercrime.

Non risulta finora punibile la negazione di genocidi individuati direttamente da leggi non soggette a controllo di costituzionalità (sull'esempio della legge francese relativa al genocidio in Armenia) o sulla base di commissioni di storici (nazionali e/o internazionali). L'applicazione a genocidi diversi da quello dell'olocausto pare sia avvenuta finora solo nel recente caso svizzero Perincek (Armenia).

6. I giudicati costituzionali: la sentenza Zundel della Corte suprema canadese nel 1992

Il negazionismo è stato oggetto di più di un giudizio costituzionale. Il primo giudicato costituzionale in materia pare essere stato quello della Corte Suprema del Canada depositata il 27 agosto 1992 nella causa Zundel che ha dichiarato incostituzionale *section 181* del Criminal Code secondo cui "*every one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence*

and liable to imprisonment.”⁵¹ L'imputato Zundel era stato condannato per aver pubblicato un pamphlet dal titolo “*Did Six Million Really Die?*” che sosteneva l'olocausto fosse un mito confezionato da una cospirazione ebraica.

Una maggioranza di quattro giudici contro tre giudici dissenzienti ha deciso che la legge viola la *freedom of expression clause* della carta canadese dei diritti fondamentali del 1982 (art. 2 b) e non può essere giustificata come uno di “*reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*” (art. 1).

La motivazione rileva innanzitutto che si tratta di una disposizione ottocentesca che in origine, nel duecento, la disposizione serviva a prevenire “*deliberate slanderous statements against the nobles of the realm to preserve political harmony in the state.*” Ragionando come un giudice di “*common law*”, la Corte Suprema sostiene di non poter sostituire questa ratio storica con una più attuale del tipo della prevenzione di “*hate propaganda or racism*” o della promozione di tolleranza razziale e sociale, eguaglianza e multiculturalismo. Una tale operazione di “*shifting purpose*” sarebbe non da ultimo preclusa dalla qualificazione del fatto come semplice disturbo (“*nuisance*”) o pregiudizio (“*mischief*”) ad un interesse pubblico. Altrimenti, qualsiasi interesse pubblico potrebbe valere tanto “*pressing and substantial*” da poter giustificare una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero.

In sostanza, la Corte ritiene impossibile imporre un'interpretazione correttiva per rendere la disposizione conforme alla libertà di manifestazione del pensiero. L'argomentazione della sentenza aggiunge a questo punto che anche la *Law Reform Commission of Canada* ne aveva già raccomandato l'abrogazione, qualificandola un anacronismo. Ignorando la (diversa) legislazione israeliana e francese, si legge poi: “*It is also significant that the Crown could point to no other free and democratic country with criminal legislation of this type.*”

Anche a voler ammettere un'interpretazione adeguatrice, la disposizione esaminata non avrebbe superato l'esame del criterio della proporzionalità perché sarebbe troppo ampia, includendo qualsiasi discorso storico e sociale, e più invasiva di quanto non fosse necessario per raggiungere l'obiettivo della tolleranza sociale. La disposizione rischierebbe pertanto di aver un “*chilling effect*” su minoranze e individui, impedendo loro di parlare per timore di persecuzione.

⁵¹ R. v. Zundel, [1992] 2 S.C.R. 731, <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1992/1992rcs2-731/1992rcs2-731.html>. Per il seguito cfr. Tribunal canadien des droits de la personne, 18 janvier 2002, Citron v. Zündel, http://www.chrt-tcdp.gc.ca/search/files/t460_1596df.pdf. Per i preliminari cfr. L. Hill, *The Trial of Ernst Zundel. Revisionism and the law in Canada*, in *Simon Wiesenthal Center Annual*, 6 (1989), 165ss. Per un eco australiano cfr. Human Rights and Equal Opportunity Commission (Australia), 21. 9. 2000, Hobart Hebrew Congregation and Jeremy Jones v. Olga Scully, n° H97-109, 5. 10. 2000, Jeremy Jones and others v. Fredrick Toben on behalf of the Adelaide Institute, n° H97-120.

La sentenza canadese quindi fa riferimento ad una legge molto generica e per di più tanto datata e “incrostata” di un diritto vivente tale da sottrarsi ad interpretazioni restrittive strettamente orientate ai valori di una carta costituzionale peraltro relativamente giovane.

7. segue: la giurisprudenza costituzionale tedesca a partire dal 1994

Nel 1994, pochi mesi prima dell’approvazione della legge tedesca, il *Bundesverfassungsgericht* ha reso una sentenza che poteva essere letto come una sorta di nullaosta alla stessa.⁵² Fu dichiarato manifestamente infondato un ricorso costituzionale individuale (*Verfassungsbeschwerde*) contro un provvedimento del comune di Monaco, confermato dal giudice amministrativo, che ordinava agli organizzatori di una manifestazione pubblica con David Irving di dare all’inizio della riunione informazioni sulla disciplina dei reati di aizzamento e diffamazione, di togliere immediatamente la parola qualora dovessero consumarsi e di sciogliere, se necessario, la riunione.

Nella motivazione del giudicato, si precisa innanzitutto che la libertà di manifestazione delle opinioni (*Meinungsfreiheit*) di cui all’art. 5 della Legge fondamentale tedesca tutela delle esternazioni soggettive nelle quali si una persona si relaziona con la realtà nonché quelle asserzioni di fatti che costituiscono la premessa delle opinioni e dei giudizi della persona. A rigore, mentire non sarebbe opinare e le informazioni non veritiere non sarebbero un bene degno di tutela da parte delle garanzie della libertà di opinione: *“L’espressione vietata secondo cui nel terzo Reich non avrebbe avuto luogo alcuna persecuzione di ebrei rappresenta un’asserzione di fatto che secondo innumerevoli testimonianze oculari e documenti, secondo gli accertamenti dei tribunali in numerosi processi penali e secondo le cognizioni della scienza storica è provata non veritiera. Presa in sé e per sé, tale asserzione pertanto non gode della tutela della libertà di opinione.”*

A giudizio di Karlsruhe, il reato di aizzamento del popolo – sebbene nella versione non ancora riformata – rappresentava una “legge generale” ai sensi della definizione del limite esplicito della libertà di opinione statuito dalla Legge fondamentale (Art. 5 co. 2) “che serve a tutelare il senso di umanità e che trova il suo appoggio costituzionale in ultima analisi nell’art. 1 co. 1 LF”, la garanzia della dignità umana. Il provvedimento amministrativo, fondato su una prognosi realistica di future condotte e sulla certezza della punibilità della negazione dell’olocausto, quindi non violava la libertà di manifestazione del pensiero durante la riunione.

⁵² BVerfGE 90, 241ss. – Auschwitzlüge - (13. 4. 1994), preceduto da 1 BvR 824/90 v. 9.6.1992. Trad. it. in Giur. Cost. 1994, 3379ss. Con nota di 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*, ivi, 3390ss. Annotazioni

Successivamente, lo stesso giudice costituzionale è tornato ad occuparsi in più d'una occasione di casi collegabili a questo giudicato. Nel 2001, la Kammer rigettò un ricorso costituzionale con istanza per un provvedimento cautelare contro un provvedimento amministrativo che aveva ordinato il differimento di una riunione indetta dall'estrema destra per il 27 gennaio 2001, giorno della liberazione del campo di concentramento di Auschwitz stabilito con decreto del Presidente federale Roman Herzog a giorno della memoria dell'olocausto), al giorno successivo.⁵³ Nello stesso anno fu anche giudicato manifestamente infondato un ricorso contro la decisione del Bundestag di stanziare fondi per un monumento per la memoria dell'olocausto.⁵⁴

Nel 2005, fu rigettato un ricorso contro una serie di direttive indirizzate agli organizzatori di un corteo contro la “menzogna della liberazione – basta con un culto della colpa”, un'asserzione che secondo la giurisprudenza costituzionale non costituisce reato. Fu ritenuto costituzionalmente ineccepibile il divieto di passare con il corteo davanti al monumento per l'olocausto, scelta dell'autorità giustificata con il fatto che la negazione della liberazione significava una menomazione del diritto alla pari dignità sociale degli ebrei.⁵⁵

Nel 2006 fu invece accolto un ricorso costituzionale contro un provvedimento del comune di Lüneburg che aveva vietato una riunione preavvisata per il 28 gennaio 2006, il giorno successivo a quello per la memoria dello Holocaust, perché sarebbe probabilmente stata trasformata in una protesta sotto il motto “contro la repressione dello Stato – fare cadere il § 130 StGB !” Una semplice rivendicazione di riforma della legge, sebbene da parte di forze di estrema destra, e la sola vicinanza temporale della festa e della commemorazione della nomina di Hitler a cancelliere del *Reich* (20 gennaio 1933) furono considerati indizi non sufficienti per il pericolo imminente di reati di negazionismo.⁵⁶

Complessivamente, la giurisprudenza costituzionale tedesca in materia di negazionismo appare molto decisa e orientata verso un'ottimizzazione degli strumenti di prevenzione sociale.⁵⁷ Non va tuttavia dimenticato che lo stesso *Bundesverfassungsgericht* esige sempre una ricerca di alternative interpretative più miti tanto delle leggi quanto delle stesse espressioni oggetto di eventuale incriminazione. Nel dubbio, i giudizi sui fatti si mescolano con giudizi su valori che a loro volta godono di una tutela, certo non assoluta ma bilanciata, da parte della costituzione. Al giudice, in

critiche ad es. in S. Huster, *Das Verbot der “Auschwitzlüge”, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1996, 487ss.

