

Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah

1. *Negazione della storia e verità del legislatore*

Legislatori, giudici e studiosi, principalmente europei, da almeno un ventennio si interrogano se sia possibile contrastare con gli strumenti del diritto penale coloro che negano la realtà e le dimensioni della Shoah, senza abdicare ai principi di libertà e pluralismo alla base degli ordinamenti democratici.

Come conciliare repressione della negazione dell'Olocausto e diritto di parola è certamente una questione tra le più complesse, drammatiche e discusse negli studi giuridici recenti¹. Per diversi aspetti, è una questione

¹ Limitandoci all'ultimo quinquennio, tra gli studi italiani, si segnalano le monografie di D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla 'menzogna di Auschwitz'*, Milano 2012, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano 2012 e L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova 2009, nonché G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare, Risarcire, Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli 2012 (in particolare i saggi di Luigi Cajani, Roberto D'Orazio e Claudia Morgana Cascione). Tra gli articoli apparsi in riviste giuridiche, si vedano M. CAPUTO, *La 'menzogna di Auschwitz', le 'verità' del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in <www.penalecontemporaneo.it>, 7 gennaio 2014; C. CARUSO, *Dignità degli 'altri' e spazi di libertà degli 'intolleranti'. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in «Quad. cost.», 2013, pp. 795-821; M. CASTELLANETA, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della corte europea dei diritti umani*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2011, pp. 65-84; G. DELLA MORTE, *L'introduzione del reato di negazionismo in Italia. Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale*, in corso di pubblicazione su «Dir. pubbl. comp. eur.», 3, 2014; E. FRONZA, A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in <www.penalecontemporaneo.it>, 29 ottobre 2013; S. PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in «Quad. cost.», 2013, pp. 879-904; O. POLLICINO, *Il negazionismo nel diritto comparato – profili ricostruttivi*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 5, 2011, pp. 85-105; A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in <www.penalecontemporaneo.it>, 15 Luglio 2013; P. TANZARELLA, *Il discorso d'odio razziale. Le tappe legislative e giurisprudenziali di un discutibile reato costituzionalmente protetto*, in «Diritto, immigrazione, cittadinanza», 4, 2010, p. 50 e segg.; G.M. TERUEL LOZANO, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in «AIC Rivista», 2, 2014. Anche la recente letteratura straniera è ovviamente assai ricca; tra le numerose opere si evidenziano I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.),

che provoca un ‘senso di vertigine’: costringe, infatti, chi la vuole affrontare a muoversi su un crinale sottile, che idealmente unisce i confini estremi della libertà di espressione e dei limiti apponibili legittimamente ad essa.

Da un lato, infatti, il discorso negazionista si colloca ai margini più dilatati del diritto alla libera manifestazione del pensiero per varie ragioni. In primo luogo, la negazione di Auschwitz appare intrinsecamente violenta e odiosa: è, come ha scritto Daniela Bifulco, l’epilogo di una storia antichissima, quella dell’antisemitismo ed è finalizzata a «minare la legittimazione dell’ebreo nel mondo, il suo diritto di esistere, la sua personale ‘autocomprensione’»².

Inoltre, negare lo sterminio – e questo è il punto forse più critico nella prospettiva del costituzionalista – è affermare il falso, una menzogna politica, una negazione deliberata della verità al di fuori di ogni regola storiografica³. Chi sostiene tale tesi ha necessariamente coscienza della falsità delle affermazioni che pronuncia.

D’altro lato, una legge che sanziona penalmente il negazionismo si pone ai confini dello spazio dell’intervento statale nelle libere determinazioni della società civile.

Infatti, il principio che non esistono verità assolute può avere eccezioni per la comunità degli storici, ma forse non per il legislatore laico. Un

Extreme Speech and Democracy, Oxford 2009; L. HENNEBEL, T. HOCHMANN (ceds.), *Genocide Denials and the Law*, Oxford 2011; L. PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*, Jean Monnet Working Paper, n.10, 2009, New York, New York School of Law, disponibile all’indirizzo <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536078>; ID., *Lois mémorielles et liberté d’expression: de la controverse à l’ambiguïté*, in «Rev. fr. dr. const.», 2012, p. 563 e segg.; J.R. RESINA, J.L. CRESTANI, J.C. DE CASTRO ROCHA, *Negationism and Freedom of Speech*, Manchester, Spanish, Portuguese and Latin American Studies, 2009; I. SHAHNAZAROVA, *Criminalisation of genocide denial and freedom of expression*, in «International Journal of Human Rights and Constitutional Studies», 1.4, 2013, pp. 322-340.

² Così D. BIFULCO, «Che cos’è la verità?» *Il silenzio di Gesù, l’eloquenza del diritto e le soluzioni delle democrazie contemporanee in tema di negazionismo*, in F.R. RECCHIA LUCIANI, L. PATRUNO (a cura di), *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, Genova, 2013, p. 19, che riprende un passaggio di una celebre sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco del 13 aprile 1994, che sarà menzionata nel corso di questo scritto.

³ Cfr. F.R. RECCHIA LUCIANI, L. PATRUNO, *Premessa. Opporsi al negazionismo*, in ID., *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, cit., p. 5. Sul carattere antiscientifico del negazionismo e sulla differenza rispetto alla storiografia ‘revisionista’, BIFULCO, *Negare l’evidenza: diritto e storia di fronte alla menzogna di Auschwitz*, cit., p. 24 e segg. ed FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. XII. Sull’intrinseca natura razzista e antiebraica della negazione o della minimizzazione della Shoah, cfr. V. PISANTY, *L’irritante questione delle camere a gas*, Milano 1998, *passim*.

principio è radicato nello spirito profondo del pensiero liberale: la verità – necessariamente relativa, parziale, incerta, effimera, convenzionale⁴ – deve nascere da circuiti diversi da quello politico e da quello giudiziario, anche riguardo alle più immani tragedie della storia; ciò è connesso al principio di laicità e a quello di separazione tra Stato e società, ed è alla base della tutela costituzionale rafforzata della libertà di ricerca storico-scientifica sancita dall'art. 33, co. 1, della Costituzione italiana.

In questa prospettiva, affidare al diritto, specie a quello penale, il ruolo di custode della verità storica, della versione 'ufficiale' del passato significa consentire un'incursione dei pubblici poteri negli spazi riservati alle scienze e alla ricerca storica; sarebbe come aprire una breccia, che può essere poi attraversata anche per vicende certo meno indiscusse. Parafrasando una provocazione di Alan M. Dershowitz⁵, non si può consentire a un governo di dichiarare che l'Olocausto è avvenuto, perché non si vuole avere un governo che possa affermare che l'Olocausto non è mai avvenuto.

Infine, affrontare la questione della costituzionalità della criminalizzazione della 'menzogna di Auschwitz' impone in qualche modo di tornare alle radici della libertà di parola. Alle origini, la libertà di parola nasceva per tutelare gli eretici, ovvero coloro che negavano ostinatamente una verità assoluta la cui fonte era Dio. Il paragone è senza dubbio impudente, se non addirittura oltraggioso, ma tale libertà può oggi essere conculcata a chi nega ostinatamente una verità incontrovertibile, la cui fonte è la ricerca storica?

2. Ripudio della Shoah e radici storiche degli ordinamenti democratici

Il contributo del costituzionalista al tema della regolamentazione

⁴ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, pp. 211-212. Già secondo J.S. MILL, *On liberty* (1859) [trad.it. *Saggio sulla libertà*, Milano 2002, p. 46] «impedire l'espressione di un'opinione è un crimine particolare, perché significa derubare la razza umana, i posteri altrettanto che i vivi, coloro che dall'opinione dissentono ancor più di chi la condivide: se l'opinione è giusta, sono privati dell'opportunità di passare dall'errore alla verità; se è sbagliata, perdono un beneficio quasi altrettanto grande, la percezione più chiara e viva della verità, fatta risaltare dal contrasto con l'errore». In generale, sulla questione del complesso rapporto tra democrazia e verità nelle democrazie pluraliste, si veda per tutti P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino 2000 (ed. or. 1995), e in particolare p. 93 e segg.