⁵³ BVerfG, 1 BvQ 9/01 del 26.1.2001, http://www.bverfg.de/entscheidungen/qk20010126_1bvq000901.html

⁵⁴ BVerfG, 2 BvR 1594/01 del 2.10.2001, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20011002_2bvr159401.html

⁵⁵ BVerfG, 1 BvR 961/05 del 6.5.2005, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20050506_1bvr096105.html. Sulla vigilanza dei servizi segreti (*Verfassungsschutz*) sulle case editrici ai fini della prevenzione dei reati in questione cfr. BVerfG, 1 BvR 1072/01 del 24.5.2005, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050524_1bvr107201.html

⁵⁶ BVerfG, 1 BvQ 3/06 vom 26.1.2006, http://www.bverfg.de/entscheidungen/qk20060126_1bvq000306.html

⁵⁷ Critico ad es. W. Brugger, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law*, *German Law Journal* (Vol. 3, No. 12 – 1 December 2002), cfr. <http://www.sissco.it/index.php?id=45>.

ultima analisi, è sempre richiesto un'attenta contestualizzazione, anche storica, dei discorsi sottoposti al suo giudizio.

8. segue: la sentenza della *Cour d'arbitrage* belga del 1996

La *Cour d'arbitrage* belga fu chiamata a pronunciarsi su due ricorsi individuali diretti contro la legge belga del 23 marzo 1995. Dopo aver respinto con sentenza del 12 luglio 1995 l'istanza di sospensione della legge, la sentenza finale del 12 luglio 1996 ha rigettato anche i ricorsi principali nel merito, giudicando la legge conforme alla costituzione belga, in particolare con le garanzie dell'eguaglianza e non discriminazione (art. 10, 11), della libertà di opinione (art. 19) e del divieto di "ogni misura di limitazione preventiva" della libertà di insegnamento (art. 24 co. 1 cost.).⁵⁸

A questo riguardo va notato innanzitutto che l'art. 19 garantisce la libertà di manifestare le proprie opinioni in ogni materia solo con l'aggiunta "salva la repressione dei delitti commessi nell'uso di tale libertà." La motivazione della sentenza fa inoltre riferimento anche alle garanzie della stessa libertà contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 10) e nel patto internazionale sui diritti civili e politici (art.19) per affermare che la libertà di manifestare le proprie opinioni può essere soggetta a certe "sanzioni, previste dalla legge, che costituiscono in una società democratica misure necessarie per la protezione degli obiettivi esplicitamente menzionati nelle disposizioni convenzionali menzionate". I limiti della libertà convenzionale diventano in questo modo certo sorprendente da un punto di vista italiano anche limiti della libertà costituzionale.

A questo punto, la Corte si limita a riconoscere che corrispondeva a un "bisogno sociale imperioso" la motivazione del legislatore di vietare la manifestazione di opinioni che da un lato sono infamanti e offensive per la memoria delle vittime, dei sopravvissuti e dello stesso popolo ebraico, dall'altro lato perché offrono "un terreno per l'antisemitismo e il razzismo e costituiscono una minaccia nella società democratica in quanto tendono alla riabilitazione della ideologia nazista" e quindi alla destabilizzazione della stessa democrazia.

Il rigetto viene poi fondato su un'interpretazione restrittiva della legge perché sebbene non espliciti come elemento soggettivo la volontà di riabilitare un'ideologia destabilizzante per la democrazia e infamante per le vittime, consentirebbe al giudice di "dedurre da circostanze particolari l'assenza in concreto di tale volontà". La legge sembra punire quindi un fatto fondato su un'intenzione "presunta", ammettendo la prova del contrario.

⁵⁸ *Revue des droits de l'homme* 1997, 111ss con nota di F. Ringelheim. Trad. tedesca in *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1996, 456ss.

La motivazione argomenta infine con il divieto dell'abuso del diritto di cui all'art. 17 CEDU e ricorda che la legge non si applica alla ricerca scientifica in generale e la ricerca storica oggettiva e scientifica relativa al genocidio". Anche sotto questo profilo, il giudice sarebbe dotato del potere implicito "di stabilire, caso per caso, dove cessa il carattere scientifico della ricerca e la parvenza di oggettività dell'informazione": "Un tale potere è necessario in ragione della molteplicità e sottigliezza delle forme delle quali può avvalersi l'espressione di tesi negazioniste."

Non sarebbe nemmeno arbitraria la scelta di punire la negazione del solo genocidio nazista, essendo non preclusa una futura estensione legislativa ad altri.

"La Corte constata peraltro che l'iniziativa legislativa si ricollega ad altre iniziative analoghe recentemente prese e giudicate necessarie da diversi paesi europei. Il legislatore può giustamente temere che in assenza di una legge analoga, il Belgio diventi rifugio del negazionismo."

9. segue: la giurisprudenza internazionale della Corte europea dei diritti dell'uomo e del Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite

La sentenza belga fa riferimento anche alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo perché si stava anche consolidando una giurisprudenza europea e successivamente anche internazionale a favore dei divieti del negazionismo.⁵⁹

Le prime decisioni dell'allora Commissione europea per i diritti dell'uomo che dichiarano improponibili (in quanto manifestamente infondati) ricorsi in materia risalgono agli anni ottanta. La decisione del 16 luglio 1982 sul ricorso n. 9235/81 (X c. RFA) giudicò legittimo il divieto di esporre delle scritte negazioniste, considerando l'olocausto un "fatto storico notorio".

La decisione del 14 luglio 1983 sul ricorso n. 9777/82 (T c. Belgique) confermò la sentenza di condanna per una "lettera al Papa concernente Auschwitz", fondando la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero non solo, come le autorità belghe, sulla tutela della morale e sul diritto delle famiglie dei sopravvissuti a una tutela del ricordo dei loro parenti, ma anche sulla difesa dell'ordine pubblico e dell'autorità del potere giudiziario. *"... elle observe que des évènements actuels montrent que les idéologies anti-démocratiques voisines de celles qui ont inspiré ces atrocités n'ont pas disparu en Europe. »*

Nella sua decisione del 6 settembre 1995 sul ricorso n. 25096/94 (Remer c. Allemagne) la Commissione giudicò pertanto conforme alla convenzione l'applicazione del vecchio § 130 del

⁵⁹ Cfr. Cohen-Jonathan, *Négationnisme et droits de l'homme*, in *Revue trimestrelle des droits de l'homme* (RTDH) 1997, 571ss. ; P. Wachsmann, *La jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme*, in : J. Flauss / M. Di Salvia (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis*, Bruxelles, Bruylant 1997, 103ss.

codice penale e compatibile con il diritto di difesa ex art. 6 CEDU il rifiuto di un'assunzione di prove su fatti notori.⁶⁰ Tale argomento servì anche a dichiarare inammissibile con decisione del 29 novembre 1995 il ricorso n. 25992/94 contestuale a quello costituzionale che aveva dato luogo alla già citata sentenza del *Bundesverfassungsgericht*.⁶¹

Successivamente, con decisione del 24 giugno 1996 sul ricorso n. 31159/96 *Marais c. France*, la Commissione ha giudicato anche conforme alla convenzione la condanna del ricorrente in base alla nuova legge Gayssot. Tale legge servirebbe a difendere l'ordine e a prevenire reati, tutelando i diritti altrui e la pace interna della popolazione francese, nel pieno rispetto anche dell'art. 17 CEDU secondo cui "nessun diritto fondamentale può essere invocato per compiere un atto mirante alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione". Il negazionismo contraddirebbe insomma i valori fondamentali della Convenzione, giustizia e pace.

In questa decisione, la Commissione sottolinea peraltro anche che le limitazioni ammesse dalla convenzioni valgono anche per le manifestazioni di pensiero inerenti all'attività di ricerca scientifica.⁶²

Converge con questa giurisprudenza anche la decisione del Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite del 8 novembre 1998 nel caso *Faurisson c. France*.⁶³ Il comitato rigetta il ricorso, argomentando che la sanzione dell'opinione manifestata serviva alla tutela della comunità ebraica e del suo diritto di vivere in un clima senza paura, essendo le dichiarazioni nel loro insieme state idonee a provocare o rafforzare sentimenti antisemiti. D'altra parte, il comitato ammette tuttavia in un *obiter dictum* che l'applicazione delle disposizioni legge Gayssot, "nella misura in cui qualifica come fatto penalmente sanzionabile il mettere in dubbio le conclusioni e le sentenze del Tribunale Internazionale Militare di Norimberga può portare, in situazioni diverse da quella del caso presente, ad adottare decisioni o misure incompatibili con il patto." Particolare attenzione meritano a questo proposito anche le riserve nei confronti della legge espresse da alcuni membri dissenzienti del comitato, in particolare quelli australiano, israeliano, tedesco e giapponese.

Tornando sul problema della distinzione tra ricerca scientifica e opinione politica, la decisione della Commissione europea per i diritti dell'uomo del 24 marzo 2003 nel caso *Roger Garaudy c. France* ha nuovamente sottolineato che la libertà di ricerca tutela più le domande che cercano verità che non le asserzioni che propagano falsità. Il libro del filosofo politico sui "miti fondatori della politica d'Israele" avrebbe invece chiaramente perseguito l'obiettivo di riabilitare il regime

⁶⁰ Nuovamente confermato nella decisione 26. 6. 1996, ric. n. 26551 (D.I. c. Allemagne).

⁶¹ Cfr. anche la decisione del 20. 4. 1999, *Hans-Jürgen Witzsch c. RFA*, req. n° 41448/98.

⁶² Cfr. invece l'accoglimento del ricorso contro una sentenza di condanna per apologia dei reati di Pétain ad parte della Corte europea dei diritti dell'uomo con sentenza del 23 novembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, req. n° 55/19G. 97/839/1045, in *RTDH* 1999, 351. Dalla dottrina francese cfr. M. Troper, *La legge Gayot e la Costituzione*, in *Ragion Pratica* 1997, 198ss; P. Wachsmann, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Ragion Pratica* 1999 (12), 57ss.

nazionalsocialista e di accusare le vittime di falsificare la storia. La libertà di manifestazione del pensiero sarebbe stata usata per finalità contrarie al testo e allo spirito della Convenzione, in particolare ai suoi valori fondamentali di giustizia e pace:

*“Denying crimes against humanity is therefore one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them. The denial or rewriting of this type of historical fact undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights of others. Its proponents indisputably have designs that fall into the category of aims prohibited by Article 17 of the Convention.”*⁶⁴

Ancora nel caso *Witzsch vs Germany*, la stessa Corte ha ulteriormente rafforzato questa giurisprudenza, affermando che chiunque abusa della propria libertà, viola i diritti altrui. La lettera non pubblica del ricorrente scritta allo storico Wolffson fu giudicata tale perché “qualificò l’opinione di W. come parte di una propaganda di guerra o di atrocità ex post unitamente al diniego della responsabilità di Hitler e dei nazisti nello sterminio degli ebrei ha dimostrato il disprezzo del ricorrente verso le vittime dello Holocaust.”⁶⁵

10. segue : il verdetto spagnolo del 2007

I giudicati costituzionali europei finì qui analizzati sembravano aver creato una sorta di diritto costituzionale comune europeo che sembra ora messo fortemente in dubbio dalla sentenza del 7 novembre 2007 del Tribunal Constitucional spagnolo.⁶⁶

⁶³ *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1998, 271ss. con nota di N. Weiß.

⁶⁴ Trad. it con nota critica di A. Burati, *L’affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei miti fondatori del regime democratico*, in *Giur. It.* 2005, 2243ss., titolo infelice nella misura in cui rischia di equiparare l’olocausto a “mito” fondatore.

⁶⁵ ECHR (1st Chamber) *Witzsch vs. Germany*, no. 7485/03, 13 December 2005: “*The Court, and previously, the European Commission of Human Rights, have found that the freedom of expression guaranteed under Article 10 of the Convention may not be invoked in conflict with Article 17, in particular in cases concerning Holocaust denial and related issues (see, inter alia, Glimmerveen and J. Hagenbeek v. the Netherlands, nos. 8348/78 and 8406/78, Commission decision of 11 October 1979, Decisions and Reports (DR) 18, p. 187; Kühnen v. Germany, no. 12194/86, Commission decision of 12 May 1988, DR 56, p. 205; B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria, no. 12774/87, Commission decision of 12 October 1989, DR 62, p. 216; Ochsenberger v. Austria, no. 21318/93, Commission decision of 2 September 1994; Walendy v. Germany, no. 21128/92, Commission decision of 11 January 1995, DR 80, p. 94; Remer v. Germany, no. 25096/94, Commission decision of 6 September 1995, DR 82, p. 117; Honsik v. Austria, no. 25062/94, Commission decision of 18 October 1995, DR 83-A, p. 77; Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern v. Germany, no. 25992/94, Commission decision of 29 November 1995, DR 84, p. 149; Rebhandl v. Austria, no. 24398/94, Commission decision of 16 January 1996; Nachtmann v. Austria, no. 36773/97, Commission decision of 9 September 1998; Witzsch v. Germany (dec.), no. 41448/98, 20 April 1999; Schimanek v. Austria (dec.), no. 32307/96, 1 February 2000; Garaudy v. France (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX; Norwood v. United Kingdom (dec.), 23131/03, 16 November 2004). Abuse of freedom of expression is incompatible with democracy and human rights and infringes the rights of others.”*

⁶⁶ STC 235/2007.

La sentenza dichiara incostituzionale le parole “*nieguen o*” nell’art. 607.2 del Código penal che punisce con pena detentiva fino a due anni “*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 regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos*”. La parte restante, cioè l’apologia del genocidio, deve essere interpretata in modo conforme alla costituzione nel senso che la giustificazione non sia solo “adesione ideologica a una qualche posizione politica” ma anche incitamento indiretto al genocidio o quanto meno all’odio verso gruppi etnici, con il pericolo certo di generare un clima di violenza e di ostilità tale da poter dare luogo a discriminazioni.⁶⁷

La motivazione ribadisce innanzitutto che la libertà di espressione è tutelata non solo come diritto di libertà individuale ma anche come un elemento caratteristico del sistema politico democratico spagnolo. A differenza di altri paesi, la costituzione spagnola tuttavia non consacrerrebbe una “democrazia militante”, cioè un modello di democrazia che imporrebbe al cittadino non solo il rispetto ma anche l’adesione positiva all’ordinamento e alla costituzione: “*la Constitución protege también a quienes la niegan*”. La garanzia della libertà di espressione non potrebbe venire meno per il solo motivo che venga esercitata per diffondere idee e opinioni contrarie all’essenza della stessa costituzione.

Su questa base generale, la sentenza spagnola prende le distanze dalla giurisprudenza non solo di Strasburgo, ma anche di Karlsruhe e di Bruxelles. La negazione di fatti storici veri, a Karlsruhe giudicata una “non opinione”, a Madrid risulta tutelata dalla libertà di manifestazione del pensiero. In casi precedenti, il Tribunale aveva già riconosciuto che “le affermazioni, i dubbi e le opinioni circa le pratiche naziste rispetto agli ebrei e ai campi di concentramento”, sebbene neghino l’evidenza della storia, sarebbero “solo opinioni soggettive e interessate su vicende storiche” e pertanto attratti nell’ambito di applicazione delle garanzie sia della libertà di espressione (art. 20.1 CE), sia della cd. “*libertad ideológica*” (art. 16 CE).⁶⁸ Su questo punto concorderebbe anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che nel caso della negazione del collaborazionismo francese aveva fatta salva “*la búsqueda de la verdad histórica*”,⁶⁹ rifiutandosi di arbitrare una questione storica aperta.