⁵ Citata in D.J. SCHALLER, *From the Editors: Judges and Politicians as Historians?*, in «Journal of Genocide Research», 9(1), 2007, p. 2.

penalistica del discorso negazionista è in primo luogo quello di delimitare il perimetro esterno entro il quale gli interessi in conflitto possono trovare un equo temperamento. Egli non può, tuttavia, limitarsi a disegnare il campo da gioco. Dietro il tema della criminalizzazione del pensiero negazionista vi sono una quantità di interrogativi che investono questioni centrali nella teoria e nella storia del costituzionalismo, quali quelle relative alla forza o alla fragilità dei sistemi democratici, al 'paradosso' della tolleranza verso gli intolleranti, alla necessità di proteggere la democrazia e al rapporto tra libertà e verità della storia.

Vi è di più: come ha acutamente osservato Alfonso Di Giovine, «l'orrore e il ripudio del nazismo, dell'antisemitismo e della Shoah costituiscono uno dei pilastri fondanti dell'ordine pubblico ideale della comunità internazionale e dei vari Paesi liberaldemocratici uscito dall'immane tragedia della seconda guerra mondiale: in particolare l'Olocausto è diventato quasi la matrice memoriale, la metafora del ventesimo secolo, impedendo che il passato si decanti in memoria, ma prolungandone la presenza come ossessione del male assoluto»⁶. Dunque, la scelta di consentire o meno a chi nega la Shoah di partecipare al libero confronto delle idee ha in sé una peculiare valenza simbolica, perché impone di tornare a riflettere sulla tragedia del nazifascismo e sulle fondamenta degli ordinamenti europei risorti alla democrazia dopo il secondo conflitto mondiale.

Ciò sembra valere in particolare per il costituzionalista italiano, che ha come riferimento per i suoi studi una Costituzione «ispirata – come e più di altre pochissime costituzioni – da un grande fatto globale, cioè i sei anni della seconda guerra mondiale»⁷ e nata – sfruttando ancora una volta la suggestiva descrizione di Piero Calamandrei dei luoghi ove è sorta la Costituzione – anche nei campi di concentramento ove si svolgeva lo sterminio del popolo ebraico⁸.

⁶ A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: 'Eichmann di carta' e repressione penale*, in A. DI GIOVINE, S. SICARDI (a cura di), *Democrazie imperfette: atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino 2005, tomo 1, p. XXVII.

⁷ Così G. DOSSETTI, relazione tenuta a Monteveglio il 16 settembre 1994, in «Segnosette», 9 ottobre 1994, p. 16.

⁸ Così Calamandrei nel celebre scritto *Come si fa a disfare una Costituzione*, contenuto nel volume *Dieci anni dopo (1945-1955). Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari 1955 e ora pubblicato in P. CALAMANDREI, *Questa nostra Costituzione*, Milano 1995, p. XXII: «Nelle montagne della guerra partigiana, nelle carceri dove furono torturati, nei campi di concentramento dove furono impiccati, nei deserti o nelle steppe dove caddero combattendo, ovunque un italiano ha sofferto e versato il suo sangue per colpa del fascismo, ivi è nata la nostra Costituzione». Per una riflessione sul peso della memoria delle leggi razziali nella scrittura della Carta costituzionale, sia consentito il rinvio a G.E.

Di qui l'opportunità di analizzare i dibattiti particolarmente fecondi sviluppatasi all'interno dell'Assemblea costituente e intorno ad essa, relativi al rapporto tra libertà e verità e tra la democrazia e i suoi nemici. E di qui il tentativo, che sarà svolto nella seconda parte di questo breve saggio, di collegare il tema della repressione del negazionismo con le radici più profonde della Costituzione 'antifascista'. Tuttavia, prima di ciò, appare opportuno riassumere lo stato dell'arte in Europa e in Italia.

3. Le differenti risposte dei legislatori europei

L'estrema difficoltà di ogni ordinamento di legiferare in materia di negazionismo senza sacrificare totalmente uno tra i beni di rilievo costituzionale tra loro in conflitto mostra l'insanabile tensione tra «valore del diritto di libertà e contenuto ripugnante di sue manifestazioni»⁹, tra rispetto della verità della storia e fiducia nelle virtù del confronto dialettico, tra domanda di «anticorpi giuridici»¹⁰ a posizioni aberranti e timore di un'imposizione di un pensiero unico.

Non è certo un caso che ordinamenti che pure hanno le loro radici nel ripudio della guerra e del nazifascismo e che hanno un patrimonio costituzionale comune specie in materia di diritti di libertà, facciano ricorso a strumenti giuridici molto diversi per contrastare il fenomeno del negazionismo e la propagazione dell'odio razziale¹¹, tanto da evocare in alcuni l'affermazione di una «idea di Europa a geografia variabile»¹².

VIGEVANI, *L'influenza delle leggi razziali nell'elaborazione della Costituzione repubblicana*, in «Nomos», 2009, fasc. 1/3, pp. 91-100.

⁹ A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in «Quad. cost.», 2008, p. 523.

¹⁰ PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, cit., p. 881.

¹¹ Chi volesse conoscere le legislazioni europee in materia di negazionismo può consultare il sito curato dalla Società italiana di storia contemporanea <<http://sissco.it/index.php?id=25>>. Altrettanto utile è il sito web del Kantor Center for the Study of Contemporary European Jewry dell'Università di Tel Aviv (<<http://kantorcenter.tau.ac.il>>). Tra gli studi dedicati alle legislazioni europee, si vedano in particolare FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 30 e segg.; L. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, in RESTA, ZENOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, cit., p. 371 e segg.; G. POGGESCHI, *Diritto e memoria: fra condanna dei genocidi e rielaborazione del passato*, in F. BERTI, F. CORTESE, *Il crimine dei crimini. Stermini di massa nel Novecento*, Milano 2008, p. 200 e segg.; PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe: Toward a (qualified) EU-wide Criminal prohibition*, cit., p. 185 e segg.

¹² Così E. FRONZA, *Diritto e memoria. Un dialogo difficile*, in «Novecento», 10, 2004,

La prima linea di demarcazione è tra gli ordinamenti che prevedono o non prevedono una legislazione penale repressiva nei confronti della negazione dell'Olocausto o di altri crimini contro l'umanità. Tra gli Stati che non hanno, almeno sinora, previsto tale fattispecie criminosa vi sono, oltre all'Italia, il Regno Unito, l'Irlanda, la Grecia, la gran parte dei Paesi scandinavi, l'Estonia e, almeno sul piano legislativo, i Paesi Bassi¹³.

Ma anche gli ordinamenti che hanno deciso di seguire la via della criminalizzazione del discorso negazionista presentano profonde differenze specie per quanto concerne le tecniche di tutela, l'elemento oggettivo del reato e le modalità delle condotte sanzionate¹⁴.

Così, alcuni ordinamenti hanno ritenuto di dover sanzionare solo la 'menzogna di Auschwitz', la negazione del genocidio commesso dal regime nazionalsocialista, così sottolineando non solo l'unicità della Shoah, ma altresì il legame tra il rifiuto del nazismo e il patto costituzionale su cui è fondata la rinascita democratica dopo il secondo conflitto mondiale. Come, infatti, ben evidenzia Corrado Caruso, sembra ragionevole ritenere che il divieto delle condotte negazioniste

«a maggior ragione quando riguardi il negazionismo dell'Olocausto, non prenda di mira esclusivamente la tutela collettiva del gruppo minoritario, ma tenti anche di irrigidire, sotto la minaccia della sanzione penale, la dinamica degli accadimenti storici su cui sono sorte le democrazie europee del tempo presente»¹⁵.

Ciò vale *in primis* per una democrazia culturalmente, anche se non geograficamente, europea come Israele. La legge israeliana del 1986

p. 52.

¹³ Pur in assenza di una previsione *ad hoc*, la suprema corte olandese ha sanzionato la negazione dell'olocausto, quando equivale a insultare o diffamare gli ebrei (cfr. PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*, cit., p. 6).

¹⁴ Cfr. J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in «Dir. pubbl. comp. eur.», 2008, p. 1206; CARUSO, *Dignità degli 'altri' e spazi di libertà degli 'intolleranti'. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, cit., p. 798, nota 1; DELLA MORTE, *L'introduzione del reato di negazionismo in Italia. Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale*, cit.