Non condividendo l’approccio tedesco di negare alla negazione di fatti storici notori la qualità di opinione, i giudici spagnoli devono pertanto verificare se esistono beni costituzionalmente protetti

⁶⁷ “2º Declarar que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del Código penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico 9 de esta Sentencia.”

⁶⁸ STC 214/1991 (11. 11. 1991).

⁶⁹ Sentencias Chauvy y otros c. Francia, de 23 de junio de 2004, § 69; Monnat c. Suiza, de 21 de septiembre de 2006, § 57.

tali da giustificare una sanzione penale. Sotto questo profilo, la motivazione si ricollega ad una sentenza precedente⁷⁰ che aveva indicato come limite il divieto legittimo di esprimere e diffondere “*un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social*” perché la costituzione non permette che “per mezzo di un discorso più o meno storico” si violino “uno dei valori supremi dell’ordinamento giuridico, come la eguaglianza (art. 1.1. CE) e uno dei fondamenti dell’ordine politico e della pace sociale: la dignità della persona (art. 10.1.CE).”

A questo punto, la garanzia costituzionale della dignità della persona (art. 10 cost.) diventa una sorta di superlimite perché configura sia “*el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales*” sia il “nucleo irriducibile dei valori essenziali del nostro sistema costituzionale”. Pertanto possono essere legittimamente puniti tanto l’apologia del genocidio quanto i discorsi dell’odio, cioè “i giudizi offensivi contro il popolo ebreo che, cuciti con il filo di posizioni che negano l’evidenza del genocidio nazista, presuppongono un incitamento razzista”. Dalla dignità si deduce infatti il diritto all’onore come sentimento della stessa ed è proprio questa dignità che risulterebbe violata “dallo spirito di discriminazione che sottrae alla protezione costituzionale della libertà di espressione una determinata concezione del mondo e della storia.”

Questo argomento consente di marcare la differenza tra la CEDU la costituzione spagnola, non dotata del limite generico di cui art. 17 CEDU in virtù del quale neppure la libertà di espressione non può essere invocata per combattere gli stessi diritti fondamentali. Tale limite generico sarebbe in considerazione dell’art. 53 CEDU inapplicabile nei confronti dei diritti sanciti dalla costituzione spagnola, evidentemente più garantista rispetto al “minimo comune denominatore” dei diritti fondamentali che offre la CEDU.

Marcando la differenza dei dati normativi, la Corte spagnola si premura tuttavia di minimizzare la divergenza dalla giurisprudenza di Strasburgo, offrendone un’interpretazione in parte riduttiva, in parte evolutiva. Innanzitutto, nel caso Garaudy, la negazione sarebbe avvenuta con la “dichiarata finalità di attaccare lo Stato di Israele e il popolo ebraico”. Inoltre, la Corte di Strasburgo avrebbe *obiter dicta* distinto la negazione di “fatti storici chiaramente accertati” dalle controversie degli storici su fatti collegati al nazismo. Infine, la giurisprudenza in materia di divieto dei partiti politici avrebbe dimostrato che l’eccezione dell’abuso del diritto presuppone non solo la dimostrazione di un danno, ma anche una specifica volontà di distruggere le libertà e il pluralismo.

Questa lettura discutibile e particolare della giurisprudenza di Strasburgo consente ai giudici di Madrid poi di confezionare un ulteriore argomento utile a non contraddire la sentenza belga che

⁷⁰ STC 214/1991 (11. 11. 1991), Friedman c. Léon Degrelle, in *RTDH* 1992, p. 525, con nota di M.-F. Rigaux.

aveva imposto alla legge una interpretazione adeguatrice alla costituzione, inserendo come elemento soggettivo la volontà di riabilitare un'ideologia destabilizzante per la democrazia e infamante per le vittime.

Il *Tribunal constitucional* giudica in effetti inammissibile una simile operazione interpretativa. La condotta descritta dall'art. 607 c.p. sarebbe "la trasmissione di idee in quanto tali". La disposizione non richiederebbe "ulteriormente una lesione di altri beni costituzionalmente protetti", non implicando né un apprezzamento da parte dell'autore né un intento di discredito, disprezzo o umiliazione delle vittime. La mera negazione del delitto di genocidio, senza ulteriori condotte che comportassero una certa adesione valutativa al fatto criminale o la sua promozione tramite un giudizio positivo, sarebbe in linea di principio un fatto inoffensivo. Aggiungere tali elementi ulteriori alla fattispecie, significherebbe violare i limiti funzionali della giurisdizione costituzionale che non può imporre un'interpretazione completamente contraria alla lettera della disposizione impugnata.

Il tutto, comporta una insanabile violazione addirittura del contenuto essenziale della libertà di espressione: "*La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político.*"

Per quanto riguarda invece l'altra fattispecie dell'art. 607 c.p., l'apologia del genocidio, essa risulta invece suscettibile della stessa interpretazione adeguatrice negata alla negazione del genocidio. Con esplicito riferimento alla proposta di decisione quadro dell'UE del 20 aprile 2007, i giudici di Madrid esigono in effetti che l'apologia del genocidio presupponga una "*incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP)*".

La sentenza è stata criticata da quattro voti dissenzienti.⁷¹ Il primo fa riferimento esplicito alle "ultime tendenze del diritto comparato europeo" per difendere la libertà del legislatore di creare un "reato di pericolo astratto", riecheggiando in questo la sentenza tedesca. Il secondo voto produce un "elenco di onore" dei paesi che puniscono il negazionismo e lamenta che la sentenza, aderendo a concezioni statunitensi, tradisce le assunzioni di base della decisione quadro in merito al pericolo di

⁷¹ 1) don Roberto García-Calvo y Montiel, 2) don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, 3) don Ramón Rodríguez Arribas, 4) don Pascual Sala Sánchez.

una crescita dell'antisemitismo. Pur riconoscendo che i discorsi negazionisti “risultano ripugnanti dal punto di vista della dignità umana costituzionalmente garantita”, la maggioranza avrebbe contraddetto il principio della propria giurisprudenza di facilitare la difesa delle vittime dell'olocausto.⁷² Il terzo voto ribadisce che il negazionismo è caratterizzato dallo stesso elemento soggettivo di disprezzo verso le vittime che regge anche il reato di apologia del genocidio. Punirlo significherebbe non tanto rendere la democrazia militante quanto evitare una “democrazia ingenua”. Il quarto voto, infine, sostiene che sarebbe stato possibile interpretare tanto la negazione quanto la giustificazione come condotte dotate di un comune “elemento tendenziale” in quanto “presentano come giusto un delitto di genocidio in termini tali da presupporre un incitamento indiretto alla sua commissione”.

Anche senza voler entrare nella questione della legittimità di un'interpretazione adeguatrice della legge penale, giudicabile in vario modo a seconda delle esperienze nazionali di giustizia costituzionale, che ne implichi una restrizione dell'ambito di applicazione, e senza voler propagare il modello tedesco del reato di pericolo, la sentenza spagnola merita tuttavia riflessioni critiche ulteriori.

La prima riflessione va dedicata all'uso della garanzia costituzionale della dignità umana come limite alla libertà di espressione che sembra fermarsi alla difesa dell'onore (art. 20 co. 4 cost. spagnola) inteso come sentimento della propria dignità personale. Questa considerazione sembra precludere una ricostruzione non sentimentale della dignità, in particolare l'affermazione di un dovere di protezione della dignità da parte della comunità che sebbene non imponga sanzioni penali potrebbe quanto meno giustificare le stesse. Inoltre sembra precludere che una maggioranza di cittadini possa pretendere tramite una tale legge di interpretare e difendere anche la propria dignità. La seconda riflessione va dedicata invece alla particolarità spagnola di una garanzia costituzionale esplicita della “libertà ideologica”, peraltro in una forma di stato non marcatamente repubblicana. Se nella dignità umana sono inerenti tutti i diritti inviolabili, anche tale libertà deve condizionare quanto meno la percezione collettiva della dignità. I diritti fondamentali delle vittime del genocidio, vulnerate nella loro dignità, si trovano quindi in una collisione con i diritti fondamentali del negazionista che può considerare espressione della propria dignità anche la libertà ideologica e forse proprio per quella non può essere presunto di essere in “mala fede”. La libertà ideologica, tuttavia, a differenza di quella di espressione e di quella dei partiti politici è suscettibile di limitazioni “necessarie al mantenimento dell'ordine pubblico” (art. 16). La relazione tra le due

⁷² Il voto conclude con una citazione ambigua, offensiva nei confronti della maggioranza: “*Un cómic como este, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como vilipendio del pueblo judío.*”

garanzie non è chiara, ma i limiti alla libertà della ideologia potrebbero giustificare una disciplina speciale anche per la manifestazione delle idee irrazionali del negazionismo.

La terza riflessione critica torna su un passo iniziale della motivazione che invoca il valore della tolleranza come parte dei “principi democratici della convivenza” da imparare a scuola (art. 27.2 della costituzione spagnola). Tale valore non potrebbe mai “identificarsi con l’indulgenza verso discorsi che ripudiano ad ogni coscienza consapevole delle atrocità perpetrate dai totalitarismi del nostro tempo”. Sarebbe stato forse più corretto dire che la tolleranza è un dovere democratico che deve essere oggetto di educazione in famiglia e di istruzione a scuola, ma in casi di intolleranza particolarmente gravi potrebbe essere anche un obiettivo legittimo di “rieducazione” penale.

11. I precedenti della giurisprudenza costituzionale italiana

La sentenza spagnola è di particolare interesse anche per l’ordinamento italiano nel quale sono state discusse soprattutto alcune figure del reato di apologia la cui interpretazione in sede di giudizio di costituzionalità sembra riecheggiare anche nella sentenza spagnola.

Va ricordato innanzitutto che la giurisprudenza costituzionale italiana prende le proprie mosse dalla sentenza n. 1/1957 sul reato di apologia del fascismo introdotto dalla legge Scelba (n. 645/1952) che punisce “chiunque pubblicamente esalta esponenti, principi, *fatti* o metodi del fascismo”. Posta di fronte alla necessità di giustificare tale disposizione come sanzione del divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista "in qualsiasi forma" contenuta nella disposizione finale dell’art. XII delle disposizioni finali della Costituzione, la Corte aveva precisato che la condotta incriminata “deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da poter condurre alla riorganizzazione del partito fascista. (...) Trattasi non di una istigazione diretta, perché questa è configurata nell’art. 2 della legge 1952, bensì di una istigazione indiretta a commettere un fatto rivolto alla detta riorganizzazione e a tal fine idoneo ed efficiente.”

La successiva sentenza n. 74/1958 ha preteso un’interpretazione restrittiva anche al divieto delle “manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste” (art. 5 l. n. 645/1952), precisando che si tratta di punire solo atti idonei a creare un effettivo pericolo.

L’effettivo pericolo della manifestazione “deve trovare nel momento e nell’ambiente in cui è compiuto circostanze tali, da renderlo idoneo a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli” alla riorganizzazione del PNF. In questo modo la Corte consentiva di non criminalizzare il saluto fascista-romano durante i comizi del M.S.I. e le visite in camicia nera alla tomba di Benito Mussolini.

Questa scelta di garantismo verso i “nostalgici” non effettivamente pericolosi fu controbilanciata dalla successiva sentenza n. 19/1962 che giudicò non in contrasto con l’art. 21 cost. il reato di diffusione di “notizie false, esagerate o tendenziose, per le quali possa essere turbato l’ordine pubblico” (art. 656 c.p.). La decisione, redatta da Aldo Sandulli, lascia aperta la questione se le notizie che “deformano ... la verità” siano “proprio” pensiero - questione risolta negativamente dalla giurisprudenza tedesca – qualificando l’ordine pubblico connaturale al “regime democratico e legalitario” e dando un’interpretazione restrittiva al concetto di turbamento inteso come “l’insorgere di un concreto ed effettivo stato di minaccia per l’ordine legale mediante mezzi illegali idonei a scuoterlo”. In questo modo, la Corte evitava un’interpretazione estensiva del limite del buon costume, ma introduceva un limite implicito funzionalmente equivalente a quello della “democrazia militante” riconosciuto in Germania e a Strasburgo, una sorta di ragion di stato costituzionale ovviamente molto combattuta in dottrina e politica.

Le difficoltà di indurre i giudici a dare un’interpretazione restrittiva e non turbata da valutazioni politiche del concetto di ordine pubblico emergono chiaramente nella giurisprudenza costituzionale successiva, e non solo dalle conferme date nelle sentenze n. 199/1972 (rel. Mortati), 15/1973⁷³ e 210/1976.⁷⁴ La sentenza n. 87/1966, dichiarando incostituzionale l’antidemocratico reato di propaganda per distruggere o deprimere il sentimento nazionale, salvò invece il reato di propaganda sovversiva, inclusa quella a favore della soppressione violenta di una classe sociale, e l’apologia dei fatti relativi di cui all’art. 272 c.p. Tale reato fu considerato conforme anche all’art. 21 cost. in quanto “la propaganda non si identifica perfettamente con la manifestazione del pensiero”, essendo a differenza della manifestazione di un “pensiero puro ed astratto, quale può essere quello scientifico, didattico, artistico o religioso, che tende a far sorgere una conoscenza oppure a sollecitare un sentimento in altre persone”, ponendosi “in rapporto diretto ed immediato con una azione; e, pur non raggiungendo il grado di aperta istigazione, risulta idonea a determinare le suddette reazioni che sono pericolose per la conservazione di quei valori, che ogni Stato, per necessità di vita, deve pur garantire”.

Solo dopo il 1968, la sentenza n. 65/1970 ha invece imposto un’interpretazione restrittiva al reato di apologia di reato ai sensi dell’art. 414 u.c. c.p. che non sanziona “la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti”, facilitando in questo modo la difesa degli obiettori di

⁷³ Sentenza in materia di manifestazioni sediziose (art. 654 c.p.), sua volta confermata ed estesa al c.p.m.p.

⁷⁴ Viene nuovamente lasciata aperta la questione se le notizie false siano manifestazione di pensiero proprio: “In ordine all’altro profilo - secondo cui la pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, per le quali possa essere turbato l’ordine pubblico, non é separabile da una valutazione culturale ed ideologica, che costituisce esercizio di critica riconosciuto dall’art. 21 della Costituzione - va considerato che il concetto di ordine pubblico, precisato da questa

coscienza come persone che manifestano una critica alla legge e propagano il suo aggiornamento. Ripristinando anche una piena simmetria politica, la sentenza n. 108/1974 ha infine dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione dell'art. 415 c.p. riguardante l'istigazione all'odio fra le classi sociali, nella parte in cui non specificava che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità e quindi non esclude che la sanzione penale potesse colpire *“la semplice manifestazione ed incitamento alla persuasione della verità di una dottrina ed ideologia politica o filosofica della necessità di un contrasto e di una lotta fra portatori di opposti interessi economici e sociali”*.⁷⁵

Volendo trarre una prima conclusione da questa e altra giurisprudenza in materia di reati di opinione, anche senza entrare nei dibattiti dottrinali,⁷⁶ si può affermare che i giudicati costituzionali risalgono a una fase della vita costituzionale italiana nella quale hanno promosso l'effettiva *“costituzionalizzazione”* dell'ordinamento, ma sono sempre rimasti controversi in dottrina. Lo stesso si può dire della giurisprudenza della Corte di cassazione in merito al reato di apologia del genocidio (art. 8 l.n. 962/1967) che ne ha sottolineato il reato di mera condotta sanzionata *“per la sua intollerabile inumanità”*.⁷⁷ Pertanto non è escluso che nel mutato contesto europeo ed internazionale, questa giurisprudenza si sviluppi ulteriormente e non può essere data per scontata la costituzionalità di una legge antinegazionista in Italia.

In una situazione quindi difficilmente prevedibile, tre questioni meritano di essere ricordate ed approfondite.

Innanzitutto resta incerta la qualificazione di un falso soggettivo come *“proprio pensiero”* e l'individuazione dei limiti logici e filologici della garanzia dell'art. 21 cost. Certo si può sostenere che nel falso soggettivo, una persona dice l'opposto di quello che sa e pensa di essere vero.

Corte con la sentenza n. 199 del 1972, esclude che il diritto di manifestare il proprio pensiero possa giustificare, in base a ideologie politiche, la lesione di quel bene.”