¹⁵ C. CARUSO, *Dignità degli 'altri' e spazi di libertà degli 'intolleranti'. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, cit., p. 800, ove si ritiene inoltre che «nel riaffermare il patto etico su cui è sorto l'ordinamento liberal-democratico, la protezione della verità storica rappresenta, oltre che un mezzo per tutelare minoranze storicamente discriminate, un intenso strumento di protezione democratica che anticipa l'autotutela ad uno stadio di pericolo presunto per i valori liberal-democratici, delimitando il sistema pluralista rispetto alle opinioni contrastanti con il retroterra ideologico-culturale di riferimento».

è la prima normativa che ha sanzionato penalmente la negazione o il ridimensionamento dei crimini nazisti. È interessante osservare come la legislazione israeliana già accogliesse la distinzione tra mera negazione e giustificazione (distinzione che tra l'altro è stata poi utilizzata dal giudice costituzionale spagnolo per definire i confini dell'intervento del legislatore in materia; cfr. *infra*), richiedendo che la condotta negazionista fosse accompagnata dall'intento di difendere, simpatizzare o identificarsi con gli autori dei crimini.

L'opzione di punire solo la negazione dei crimini nazisti è stata adottata, per ragioni altrettanto facilmente intuibili, anche dalla Germania, tra i primi Stati a prevedere nel 1994 una fattispecie di reato che punisse la 'menzogna di Auschwitz'¹⁶ e, in modo meno netto, dall'Austria e dal Belgio. In altri paesi si è preferito optare per un generico riferimento a qualsiasi fatto di genocidio (Svizzera, Spagna, Portogallo). In alcuni Stati dell'Est europeo (Polonia, Repubblica ceca, Lituania) è stato previsto come reato la negazione dei crimini sia del nazismo che dei regimi comunisti del secondo dopoguerra¹⁷. Diverso ancora il caso francese, ove sin dal 1990 è entrata in vigore una '*loi mémorielle*' (la legge n. 90-615 del 13 luglio 1990, c.d. *Loi Gayssot*) che prevede la repressione della contestazione dell'esistenza dei crimini contro l'umanità, definiti tali dallo Statuto del Tribunale militare di Norimberga o riconosciuti da una giurisdizione francese o internazionale¹⁸.

Tra le normative che mirano a sanzionare le condotte consistenti nella negazione o nella banalizzazione di tutti i crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra, va inclusa anche la Decisione Quadro (2008/913/GAI) del Consiglio dell'Unione europea, del 28 novembre 2008, sulla

¹⁶ L'art. 130, comma 3, del codice penale tedesco sanziona «chi pubblicamente o in una riunione, approva, nega o minimizza le azioni commesse durante il periodo nazional-socialista contemplate dal § 6, comma 1, del codice penale internazionale in maniera idonea a turbare la pace pubblica»; per un approfondimento, si rinvia a M. CAPUTO, *La 'menzogna di Auschwitz', le 'verità' del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in <www.penalecontemporaneo.it>, 7 Gennaio 2014, p. 9; M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. ANIS (a cura di) *Informazione, potere e libertà*, Torino 2005, p. 41; C.M. CASCIONE, *Negazionismo e libertà di espressione: rilievi comparatistici*, in «Dir. Inform.», 2011, p. 308, p. 315 e segg.; SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., p. 59 e segg.

¹⁷ Cfr. L. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, in RESTA, ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, cit., pp. 376-377.

¹⁸ Cfr. M. TROPER, *La legge Gayssot e la Costituzione*, in «Ragion pratica», 8, 1997, p. 189 e segg.

lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale¹⁹, che persegue l'obbiettivo di ravvicinare le normative statali in tema di lotta al razzismo e, in termini più generali, ad affermare una identità europea attraverso la preservazione della memoria delle atrocità del passato e la garanzia del diritto alla verità.

Tale Decisione, all'art. 1, comma 1, chiede agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché siano resi punibili *inter alia*:

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

Dalla Decisione Quadro, dunque, non si ricava l'obbligo di punire il negazionismo *tout court*, ma solo quando esso sia il presupposto di componenti istigatorie²⁰. E, nei fatti, tale testo non ha condotto all'armonizzazione della disciplina in materia di legislazione sulla memoria; esso

¹⁹ Per un esame approfondito della Decisione Quadro, cfr. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 69 e segg. e SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., p. 259 e segg. In relazione all'iter, al contenuto e al procedimento di adozione da parte degli Stati membri, si rinvia a CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., *passim*.

²⁰ Così, FRONZA, GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in <www.penalecontemporaneo.it>, cit., p. 7, i quali osservano che «l'Unione Europea vincola rispetto all'*an*, lascia tuttavia agli Stati una ampia discrezionalità sul *quomodo*» e che la Decisione attribuisce loro facoltà di limitare ulteriormente le ipotesi di condotte punibili. Infatti, l'art. 1, comma 2, della Decisione Quadro, specifica che «ai fini del paragrafo 1, gli Stati membri possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi».

ha, comunque, finito con il produrre un effetto di ampia portata, ovvero «ha ormai legittimato l'idea che si possa legiferare sulla storia e punire le interpretazioni contrarie a quelle imposte per legge»²¹.

4. *Asserzioni di fatti falsi e libertà di espressione nelle giurisprudenze costituzionali e nella giurisprudenza di Strasburgo*

4.1 *La giurisprudenza del tribunale costituzionale federale tedesco*

L'estrema complessità (meglio, drammaticità) delle questioni si riflette anche sulla profonda eterogeneità delle risposte dei giudici costituzionali delle grandi democrazie europee e della Corte di Strasburgo di fronte ai dubbi circa la compatibilità della previsione del reato di negazionismo nelle sue varie forme con i principi dello stato liberal-democratico²².

Di più, non vi è nemmeno unanimità se le espressioni 'negazioniste' debbano essere ricondotte all'interno dell'area protetta dalla libertà di parola e se il legislatore possa utilizzare lo strumento penale per 'fissare' la memoria storica.

In altri termini, nei casi di negazionismo, non siamo di fronte all'usuale giudizio di bilanciamento tra *liberty* e *dignity*, tra diritto di parola e altri diritti della personalità, ma siamo a uno stadio precedente: è questione preliminare decidere se il discorso negazionista sia da considerare una forma di manifestazione del pensiero o un qualcosa di diverso.

In estrema sintesi, prendendo in considerazione le decisioni che più hanno segnato la materia, non sorprende l'orientamento della giurisprudenza costituzionale della Germania, democrazia militante che impone allo Stato di difendere 'l'ordinamento fondamentale democratico e liberale' dai suoi nemici²³, oltre che nazione responsabile dell'orrore nazista.

²¹ CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., p. 410.

²² Cfr. PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, cit., pp. 889-890, secondo la quale dalla rassegna delle più rilevanti sentenze «si evince una spaccatura dei giudici costituzionali nel praticare il bilanciamento *ad hoc* in forza del valore, dell'interesse, di volta in volta ritenuto preminente: a volte, è stata considerata prevalente un'astratta concezione di 'dignità del popolo ebraico'; altre volte, si è ritenuto che la libertà di espressione trovasse un limite nella verità di fatti accertati (ma questo priva di senso la libertà di ricerca come la distinzione tra negazionismo e revisionismo); altre volte ancora, è stata la libertà di espressione ad aver guidato il giudizio di bilanciamento».