⁷⁵ *“L'attività di esternazione e di diffusione di queste dottrine, che non suscitò di per sé violente reazioni contro l'ordine pubblico o non sia attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, non ha finalità contrastanti con interessi primari costituzionalmente garantiti e pertanto qualsiasi repressione o limitazione di essa viola la libertà consacrata nell'art. 21 della Costituzione.”*

⁷⁶ Cfr. soltanto C. Fiore, *I reati di opinione*, Padova, Cedam 1972; A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè 1988; P. Caretti, *Manifestazione del pensiero e istigazione all'odio nell'ordinamento italiano*, www.ddp.unipi.it/dipartimento/seminari/brisbane/Brisbane-It-it-IV.doc; idem, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità nella società* e A. Pizzorusso, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in: *Scritti in memoria di P. Barile*, Padova, Cedam, 2003, 121ss e 651 ss.; G. Braga, *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, e M. Manetti, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in: M. Ainis (a cura di), *Informazione, potere e libertà*, Torino, Giappichelli 2005; 41ss; 101ss.; M. Manetti, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, (www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/odio_razziale/odio_razziale_manetti.pdf); L. Alesani, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, Giuffrè 2006; A. Pace e M. Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in: G. Branca / A. Pizzorusso, *Commentario della costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2006.

⁷⁷ Cassazione sez. I. pen. 29. 3. 1985, n. 507, con nota di S. La riccia, in *Giur. cost.* 1987, II, 74ss.

Tuttavia, si potrebbe obiettare che anche una menzogna presuppone quanto meno un pensiero difensivo circa la necessità di proteggere sé stesso o altri o un pensiero cinico circa la sua utilità.⁷⁸ In questa direzione sembra muovere anche la sentenza che ha dichiarato incostituzionale il reato di plagio per violazione della libertà di espressione (n. 96/1981). A questo si potrebbe replicare che negare una garanzia costituzionale al falso soggettivo non significherebbe trasformare da regola etica e morale in giuridica il divieto di mentire. In pratica tuttavia, il rispetto della libertà di espressione dovrebbe imporre quanto meno l'onere della prova del dolo a carico di chi afferma che si tratti di una menzogna non protetta. In questo modo, nel dubbio circa il carattere di menzogna della negazione, l'accusa di negazionismo dovrebbe cadere.

Per quanto riguarda peraltro l'inciso "proprio", esso potrebbe essere interpretato sia nel senso di fare salva la difesa dei diritti d'autore altrui, sia nel senso che solo il pensiero coperto da diritti d'autore propri sia degno di tutela costituzionale e che anche la libertà di diffusione del pensiero altrui, specialmente nei *mass media*, possa subire maggiori restrizioni che non quella del pensiero proprio. Sebbene gran parte delle tesi negazioniste probabilmente non possono vantare tutela in termini di diritti d'autore, il fatto della loro interiorizzazione come coscienza ideologica tuttavia sconsiglia una interpretazione riduttiva della garanzia della libertà di espressione, il cui scopo è anche quello di proteggere la formazione di giudizi di senso e valore non esclusivamente individuali.

In secondo luogo resta da vedere, perché le asserzioni negazioniste non possano essere qualificate *tout court* come contrarie al "buon costume", intesa come tutela del comune sentimento di un pudore non solo sessuale, ma anche, se si vuole, di una pietà repubblicana. In effetti, nella giurisprudenza costituzionale si possono notare anche tentativi di estendere il buon costume come garanzie delle "condizioni indispensabili per assicurare una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili di tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone".⁷⁹ Il consenso storico comune sulla disqualificazione morale del negazionismo potrebbe insomma non imporre, ma quanto meno giustificare una scelta legislativa antinegazionista. Essendo il buon costume tuttavia soggetto a mutamenti storici, una simile scelta dovrebbe essere periodicamente sottoposta a verifica dei suoi presupposti culturali.

In terzo luogo, resta da rivedere il significato del limite di "ordine pubblico" elaborato dalla giurisprudenza costituzionale e sempre contestato in dottrina. Innanzitutto va notato che lo stesso concetto di "ordine pubblico" è stato riconfigurato sia nei suoi profili civili, sia in quelli

⁷⁸ Contro l'esclusione del falso soggettivo ad es. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino 1984, 229; favorevole pare M. Manetti, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in: P. Ridola / R. Nania, *I diritti costituzionali*, 2001, 574.

⁷⁹ Sent. 368/1992. Cfr. anche il "malcostume" della bestemmia in sent. n. 14/1973.

amministrativi, entrando peraltro nel titolo quinto della seconda parte della costituzione (art. 117 co. 2 lett. h). Un titolo di competenza legislativa non significa di per sé un'autorizzazione a limitare un diritto fondamentale. Anzi, l'endiadi "ordine pubblico e sicurezza" induce a rilanciare con vigore la tesi che oramai solo beni garantiti da fonti costituzionali specifiche possono giustificare una limitazione bilanciata di diritti costituzionali. Solo in questo modo si potrebbero rimuovere quegli ostacoli di ordine sociale che una troppo generica riserva a favore della forza pubblica ("Polizeivorbehalt") potrebbe perpetuare a danno della libertà. In questo modo, cioè per il tramite degli articoli 11 e 117 sarebbe anche più facile estendere l'ordine pubblico anche a beni in ambito europeo ed internazionale. In sostanza, punire il negazionismo come radice di antisemitismo, razzismo e xenofobia potrebbe essere giustificato come un'esigenza dell'ordine pubblico comune europeo, specialmente nell'attuale momento di allargamento e approfondimento della pace nell'Unione europea e di maggiore presa di coscienza della responsabilità dell'Europa per il suo passato comune di colonizzatore.

12. Conclusioni: la verità del dubbio nella costituzione democratica

Allo stato attuale si potrebbe dire che quanto meno la partecipazione dell'Italia alla decisione quadro delineata in sede europea in data 19 aprile 2007 e una firma della Convenzione europea del 2003 possono considerarsi conformi alla costituzione.⁸⁰ Sarebbe tuttavia un errore, considerare di natura esclusivamente politica le difficoltà dell'attuazione di questa decisione.

La questione dell'antenegazionismo coinvolge principi e valori fondamentali della costituzione di enorme complessità che il legislatore deve ponderare con la massima attenzione.

In gioco sono non solo i diritti fondamentali sopra analizzati, ma anche le dignità e le solidarietà che il diritto nazionale ed europeo intendono proteggere e promuovere nonché la libertà e l'eguaglianza che rischiano sacrifici sproporzionati. Tanto difficile quanto ineludibile è pertanto la valutazione dell'impatto costituzionale dell'antenegazionismo, in particolare sulle culture della democrazia e dello stato di diritto.

L'obiezione principale che deve affrontare l'antenegazionismo è l'accusa di propagare una verità di stato a danno della libertà di espressione. Qui vengono al pettine i problemi di verità dello stato costituzionale dei quali ci ha avvertito Peter Häberle: *"lo Stato non si fonda forse su un minimo di*

⁸⁰ Per quanto riguarda invece il già citato ddl governativo del 2007, resta quanto meno dubbia la sanzione indifferenziata della diffusione "di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico", vuoi per l'indeterminatezza dell'elemento della superiorità (anche solo numerica, economica, militare o sportiva?), vuoi perché rischia di colpire anche le idee "confuse" dal sentimento altrui.

verità, in altri termini, la sua tolleranza non ha forse certi limiti ultimi perché non può esservi tolleranza senza una corrispondente pretesa di verità” ?⁸¹

Tra le letture liberali e proibizioniste della costituzione, alcuni punti sembrano pacifici. Innanzitutto non vi è dubbio che la costituzione e l'ordinamento giuridico non hanno secolarizzato il cristiano dovere di verità. Tuttavia sarebbe anche errato dire che la costituzione non conosce alcuna verità o solo verità soggettive. Alcune leggi, ad es. in materia di registri e processi pubblici oppure in materia di reati di falso in bilancio e aggio, proteggono in effetti la verità come un bene pubblico necessario tanto allo svolgimento delle funzioni pubbliche amministrative e giurisdizionali quanto al rispetto dei diritti personali o collettivi all'informazione.

La costituzione garantisce inoltre diverse vie di ricerca della verità, dalla invocazione delle divinità e meditazione religiosa al libero scambio e conflitto delle opinioni, dalle rappresentazioni intuitive dell'arte al lavoro metodologico della ricerca scientifica, dai procedimenti istruttori del giudice e dell'amministrazione fino all'indagine parlamentare. La separazione delle istituzioni pubbliche dai poteri intermediari di partiti, chiese e sindacati serve a rendere possibile verità, allo stesso modo delle garanzie del pluralismo delle fonti di informazione, dell'esercizio del credito e dell'imparzialità delle autorità pubbliche.