²³ Sulla concezione di 'democrazia protetta' o 'militante' alla base dell'ordinamento tede-

Esempio paradigmatico è la celebre sentenza del tribunale costituzionale federale tedesco del 13 aprile 1994²⁴, decisione che ha preceduto di pochi mesi la legge sulla negazione di Auschwitz citata nel paragrafo precedente. Il caso nasceva da un ricorso individuale al tribunale costituzionale contro una decisione delle autorità cittadine di Monaco, adottata in occasione di una riunione organizzata da un partito nazistoide, alla quale doveva partecipare il noto esponente negazionista David Irving. Il Comune, infatti, aveva imposto agli organizzatori dell'evento di informare i partecipanti circa i reati di aizzamento del popolo e di diffamazione, di impedire che si pronunciassero discorsi che negassero lo sterminio degli ebrei o comunque diffamatori e di sciogliere, se necessario, la riunione. Il giudice costituzionale dichiarò che vi non fosse violazione dell'art. 5 della Legge fondamentale, sulla base della distinzione tra fatto e opinione: per i giudici costituzionali tedeschi, la negazione dello sterminio non costituisce un'opinione, un'espressione valutativa di un fenomeno sempre protetta dall'art. 5 della Costituzione, ma un'asserzione di fatto²⁵. E la disposizione che tutela la libertà di parola non copre l'asserzione di fatti che negano la verità, verità conosciuta dal soggetto, dimostrata dalla scienza storica e provata da innumerevoli testimonianze oculari, documenti e accertamenti dei tribunali in numerosi processi penali. Dunque, l'affermazione di un fatto falso può essere vietata, in ragione del bene giuridico aggredito: negare l'Olocausto

sco, si rinvia ad A. PIZZORUSSO, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova 2003, pp. 663-666. In particolare, Pizzorusso sottolinea l'enunciazione di principio sancita nell'art. 18 del *Grundgesetz* («Chiunque, per combattere l'ordinamento costituzionale democratico e liberale, abusa della libertà di espressione del pensiero [...] perde tali diritti fondamentali») «esprime una statuizione di ordine generale che risolve il 'paradosso della tolleranza' sopra ricordato in senso sfavorevole agli intolleranti, leggi limando le norme preventive e repressive stabilite nei loro confronti» (p. 664).

²⁴ *Bundesverfassungsgericht*, 13 aprile 1994, *BVerfGE* 90, 274. Su tale decisione si veda D. GRIMM, *The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court of Germany*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford 2009, p. 557 e segg. La decisione può essere letta in italiano in «Giur. cost.», 1994, p. 3386 e segg., con commento di M.C. VITUCCI, *Olocausto capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in un recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, p. 3390. Per un approfondimento si rinvia a LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit., p. 1207 e segg. e SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., p. 79 e segg.

²⁵ Sulla difficoltà, riconosciuta dallo stesso giudice costituzionale tedesco, di delimitare la manifestazione di un'opinione dall'asserzione di un fatto, cfr. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, cit., p. 80.

significa negare la dignità e il diritto alla autocomprensione delle vittime e degli eredi, ovvero «l'essere considerati appartenenti ad un gruppo di persone che si distinguono per una particolare sorte, persone nei confronti dei quali sussiste una particolare responsabilità morale di tutti gli altri, e ciò è parte della loro dignità» (*BverG 90 241 ss.*).

4.2 *Negazionismo e abuso del diritto alla libertà d'espressione nella giurisprudenza di Strasburgo*

Più sorprendente appare la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, di regola 'amica della libertà di stampa', anche quando le idee urtano, sconvolgono o inquietano una parte o la maggioranza della popolazione. Come noto, a partire dalla sentenza *Handyside* del 7 dicembre 1976, la Corte di Strasburgo ha ripetutamente affermato che

«la libertà di espressione costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, una delle condizioni basilari per il suo progresso e per il pieno sviluppo di ogni singola persona. Salvo quanto previsto dall'art. 10, n. 2, la libertà di espressione è applicabile non solo in relazione alle informazioni o alle idee accolte con favore o considerate come inoffensive od indifferenti, ma anche a quelle che urtano, sconvolgono od inquietano lo Stato o una parte della popolazione: tale conclusione è imposta dal pluralismo, dalla tolleranza e dallo spirito di apertura, senza i quali non vi è una società democratica»²⁶.

Tale principio si applica anche al dibattito storiografico, «a sphere in which it is unlikely that any certainty exists and in which the dispute is still ongoing»²⁷.

Rispetto a tale orientamento generale, le decisioni relative a ricorsi per condanne da parte dei giudici nazionali di coloro che negano la Shoah si pongono indubbiamente «un po' fuori dal coro» e «segnano una decisa inversione di rotta rispetto all'atteggiamento protettivo della libertà di espressione in altri sedi assunto»²⁸.

²⁶ Corte europ. dir. uomo, 7 dicembre 1976, *Handyside e regno Unito*, A-24, par.49; sul tema sia consentito rinviare a G.E. VIGEVANI, *Libertà di espressione e discorso politico tra Corte europea dei diritti e Corte costituzionale*, in N. ZANON (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la corte costituzionale italiana*, Napoli 2006, pp. 459-486.

²⁷ Corte eur. dir. uomo, 21 settembre 2006, *Monnat v. Switzerland*, n. 73604/01, par. 63.

²⁸ Così CASCIONE, *Negazionismo e libertà di espressione: rilievi comparatistici*, cit., p. 312.

I giudici di Strasburgo (Commissione e soprattutto Corte dei diritti a partire dall'inizio del nuovo secolo) sembrano essersi per molti aspetti posti nella medesima prospettiva del giudice costituzionale tedesco, assumendo come fondamento per escludere ogni tutela al pensiero negazionista la distinzione tra fatti e giudizi di valore²⁹. Il giudice europeo ha progressivamente teorizzato che chi nega un fatto storico chiaramente accaduto come la Shoah non può pretendere di usufruire della protezione dell'art. 10 Conv. eur. dir. uomo, non rientrando l'espressione negazionista nemmeno nei più periferici tra i cerchi concentrici della libertà di espressione, ove la tutela di tale diritto è pure meno intensa³⁰.

Per escludere il discorso negazionista anche da una minima protezione, la Corte ha utilizzato la clausola generale del divieto dell'abuso del diritto, prevista dall'art. 17 Conv. edu³¹. Essa preclude che una disposizione della Convenzione possa essere interpretata come implicante il diritto «di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione». L'art. 17 Conv. edu impedisce, dunque, che si possa invocare la libertà di espressione per aggredire i diritti dei gruppi etnici discriminati, in quanto il fine di tale libertà si colloca nella prospettiva di favorire la pacifica coesistenza dei

²⁹ Cfr. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, cit., p. 538, secondo il quale «la Corte di Strasburgo ritiene che la repressione penale delle idee 'razziste e xenofobe' (negazionismo compreso) possa non ledere l'art. 10 Conv. edu sulla base (molto in sintesi) di tre ordini di argomenti: la distinzione tra 'fatti' e 'opinioni', solo le seconde essendo garantite dalla Convenzione; la necessità di proteggere l'insieme dei valori tutelati dalla Conv. edu, a partire dalla pace e dalla giustizia (necessità desunta anche dall'art. 17 Conv. edu, sul c.d. abuso di diritto); la circostanza che le norme delle quali si ragiona sono dirette a proteggere l'onore e la reputazione altrui, come è consentito proprio dal secondo comma dell'art. 10».

³⁰ Le fasi che hanno connotato l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in materia sono individuate in PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*, cit., p. 30 e segg., il quale legge la giurisprudenza della Commissione europea per i diritti dell'uomo sino alla fine degli anni novanta come una giurisprudenza equilibrata, che non adottava «an 'absolutist' position whereby any statement denying the Holocaust is dealt with as an abuse of right», ma distingueva tra «the sphere covered by Article 10 and the sphere protected by the same provision» (*Ibid.*, p. 33). L'approccio più radicale, secondo cui la negazione dell'Olocausto costituisce un abuso del diritto, si sarebbe affermato solo con la decisione della Commissione del 24 giugno 1996, *Marais c. Francia*, ric. 31159/96 e soprattutto con le sentenze della Corte 23 settembre 1998, *Lehideux et Isorni c. Francia*, n. 24662/94 e 24 giugno 2013, *Garaudy c. Francia*, n. 65831/01.

³¹ Per un commento a tale disposizione, si rinvia a C. PINELLI, *Art. 17*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bologna, 2001, pp. 455-467.

differenti gruppi presenti nella società³². Il rinvio a tale disposizione comporta – come ha sottolineato Corrado Caruso – che le decisioni nei casi di negazionismo

«non sono prese attraverso la ponderazione tra la libertà di espressione e uno dei *countervales* enunciati dall'art. 10 Conv. edu 'alla luce di tutte le circostanze del caso', ma in via di deliberazione a seguito di una superficiale individuazione contenutistica dell'espressione in oggetto»³³.

Tra le decisioni che più chiaramente riassumono tale orientamento, vi è certamente la sentenza *Garaudy* del 2003, con la quale la Corte di Strasburgo 'attraversa il Rubicone'³⁴ e fissa le linee direttive per la successiva giurisprudenza³⁵. La vicenda nasceva da un ricorso di un autore violentemente antisemita e 'riduzionista', che aveva subito varie condanne da parte di giudici francesi in base alla legge *Gayssot*; la Corte dichiarò inammissibile il ricorso in quanto il ricorrente aveva abusato della libertà

³² V. CUCCIA, Libertà di espressione e negazionismo, in «Rassegna Parlamentare», 2007, p. 865. Per un'ampia rassegna della giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti, cfr. CASTELLANETA, La repressione del negazionismo e la giurisprudenza europea dei diritti umani, cit., p. 75 e segg., la quale osserva che mentre in una prima fase (sino alla fine degli anni Ottanta) «il negazionismo è stato escluso dall'esercizio del legittimo diritto alla libertà di espressione proprio grazie ai limiti previsti dallo stesso art. 10, via via la posizione degli organi di garanzia è divenuta ancora più rigorosa nei confronti dei sostenitori di tesi negazioniste ritenendo che articoli o opinioni che abbiano tale tenore non usufruiscono della protezione dell'art. 10 grazie all'applicazione dell'art. 17, con ciò ritenendo di particolare gravità quelle affermazioni, in grado di condurre alla distruzione dei diritti riconosciuti nella Convenzione» (*Ibid.*, p. 76).

³³ CARUSO, *Dignità degli 'altri' e spazi di libertà degli 'intolleranti'. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, cit., pp. 800-801.

³⁴ Così PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*, cit., p. 34.

³⁵ Corte eur. dir. uomo, 24 giugno 2013, *Garaudy c. France*, n. 65831/01; per un approfondimento si rinvia ad A. BURATTI, *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei miti fondatori del regime democratico*, in «Giurisprudenza italiana», 12, 2005, p. 2243 e segg. e a PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, cit., pp. 886-887. La medesima impostazione – già in nuce in precedenti pronunce relative a casi di negazione del genocidio nazista degli ebrei (Comm. eur. dir. uomo, 6 settembre 1995, *Remer c. Germania* 24 giugno 1996, *Marais c. France*, n. 31159/96 e 23 novembre 1998, *Honsik c. Austria*, ric. n. 25062/94) è poi ribadita in Corte eur. dir. uomo, 13 dicembre 2005, *Witzsch c. Germania*, n. 7485/03; 20 febbraio 2007, *Pavel Ivanov c. Russia*, n. 35222/04; 16 luglio 2009, *Willem c. Francia*, ric. 10883/05; 7 giugno 2011, *Golnisch c. Francia*, ric. 48135/08.

di espressione garantita dalla Convenzione, per perseguire fini contrari al testo e allo spirito della stessa. In particolare, anche la Corte europea, come quella tedesca, pone alla base del suo ragionamento la distinzione tra 'fatti' e 'opinioni'. Più precisamente, per la Corte «contestare la realtà di fatti storici chiaramente accertati come l'Olocausto non riguarda in alcun modo il lavoro di ricerca storica mirante alla ricerca della verità»; il negazionista è dunque un falso storico, che mira esclusivamente a riabilitare il regime nazionalsocialista e ad accusare le vittime di falsificare la storia. E negare l'esistenza di crimini contro l'umanità costituisce per la Corte una delle più gravi forme di diffamazione su base razziale degli ebrei e di incitamento all'odio nei confronti di essi.

L'esclusione automatica dall'ambito di protezione dell'art. 10 Conv. del discorso negazionista vale certamente per i crimini nazisti. In casi relativi alla negazione di altri genocidi, la Corte ha invece mostrato una maggiore prudenza e ha preferito utilizzare il suo tradizionale strumentario per verificare l'adeguatezza delle misure restrittive delle libertà coinvolte, anziché ricorrere alla 'ghigliottina' dell'art. 17 Conv.³⁶

Così, di recente, nella sentenza *Perinçek*³⁷, la Corte ha ritenuto contraria alla Convenzione la condanna inflitta a un cittadino turco per aver pubblicamente dichiarato che il genocidio armeno non sarebbe altro che una «menzogna internazionale». Per la Corte, contestare la tesi secondo cui in Armenia sia avvenuto un genocidio non costituisce un 'abuso del diritto', ai sensi dell'art. 17 della Convenzione, in assenza di un consenso generale sulla qualificazione quale 'genocidio' del massacro del popolo armeno avvenuto in Turchia tra il 1915 e il 1916³⁸.

In sintesi, al di là delle peculiarità dei singoli casi, dalla giurisprudenza della Corte europea sembra potersi cogliere la consapevolezza della unicità della Shoah e del collegamento tra il genocidio del popolo ebraico e la

³⁶ Cfr. TERUEL LOZANO, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, cit., pp. 7-8.

³⁷ Corte eur. dir. uomo, 17 dicembre 2013, *Perinçek c. Suisse*, n. 27510/08, ora all'esame della Grande Camera.

³⁸ Su tale caso, cfr. N. HERVIEU, *Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à lutte contre l'extrémisme*, in *Lettre «Actualités Droits-Libertés» du CREDOF*, 13 janvier 2014 (<<http://wp.me/p1Xrup-2qr>>). In generale, sulla fallacia dell'analogia tra le leggi contro la negazione dell'Olocausto e le altre *lois mémorielles*, cfr. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., pp. 371-372, il quale sottolinea la differenza tra negazione di un evento storico e negazione di una sua interpretazione; mentre nel caso dell'Olocausto viene negata la realtà dell'evento storico, nel caso delle guerre della memoria la realtà non viene messa in discussione, ma se ne discutono varie interpretazioni, come è proprio della ricerca storica.

nascita di un sistema di protezione sovranazionale dei diritti dell'uomo nel continente europeo.

4.3 *Negazione e giustificazione di fatti storici nella giurisprudenza costituzionale spagnola*

L'impostazione adottata dal giudice costituzionale tedesco e dalla Corte di Strasburgo, che esclude le tesi che contestano l'esistenza della Shoah dall'area tutelata dalle norme sulla libertà di espressione, non è tuttavia accolta da altri giudici costituzionali.

A un orientamento differente ha, ad esempio, aderito il Tribunale costituzionale spagnolo nella decisione che meglio riassume, allo stato dell'arte, la posizione dell'ordinamento spagnolo in materia, la sentenza n. 235 del 7 novembre 2007³⁹.

In una vicenda giudiziaria relativa a tal Varela, libraio di Barcellona che vendeva testi antiebraici e negazionisti, il Tribunale costituzionale fu chiamato a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 20, primo comma, lett. a), della Costituzione spagnola, che riconosce il diritto a esprimere e diffondere liberamente il pensiero, della norma del codice penale spagnolo che puniva la diffusione, attraverso qualunque mezzo, di idee e dottrine tese a negare o giustificare i delitti di genocidio o volte a riabilitare regimi o istituzioni che difendano pratiche generatrici del delitto di genocidio (art. 607, comma 2, c.p.).

Il giudice costituzionale spagnolo ha «sorprendentemente»⁴⁰ dichiarato l'incostituzionalità della disposizione nella parte in cui punisce la mera 'negazione' dei crimini di genocidio, respingendo, tuttavia, il dubbio relativo al reato di giustificazionismo. Per giungere a tale decisione, la Corte ha posto l'accento sul legame tra libertà di espressione, libertà di ricerca storica, democrazia, pluralismo ideologico e pluralismo sociale e divieto

³⁹ Su questa decisione cfr. J.M. BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», n. 85, gennaio-aprile 2009, pp. 299-352; P.S. CODERCH, A.R. PUIG, *Genocide Denial and Freedom of Speech*, in «Indret, Revista para el análisis del Derecho», 2008, pp. 1-30; FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., pp. 111-120; LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit., pp. 1211-1215; C. CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare. La problematica distinzione del Tribunale Costituzionale spagnolo (commento alla sent. n. 235/2007)*, in <www.forumcostituzionale.it>, 3 aprile 2008.

⁴⁰ Così PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*, cit., p. 24.

per il potere pubblico di selezionare o impedire la circolazione di idee o dottrine anche ripugnanti. In questa logica, la mera negazione dell'evidenza storica rientra nell'ambito della ricerca scientifica e, dunque, non può costituire condotta penalmente sanzionabile: la negazione di fatti assunti come storicamente certi comporta un giudizio di fatto non suscettibile di limitazioni, in quanto trova copertura nella generale libertà di ricerca storica e scientifica riconosciuta dall'art. 20 Cost. spagnola, posto in relazione con il diritto alla libertà ideologica riconosciuta dall'art. 16 Cost. e non si caratterizza per l'incitamento alla violenza.