Questo non esclude che la responsabilità dei politici per eventuali menzogne sia prevalentemente politica, che la religione possa indurre anche a credere anziché a cercare la prova razionale di una verità, che una pubblicità ingannevole possa essere tollerata dal mercato. L'imputato ha il diritto di difendersi mentendo, le amministrazioni hanno il dovere di chiudere un'istruttoria tempestivamente e l'istruzione scolastica non deve insegnare semplicemente “saperi”. Tuttavia, proprio nella misura in cui lo Stato costituzionale contemporaneo pretende una de-ideologizzazione del potere, esso deve rendersi garante anche di una disponibilità di ricerca della verità storica.

Specialmente quelle costituzioni postautoritarie del secondo dopoguerra, nelle quali si riflette un particolare bisogno di elaborazione del passato e di progettazione di un futuro discontinuo,⁸² incorporano esperienze e discorsi di cultura costituzionale che non si esauriscono in miti resistenziali in quanto offrono garanzie particolari, sebbene non necessariamente “militanti”, contro la rimozione di queste esperienze storiche. Tali costituzioni conoscono anche delle “verità problematiche”, in particolare fatti storici che costituiscono verità doloranti e che evidenziano le debolezze del costituzionalismo reale, i pericoli di involuzione autoritaria delle comunità, di auto-dissoluzione delle costituzioni e di fallibilità del popolo.

⁸¹ P. Häberle, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, trad. it., *Diritto e verità*, Torino, Giappichelli 2000, 7.

⁸² Sui nessi tra storia e costituzione, in linea più generale, cfr. soltanto G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, in: *Il futuro della costituzione*, Torino 1996, 35ss.

Per le autorità dello Stato costituzionale democratica, anche la verità storica non è rimessa alla disposizione della maggioranza che certo non può decretare delle verità di Stato, semmai presumere la verità dei fatti sui quali basa la propria legge che in una democrazia costituzionale sarà sempre soggetta alla critica pubblica e a un controllo o giudizio di ragionevolezza.⁸³ La maggioranza può infatti decidere attraverso i propri rappresentanti di promuovere culturalmente, ad es. tramite cerimonie, festività e monumenti, la ricerca e memoria di alcune verità del “patrimonio storico” comune della società. Inoltre può cercare di prevenire proprio quei pericoli di involuzione, auto-dissoluzione e fallimento politico che hanno pesato nel passato. Può amnistiare o fare elaborare i fatti criminali del passato attraverso le procedure giudiziarie dello stato di diritto, istituire commissioni per la verità, rinnovare le posizioni di impiego nelle pubbliche amministrazioni, rendere accessibili agli studiosi e agli interessati le informazioni archiviate dalle autorità. Sovrano è forse solo un popolo che per queste vie cerca di imparare dai propri errori.

La percezione, misurazione e prevenzione dei pericoli può variare nel tempo e nello spazio. La percezione attuale di molti governi democratici europei è che anche il negazionismo possa creare pericoli per un ordine pubblico europeo materializzato in beni sotto protezione costituzionale, *in primis* per i diritti fondamentali che si collegano alla dignità umana e, come conseguenza politica della stessa, anche alla materia prima della democrazia, l'esistenza psicofisica di un popolo. Quel che in Germania si può ragionevolmente presupporre come pericolo tuttora latente e almeno per questa generazione ancora non bisognoso di prognosi concrete, in altri paesi europei, specialmente in presenza di esperienze meno autoritarie, esigerà motivazioni più specifiche per poter restringere libertà individuali.

Aprirsi ad una tale riconfigurazione europea dell'ordine pubblico, non deve tuttavia indurre a sacrificare alla protezione delle democrazie le garanzie dello stato di diritto, in particolare le garanzie della proporzionalità e sussidiarietà delle sanzioni penali.

A questo punto, l'antinegazionismo incontra dei dubbi seri sulla corretta configurazione pratica delle condotte e dei meccanismi di sanzione. Innanzitutto, sarebbe probabilmente un eccesso se non un abuso dei poteri dell'ordine pubblico, sanzionare la negazione di fatti che non hanno una offensività reale, in particolare di fatti meramente personali o di fatti conformi all'ordinamento. Inoltre, non va dimenticato che la libertà di mentire dell'imputato fa parte delle sue garanzie costituzionali e che anche dopo una sentenza di condanna passata in giudicato egli deve restare libero di proclamarsi innocente. Lo Stato non può pretendere di avere l'ultima parola, vietando la critica e l'opinione dissenziente privata alle sentenze di condanna, anche se per reati di genocidio.

⁸³ Questo aspetto trascura ad es. G. Braga, *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, in: M. Ainis, *Informazione, potere e libertà*, Torino, 2005, 101ss.

Tuttavia, il negazionismo può e deve essere distinto dalla critica proprio per la sua natura di propaganda e forza di cinismo. Mettere in dubbio i fatti sui quali si basa la sentenza di condanna di un giudice ed esprimere un dissenso sulla valutazione delle prove dei fatti o sull'interpretazione delle normative è sul piano analitico cosa ben diversa dalla certificazione della non verità di fatti, peraltro spesso accompagnata dalla asserzione dell'invalidità di norme ritenute ingiuste. Nel primo caso, è il dubbio che alimenta la ricerca di una verità diversa nella sfera pubblica. Nel secondo caso, una falsa certezza viene sentita come verità riconosciuta senza disponibilità di dialogo e di ricerca ulteriore, una "verità armata" generata o accompagnata da un sentimento di odio che può risultare pericoloso per la convivenza civile. Anche al negazionista non va negato il diritto all'errore, ma va vietato di perseverare nell'ostentazione e nella diffusione di una convinzione che sacrifica ogni rispetto della dignità di quanti hanno pagato con la vita l'errore e il cinismo altrui.

Se questa condotta implica una lesione *post mortem* della personalità delle vittime o un incitamento indiretto all'odio razziale, la configurazione della fattispecie di reato può essere non in insanabile contrasto con la libertà di espressione, a patto che i fatti negati siano stati comunque accertati non solo da un legislatore ma anche dalla sentenza di un giudice indipendente. Nel caso della negazione di genocidi, il principio dello Stato di diritto esige una particolare certezza dei fatti negati che potrebbe essere offerta solo da giudicati nazionali, internazionali e stranieri conformi allo stesso ordine pubblico che si intende di proteggere. Non sarebbe, insomma, sufficiente un accertamento in forma di legge come avvenuta in Francia con il genocidio armeno. Inoltre, sarebbe forse irragionevole e incostituzionale considerare fatti noti anche dei genocidi che non sono stati individuati dai programmi scolastici o da apposite commemorazioni periodiche, essendo specialmente dagli stranieri immigrati (ad es. provenienti dall'Iran) non sempre attendibile la conoscenza dei genocidi.

Anche se non sarebbe di per sé irragionevole operare una qualificazione retroattiva di fatti di genocidio, sarebbe infine problematico punire la negazione di genocidi del passato rimasti "impuniti" e non punibili. In questo modo il giudice verrebbe costretto a decidere *ex post* incidentalmente sull'ingiustizia di fatti non elaborati in procedure giudiziarie compatibili con i principi fondamentali dello stato di diritto. Nella misura in cui la storia, specialmente quella non contemporanea, presenta fatti che non sono più in grado di pesare attualmente sulle coscienze, in particolare di dare origine a giudizi di responsabilità penale o civile personale o internazionale, al giudice deve essere precluso un giudizio con forza giuridica vincolante sulla storia. Altrimenti rischierebbe davvero di travalicare i limiti culturali della propria funzione, trasformandola in una sorta di revisionismo giudiziario della storia.

Nel dibattito pubblico, sono stati soprattutto gli storici ad aver sostenuto una incompatibilità, tanto radicale quanto insanabile, di ogni reato di negazionismo con la libertà della scienza. Alla luce anche delle esperienze di condanna di autori come Faurisson, Irving e Garaudy, queste posizioni sembrano comprensibili ma non condivisibili, perché scambiano idealmente la libertà della ricerca scientifica “revisionista” con una immunità dello scienziato storico per le proprie opere storiografiche.