Al contrario, la giustificazione di un determinato fatto storico comporta un giudizio valoriale, punibile qualora costituisca un incitamento indiretto all'odio e alla commissione del delitto di genocidio.

Dunque, è nella distinzione tra negare e giustificare che il giudice costituzionale spagnolo ha individuato il confine tra lecito e illecito. Una distinzione certo non sempre limpida sul piano pratico, ma forse non priva di suggestioni sul piano teorico. Come bene osserva Stefania Parisi, «la pronuncia ha qualche punto debole (evidenziato dai quattro 'dissent') e, certo, il tentativo di distinguere la giustificazione (punibile) dalla mera negazione (non punibile) non è riuscito. Conta però rilevare la radicale diversità di approccio rispetto ai giudici di Karlsruhe e l'idea di fondo secondo cui la libertà di espressione non potrebbe subire un limite così intenso da parte di una norma penale, in assenza di un pericolo soltanto astratto e potenziale, pena la 'tenuta' della stessa democrazia»⁴¹. Una democrazia aperta, non militante, quale quella spagnola, sembra dunque porre un argine all'intervento del legislatore penale per sanzionare la mera trasmissione di idee contrastanti con i valori costituzionali, richiedendo che la fattispecie penale sia giustificata solo dal fine di tutelare beni quali l'onore dei singoli e dei gruppi⁴².

4.4 Libertà di espressione e leggi 'conformative' della storia nella giurisprudenza costituzionale francese

Nella direzione del giudice costituzionale spagnolo si è successivamente mosso anche il *Conseil constitutionnel* francese. Nella sentenza n. 2012-

⁴¹ PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, cit., p. 888.

⁴² Cfr. PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*, cit., p. 24, che sottolinea come «the most interesting point raised by the Court is that Spain, unlike Germany or France, is not a 'militant democracy', which means that the exercise of fundamental rights cannot be restricted on the grounds that they may be used for anti-constitutional purposes».

647 del 28 febbraio 2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge che avrebbe previsto l'incriminazione «della contestazione dell'esistenza dei genocidi riconosciuti come tali dalla legge francese», in pratica il genocidio armeno del 1915, unico riconosciuto espressamente da una legge del 2001, senza peraltro che vi fosse stato un preventivo accertamento giurisdizionale dei crimini 'certificati' dal legislatore⁴³.

La decisione del giudice costituzionale francese – assai concisa, come da tradizione – si fonda su due motivi: la lesione della libertà di espressione, «d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés» e l'assenza di portata normativa di «une disposition législative ayant pour objet de «reconnaître» un crime de génocide», in violazione del principio secondo cui «la loi est l'expression de la volonté générale» sancito dall'art. 6 della Dichiarazione del 1789. In altri termini, sembra preclusa al legislatore l'approvazione di leggi 'conformative' della realtà storica⁴⁴, che garantiscano «l'eternità e l'immodificabilità di eventi e vicende drammatiche del passato, per difendere 'un passato che non deve passare', diventando così il luogo della memoria, dove un diritto alla verità e un dovere di memoria trovano asilo»⁴⁵.

5. L'orizzonte dell'ordinamento costituzionale italiano e i lavori dell'Assemblea costituente

Il dibattito sull'opportunità di introdurre una previsione legislativa che sanzioni penalmente la negazione della Shoah impegna da tempo anche l'opinione pubblica italiana e investe saltuariamente anche le istituzioni parlamentari, ciclicamente scosse da domande di ipercriminalizzazione⁴⁶, ma sinora capaci di evitare di tradurre tali istanze sociali in legge, anche in ragione di un procedimento legislativo 'lento', che impone più momenti

⁴³ Cfr. T. GIOVANNETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero tra verità normativa, verità processuale e verità storica: a proposito della prima decisione del Conseil Constitutionnel sulle cd. lois mémorielles*, in «Rivista AIC», n. 2, 2012, pp. 1-9.

⁴⁴ Così CARUSO, *Dignità degli 'altri' e spazi di libertà degli 'intolleranti'. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, cit., p. 799, nota 3.

⁴⁵ Così I. SPIGNO, *Ancora sulle lois mémorielles: la parola del Conseil constitutionnel sull'antinegazionismo*, in <www.diritticomparati.it/2012/03/ancora-sulle-loismemorielles-la-parola-del-conseil-constitutionnel-sullantinegazionismo.html>, 2012.

⁴⁶ L'espressione è in PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, cit., p. 5.

di riflessione.

Questo schema si pare ripetersi anche nel corso della 17^a legislatura.

Infatti, nel marzo 2013 fu presentato in Senato un disegno di legge⁴⁷ che mirava a modificare l'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, prevedendo la reclusione fino a tre anni, oltre alla multa, per chi ponesse in essere attività di apologia, negazione, minimizzazione dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, così come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, riprendendo quasi alla lettera quanto previsto dal già citato art. 1, lett. c, della Decisione Quadro del Consiglio dell'UE del 2008). Qualche mese dopo, nell'ottobre 2013, anche in reazione all'intervista-testamento negazionista del criminale nazista Erich Priebke, la Commissione giustizia del Senato formulò un nuovo testo, particolarmente severo, che prevedeva l'inserimento nel codice penale, attraverso modifiche all'articolo 414, di una fattispecie autonoma che sanzionava con la reclusione da 1 a 5 anni chi negava l'esistenza di crimini di guerra o di genocidio o contro l'umanità e, inoltre, introduceva una circostanza aggravante per chi compiva il reato di istigazione o di apologia di detti crimini, nonché del delitto di terrorismo.

Tale testo suscitò forti resistenze, in primo luogo nella comunità degli storici, tanto che fu radicalmente modificato nel corso dei lavori in Commissione. L'ultimo testo licenziato dalla commissione giustizia del Senato il 4 luglio 2014 riprende la via dell'intervento sulla legge 13 ottobre 1975, n. 654, circoscrivendo la rilevanza penale alle sole condotte istigatorie commesse pubblicamente e introducendo una aggravante nei casi in cui la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, la pubblica istigazione a commettere atti di discriminazione e il pubblico incitamento si fondino sulla negazione della Shoah ovvero dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale. Adottando tale ultima versione, la Commissione ha dunque recepito le perplessità di ordine costituzionale avanzate riguardo al testo precedente e ha accantonato l'ipotesi di introdurre un autonomo reato di negazionismo, preferendo rimanere all'interno dei confini del reato di propaganda di idee razziste

⁴⁷ D.d.l. n. S-54 (primo firmatario Amati), del 15 marzo 2013, *Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale*. Sul punto, cfr. DELLA MORTE, *L'introduzione del reato di negazionismo in Italia. Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale*, cit.

o di istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali. Nonostante ciò, l'assemblea del Senato non ha proceduto all'esame del disegno di legge e sembrano assai ridotte le probabilità che l'iter legislativo giunga a conclusione.

Allo stato, dunque, non esiste nel nostro ordinamento una disposizione che preveda un reato di negazionismo, né vi sono pronunce del giudice delle leggi che abbiano risposto esplicitamente alla questione della legittimità di una norma che sanzionasse tale condotta, sia pure nella sola motivazione di una sentenza.

Nell'attuale temperie, sembra dunque un esercizio sterile procedere a un commento analitico di un progetto di legge il cui destino è ancora ignoto ma forse già scritto. Ritengo di maggiore utilità provare a riflettere su una questione di ordine più generale, ovvero se una legge che sanzionasse anche solo la menzogna di Auschwitz sarebbe compatibile con lo 'spirito' della Costituzione repubblicana, spirito che può forse individuarsi dalla lettura delle discussioni in Assemblea costituente in merito al rapporto tra la democrazia e i suoi nemici, tra i quali *in primis* i fascisti.

6. *L'Assemblea costituente di fronte ai 'nemici della democrazia'*

Si è già accennato all'inizio di questo breve articolo all'estrema difficoltà di individuare un punto di equilibrio soddisfacente, che non comporti un sacrificio eccessivo né della *liberty* né della *dignity*, né della libertà di opinione e di ricerca storica, né dei diritti e degli interessi lesi dalle condotte negazioniste. Per evitare di sommare una interpretazione puramente personale – inevitabilmente intrisa della sensibilità e della storia familiare di chi scrive alle molte che si sono susseguite in materia, ho provato a connettere il tema della punizione del negazionismo alle concezioni ideali prevalenti nel momento della scrittura della Costituzione repubblicana, in relazione al rapporto tra teoria della democrazia, pluralismo politico, libertà di opinione e diritto dei 'nemici della libertà' a esprimersi nel dibattito pubblico.

In questa prospettiva, ho ritenuto di verificare se dall'esame dei resoconti dei lavori all'Assemblea costituente si possano cogliere alcune indicazioni riguardo alla posizione della Carta nei confronti di chi non si riconosce nei valori della democrazia e specie di chi contesta un principio fondativo della Repubblica, ovvero il ripudio del nazi-fascismo e del suo

ideale razzista.

In particolare, è stato utile analizzare i dibattiti parlamentari sul diritto di associazionismo politico, che hanno condotto alla redazione degli artt. 18 e 49 Cost. e della XII Disposizione finale, che vieta di riorganizzare, sotto qualsiasi forma, il disciolto partito fascista e i lavori preparatori che hanno portato all'adozione dell'art. 21 Cost., che proclama la libertà di manifestare il proprio pensiero.

Il primo dato che emerge è quello di una generale fede dei Costituenti nel metodo della democrazia quale strumento del confronto politico, che tende a includere nel libero confronto dialettico anche *'les ennemis de la liberté'*, di una fiducia nelle regole della democrazia aperta, tollerante, il che non significa evidentemente una democrazia nichilista, 'neutra', ma un ordinamento finalizzato ad affermare i suoi valori attraverso la dialettica politica e garantendo il dissenso anche più estremo⁴⁸.

A tale fede si accompagnava, tuttavia, una forte preoccupazione quando si considerava che la proclamazione delle libertà civili e politiche potesse condurre alla riammissione nella vita pubblica dei fascisti.

I dibattiti in Costituente risultano pertanto dominati dal tentativo di perseguire al contempo due obiettivi tra loro difficilmente conciliabili. Il primo, di breve periodo, era quello di escludere dalla vita pubblica le idee razziste e totalitarie, di condannare, anche simbolicamente «il regime nefasto che si caratterizzò nella sua attività criminosa con la persecuzione razziale»⁴⁹ e in generale di emarginare chi negasse le fondamenta di libertà e di democrazia sulle quali si andava costituendo la Repubblica. A fianco di tale preoccupazione emerge, tuttavia, un disegno complessivo di lungo periodo – «una volta finita l'emergenza» – che mirava a realizzare un sistema politico aperto e tollerante, all'interno della quale potessero competere

⁴⁸ Questa del resto è la prospettiva che anche Piero Calamandrei privilegiava, nella prefazione del 1946 al saggio di Francesco Ruffini sui diritti di libertà; cfr. P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà, prefazione* alla ristampa di F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze 1946, ora ripubblicato in Id., *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Montepulciano 2003, p. XLIX e segg., ove l'illustre giurista fiorentino osservava come la questione del riconoscimento dei diritti politici a chi può utilizzare le regole della democrazia per sopprimere «la libertà di opposizione delle minoranze, e quindi l'essenza stessa della democrazia» costituisse il *punctum pruriens* dell'ordinamento costituzionale. Tuttavia, Calamandrei concludeva che l'unico limite legittimo per i partiti è che essi dovessero rispettare «i mezzi propri del metodo democratico: e per il resto lasciare il posto alla storia».

⁴⁹ Così il socialista Ferdinando Targetti nella seduta dell'Assemblea costituente del 15 marzo 1947, in <www.nascitacostituzione.it/01principi/003/index.htm?art003-022.htm&2>.

tutti coloro che accettano il metodo della democrazia, ma non necessariamente i singoli contenuti.

Questa tensione emerge in modo intenso nella discussione sulla regolazione dei principi in materia di rapporti politici e sul divieto di ricostruzione del partito fascista che si svolse nella prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione il 19 novembre 1946 e, in particolare, nel confronto che coinvolse personalità quali Palmiro Togliatti, Lelio Basso e Giuseppe Dossetti⁵⁰. Ed è una tensione che, almeno a prima lettura, disvela un qualche elemento di contraddizione anche tra i Costituenti più raffinati.

Così, Togliatti, evidentemente preoccupato di una possibile esclusione *ex lege* dalla vita politica dei comunisti, si oppose con successo a una proposta presentata dagli on. Merlin e Mancini che prevedeva un controllo sull'organizzazione dei partiti e sul loro rispetto della dignità e della personalità umana, secondo i principi di libertà ed uguaglianza, quando sostenne che «un partito antidemocratico dovrebbe essere combattuto sul terreno della competizione politica democratica, convincendo gli aderenti al movimento della falsità delle loro idee, ma non si potrà negargli il diritto di esistere e di svilupparsi». Nella medesima discussione, tuttavia, l'allora segretario del P.C.I. propose «che si dica che è proibita, in qualsiasi forma, la riorganizzazione di un partito fascista, perché si deve escludere dalla democrazia chi ha manifestato di essere il suo nemico».

Ciò che, comunque, sembra evidenziarsi in generale è la tendenza di circoscrivere la portata del divieto di ricostituire il partito fascista, anche per evitare che «l'esclusione proposta dall'onorevole Togliatti, con la sua aggiunta, possa un giorno essere causa di altre esclusioni in senso opposto a quello che oggi si vuole intendere, e con fini che non hanno niente a che vedere con quella cesura e con quella totale condanna del fascismo che tutti i Commissari sono d'accordo nel voler accettare» (così l'intervento di Dossetti).

La norma che costituirà la XII disposizione finale della Carta sembra assumere già nel pensiero dei Costituenti più un «significato storico» (Dossetti), un valore di testimonianza del ripudio del passato che una funzione di argine al ripetersi di una evoluzione autoritaria. Così Lelio Basso sottolineava come sia

«necessario quindi che nella Costituzione ci sia finalmente un'af-

⁵⁰ Ass. cost., Commissione per la Costituzione, prima Sottocommissione, seduta del 19 novembre 1946, in <<http://www.nascitacostituzione.it/04finali/12/index.htm?disp12-004.htm&2>>.

fermazione concreta e precisa per cui si sappia che tutto ciò che è stato fascista è condannato. Bisogna fare in modo che il popolo abbia la sensazione precisa che la Repubblica segna una data nuova nella storia d'Italia»

e Dossetti condivideva tali affermazioni

«per quanto riguarda la cesura che si vuol porre tra il passato e il presente, anche motivata dal giusto rilievo che sino ad oggi, nello sviluppo della nostra situazione costituzionale e politica, ci si è troppo preoccupati di voler assicurare una continuità legale dello Stato».

Nel complesso, emerge la volontà dei padri fondatori di dare vita a una democrazia pluralista, nella quale la possibilità di diffusione di ogni ideologia costituisca un aspetto irrinunciabile del metodo democratico di cui all'art. 49 Cost.

La medesima difficoltà di conciliare l'aspirazione alla massima apertura del '*freemarket place of ideas*' e la spinta a reprimere la diffusione dell'ideologia del nazifascismo si evidenzia anche dalla lettura dei dibattiti che condurranno alla formulazione dell'attuale art. 21 della Costituzione.

Particolarmente significativa è la lettura dei resoconti delle sedute del 26 e del 27 settembre 1946 della prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, ove si discusse tra l'altro il tema del sequestro preventivo degli stampati.