Se si torna al tavolo delle teorie filosofiche della verità e della storia, il dovere di neutralità ed imparzialità del giurista impone di non sposare posizioni scientifiche o filosofiche unilaterali, quindi né le teorie esclusivamente soggettivistiche né quelle esclusivamente oggettivistiche della storia, né le teorie della verità fondate esclusivamente sul consenso né quelle fondate esclusivamente sulla corrispondenza tra contenuto e realtà. Nello Stato costituzionale, la cultura è libera se libera è una ricerca della verità che parte dal dubbio. Solo la libera formazione di ipotesi e il dialogo all'interno dell'accademia sulle risposte da dare alla domanda di ricerca possono produrre (una o più) verità. Pertanto è possibile distinguere non solo una ricerca buona da una ricerca meno buona, ma anche discorsi scientifici da discorsi non scientifici o erroneamente auto-qualificati come scientifici. Se la verità storica altro non è che il frutto di una continua rimessa in discussione di verità date per acquisite, la libertà della scienza ha allora proprio un valore per la verità che la rende, allo stesso modo dell'arte di per sé “buon costume”.

In questo modo “revisionista”, anche i fatti di un genocidio possono essere messi in dubbio, ma chiunque sostiene che non siano veri, se vuole essere scientifico, ha l'onere di argomentare e provarne l'inesistenza. Una cosa è dire che si hanno dubbi, un'altra cosa è dire che si hanno certezze opposte e dare per “scontata” l'inesistenza di un fatto accertato in via giudiziaria.

La stessa libertà di ricerca, peraltro, non è una libertà tale da esigere privilegi ulteriori rispetto alla libertà di espressione che non siano quelli connessi all'autonomia corporativa delle istituzioni accademiche. Infatti, sarebbe assurdo ritenere che un professore universitario abbia una libertà maggiore di un cittadino semplice. Semmai spetta tanto al professore competente quanto al cittadino istruito fare valere la responsabilità pubblica diffusa della scienza, specialmente se prodotta da enti pubblici. Questo vale anche per il diritto di criticare pubblicamente la storiografia scientifica o scolastica. L'ufficio pubblico della cattedra di storico (e di giurista) e la libertà della ricerca scientifica non danno alcun titolo all'irresponsabilità in quei casi in cui le espressioni realizzano “reati di opinione” costituzionalmente legittimi (e lo stesso dovrebbe valere peraltro, con regole solo proceduralmente diverse, anche per la carica di parlamentare).

Se quindi non convincono le critiche troppo aprioristiche e radicali dell'antinegazionismo, la discussione si sposta sul campo delle prognosi circa l'effettività della prevenzione e sulla necessità

di meccanismi repressivi aggiuntivi rispetto a quello promozionale della giornata della memoria. Si vuole mantenere il pluralismo ed accrescere la protezione dei popoli nell'Europa delle minoranze. Eppure non si rischia di creare solo un dispositivo simbolico di giustizia tardiva che alimenta ulteriormente quel gioco di inversione dei ruoli tra rei e vittime che pare una delle caratteristiche psicologiche del negazionismo ? Può la legge penale davvero creare un dispositivo simbolico di silenzio in grado di tranquillizzare le vittime, l'equivalente funzionale di un tabù protettivo ? Infine, non rischia l'antenegazionismo di promuovere piuttosto un'etica della verità che non la virtù del dubbio⁸⁴ ? Convivendo con questi ed ulteriori dubbi, il giurista deve definitivamente lasciare rispondere la politica e le culture.

⁸⁴ G. Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, Laterza 2008, 163ss.

Abstract:

The paper offers a comparative survey over the legal aspects of anti-negationism throughout the western world. The different national approaches show that criminalization of holocaust denial is not just defence of a particular national history in Israel and Germany, but a prevention of genocide itself as the negation of a people's identity, precondition of democracy. This kind of limitation of freedom of expression, however has to respect also the principles of rule of law and is subject to constitutional review. The discussion of the different constitutional judgments related to anti-negationism, specially the last decision of the Spanish Constitutional Court in 2007 shows that even in Europe there is not yet a well established common constitutional law. Nevertheless, there are good reasons for the European option of legal antinegationism, because it is not a prohibition of questioning history, but just a prohibition of the propaganda of a false truth that aims to destroy once more the human dignity of the surviving victims.

Recent working papers

The complete list of working papers is can be found at <http://polis.unipmn.it/pubbl>

*Economics Series

**Political Theory Series

⁶ Al.Ex Series

- 2008 n.121** Joerg Luther: *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*
- 2008 n.120* Roberto Zanola: *Consumer preferences for circus: a cluster approach*
- 2008 n.119* Roberto Ippoliti: *L'incentivazione economica nei problemi di agenzia: Il caso dell'Azienda Sanitaria Pubblica*
- 2008 n.118* Piermassimo Pavese and Roberto Zanola: *Autochthon vs. blended wines: Do objective and sensory characteristics matter?*
- 2008 n.117* Andrea Vindigni: *Uncertainty and the politics of employment protection*
- 2008 n.116* Carla Marchese: *The limits to growth then and now*
- 2008 n.115** Guido Ortona: *Perché in Italia le elezioni violano la legge di Duverger?*
- 2008 n.114* Cinzia Di Novi: *From theory to implementation of the best policy instrument to protect human health: a brief overview*
- 2008 n.113* Cinzia Di Novi: *Adverse selection in the U.S. health insurance markets: evidence from the MEPS*
- 2008 n.112* Giovanni B. Ramello: *Semiotica, diritto e mercato. Economia del marchio nel terzo millennio*
- 2008 n.111⁶ Stefania Ottone and Ferruccio Ponzano: *How people perceive the welfare state. A real effort experiment*
- 2008 n.110* Daron Acemoglu, Davide Ticchi and Andrea Vindigni: *A theory of military dictatorships*
- 2008 n.109* Marcello Montefiori and Marina Resta: *Social influence and neighbourhood effects in the health care market*
- 2007 n.108* Davide Ticchi and Andrea Vindigni: *War and endogenous democracy*
- 2007 n.107* Fabio Privileggi: *The cutoff policy of taxation when CRRA taxpayers differ in risk aversion coefficients and income: a proof*
- 2007 n.106* Daniele Bondonio: *La valutazione d'impatto della riforma universitaria 3+2: un'analisi empirica sui dati dell'Ufficio Statistica del MIUR*

- 2007 n.105* Franco Amisano and Alberto Cassone: *Proprietà intellettuale ed industria farmaceutica: ricerche nel campo della proprietà intellettuale dei farmaci*
- 2007 n.104* Gianna Lotito: *Resolute Choice in interaction: a qualitative experiment*
- 2007 n.103* Daniele Bondonio: *La distribuzione dei finanziamenti europei sul territorio regionale: un'analisi su micro-dati 2000-2006*
- 2007 n.102* Stefania Ottone and Ferruccio Ponzano: *Non-self-centered inequity aversion matters. A model*
- 2007 n.101* Daniele Bondonio: *Gli effetti occupazionali delle politiche di aiuto alle imprese una valutazione comparativa tra diverse modalità di agevolazione*
- 2007 n.100* Giovanni B. Ramello: *Access to vs. exclusion from knowledge: Intellectual property, efficiency and social justice*
- 2007 n.99* Roberto Zanola: *Major influences on circus attendance*
- 2007 n.98** Corrado Malandrino: *Pre-modern covenant and covenantalism in Daniel Judah Elazar's federalist elaboration*
- 2007 n.97^e Stefania Ottone, Ferruccio Ponzano and Roberto Ricciuti: *Simulating voting rule reforms for the Italian parliament. An economic perspective*
- 2007 n.96* Albert Breton, Anthony Scott and Angela Fraschini: *Explaining differences in environmental governance patterns between Canada, Italy and the United States*
- 2007 n.95* Roberto Ricciuti: *The quest for a fiscal rule: Italy, 1861-1998*
- 2007 n.94^e Davide Biassoni: *L'influenza dei sistemi elettorali nella stabilità dei governi*
- 2007 n.93** Joerg Luther and Domenico Francavilla: *Nepal's constitutional transition*
- 2007 n.91^e Marie-Edith Bissey and Guido Ortona: *The program for the simulation of electoral systems ALEX4.1: what it does and how to use it*
- 2007 n.90* Roberto Ricciuti: *Un'analisi economica della partecipazione ai referendum abrogativi*
- 2007 n.89* Michela Bia and Alessandra Mattei: *Application of the Generalized Propensity Score. Evaluation of public contributions to Piedmont enterprises*