Nella prima di tali sedute fu oggetto di discussione la questione se il sequestro potesse essere ammesso e dovesse essere circoscritto ai soli reati 'non politici'⁵¹, nel timore di arbitri specie nei confronti di coloro che il deputato liberale Roberto Lucifero d'Aprigliano definiva «scrittori d'avanguardia, non solo nel campo culturale, scrittori d'avanguardia che sono considerati ribelli rivoluzionari che invitano al disordine» e ai quali voleva evitare che la legislazione provvedesse a «turare la bocca». La soluzione accolta in questa sede e poi confermata dall'Assemblea – l'ammissibilità del sequestro con atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti (anche 'politici'), per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi – fu senza dubbio influenzata dal timore che potessero ritornare nel corpo sociale i germi del fascismo. Così, Lelio Basso affermava che la preoccupazione fondamentale dovesse essere la difesa della democrazia e

⁵¹ Ass. cost., Commissione per la Costituzione, prima Sottocommissione, seduta del 26 settembre 1946, in <<http://www.nascitacostituzione.it/02p1/01r1/021/index.htm?art021-002.htm&2>>.

della Repubblica e quindi, in presenza di giornali neofascisti, invocava una norma costituzionale che consentisse di non far uscire tali giornali. Subito dopo, tuttavia, riconosceva che, superato il momento eccezionale, questa norma potesse presentare aspetti di pericolosità. Analogamente Dossetti si dichiarava contrario a limitare il sequestro ai reati 'non politici', ma sottolineava il timore che si lasciasse aperta la porta ad una legge ispirata a criteri diversi da quelli che si vorrebbe fossero applicati in sede legislativa.

La stessa logica sembra emergere nella discussione del 27 settembre 1946⁵² in prima Sottocommissione, relativa alla ipotesi di attribuire agli ufficiali di polizia giudiziaria il potere, nei casi di urgenza, di sequestrare la stampa periodica, senza autorizzazione preventiva dell'autorità giudiziaria. Anche in questo caso, proprio l'esigenza di poter addivenire al sequestro «per i reati neo-fascisti, per esempio, data la delicata situazione politica» (così Aldo Moro) sembra aver avuto un peso nella scelta del Costituente di prevedere tale istituto nell'art. 21.

Anche nel dibattito in Assemblea, sono piuttosto isolate le voci di chi riteneva che la Costituzione di uno Stato democratico non dovesse contenere norme eccezionali che ne contraddicano lo spirito, anche se finalizzate a evitare la propaganda fascista⁵³.

⁵² Ass. cost., Commissione per la Costituzione, prima Sottocommissione, seduta del 27 settembre 1946, in <<http://www.nascitacostituzione.it/02p1/01r1/021/index.htm?art021-003.htm&2>>.

⁵³ Particolarmente significativo appare l'intervento del deputato socialista Carboni nella discussione generale del 6 marzo 1947: «So che in seno alla Prima Sottocommissione autorevolmente e sottilmente si è cercato di giustificare questo sequestro preventivo con l'intento di difendere la democrazia e la Repubblica dall'assalto della stampa neofascista. So questo, e condivido il pensiero che nell'attuale momento politico ci si debba attentamente e profondamente preoccupare del pericolo costituito da tendenze che rappresentano la negazione delle fondamenta di libertà e di democrazia sulle quali si va costituendo la Repubblica. Però mi permetto di osservare che la Costituzione non è una legge particolare, non è una legge di carattere eccezionale, di carattere temporaneo; non è una legge che possa essere ispirata alle necessità del momento: è una legge che dev'essere riguardata *sub specie aeternitatis*, e che, traendo ammaestramento dal passato, deve creare uno Stato democratico. E quando diciamo 'uno Stato democratico' diciamo uno Stato antifascista, nel senso che antifascismo significa libertà e democrazia. Quindi le considerazioni contingenti non devono tradursi in disposizioni contrarie ai principi essenziali di libertà e di democrazia che devono costituire lo spirito informatore della Costituzione. Si dice: "Dobbiamo difendere la libertà e la democrazia". Ma quale bene maggiore in un regime di libertà e di democrazia che la libertà di stampa, estrinsecazione necessaria di quella libertà di pensiero che è la caratteristica insopprimibile dell'uomo? di quella libertà di pensiero che in regime fascista era il conforto delle nostre coscienze? Se l'intimo pensiero di alcuno oggi si manifesta in forme patologiche o addirittura criminali, contro queste manifestazioni patologiche e criminali, contro qualsiasi attentato

Tale naturale preoccupazione per un ritorno del passato, che pure ha avuto un rilievo nella formulazione dell'art. 21, non ha tuttavia condotto il Costituente a tradurre i principi fondanti del nuovo ordinamento (pace, democrazia, libertà, uguaglianza) in limiti specifici alla libertà di pensiero, né ha portato a introdurre nel testo della Carta quel limite dell'ordine pubblico che, come ben sottolinea Michela Manetti, «sin dalle origini rappresentava una clausola capace di riempirsi dei valori dominanti, e che durante il fascismo era stata dilatata sino all'inverosimile»⁵⁴.

In altri termini, è stata rigettata anche nella formulazione dell'art. 21 ogni tentazione di richiedere ai cittadini una fedeltà alla Repubblica da intendere – con le parole di Carlo Esposito – come obbligo per i cittadini di «interna adesione alle concezioni fondamentali e ai dommi della nostra Repubblica»⁵⁵. È prevalso quell'ottimismo nelle virtù della dialettica delle idee che proprio Esposito indicava come ideale alla base della affermazione della libertà di espressione:

«Proclamando la libertà di manifestazione del pensiero, il Costituente conforme alle tradizioni, conforme alle idee care ai grandi teorici di questa libertà, ha espresso la propria fede nel diritto proclamato, ha ritenuto che fuori dei casi direttamente vietati, l'esercizio di questo diritto non costituisca un pericolo generale per la salvezza degli istituti, per la conservazione della pace sociale e per la vita della Repubblica, perché le affermazioni pericolose sarebbero state

al regime di libertà e di democrazia che noi intendiamo fondare su basi salde, e proprio perché vogliamo fondarlo su basi salde, la Repubblica deve reagire con la repressione punitiva, affidata all'autorità giudiziaria, e non con sistemi polizieschi, che si risolverebbero in una compressione della libertà e in una negazione della democrazia. Affidare al Governo, attraverso i suoi ufficiali di polizia giudiziaria, la potestà di sequestrare la stampa periodica, significherebbe dare al Governo il mezzo di sopprimere i propri contraddittori. Sarebbe dare al Governo il mezzo di sopprimere non soltanto gli attentati alla libertà ma anche quella collaborazione della pubblica opinione che è condizione essenziale, indispensabile, della civiltà moderna e di ogni Stato libero e democratico» (Ass. cost., discussione generale del 6 marzo 1947, in <http://www.nascitacostituzione.it/05appendici/04p1/01p1t1/01/index.htm?002.htm&2>).

⁵⁴ M. MANETTI, *I limiti oggettivi (segue): L'ordine pubblico nelle democrazie pluralistiche*, in A. PACE, M. MANETTI, *Commentario della Costituzione. Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna 2006, pp. 231-234.

⁵⁵ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, p. 51. Egli sottolineava come il prezzo dell'interpretazione del dovere di 'fedeltà alla Repubblica' quale fedeltà a una verità fosse quello di trasformare lo Stato stesso «in una chiesa, con i suoi dommi da garantire contro gli infedeli. Questa identificazione però già inesatta in sé, è specificamente condannata proprio dalla solenne proclamazione della libertà di manifestazione del pensiero» (*Ibid.*, p. 52).

contraddette da altre che ne avrebbero posto in luce la pericolosità eliminandola, e la propaganda delle idee sovversive sarebbe stata vinta da quella delle idee costruttive e la verità avrebbe illuminato sé stessa e l'errore»⁵⁶.

In questa prospettiva, dai lavori preparatori e dall'esito degli stessi sembra ragionevole sostenere che nel conflitto tra libertà e verità, debba di regola prevalere quello che Stefano Rodotà ha recentemente definito il «diritto di tutti i cittadini di mettere in discussione le verità istituite»⁵⁷.

In altri termini, mi pare di poter sostenere che nella visione più profonda e direi più nobile del Costituente vi sia la consapevolezza che la menzogna – e il nazifascismo è considerato la menzogna politica per eccellenza – si combatta con un sistema costituzionale dotato di adeguati pesi e contrappesi, con un Parlamento libero di discutere e con una stampa indipendente, non con la repressione del dissenso ideologico⁵⁸.

Sia consentito un discorso più generale. Il Costituente repubblicano, come del resto la gran parte dei costituenti della generazione di costituzioni sorte sulle ceneri e sugli orrori della seconda guerra mondiale, recupera buona parte delle radici moderne del costituzionalismo, cioè quelle riconducibili all'Illuminismo, soprattutto francese e kantiano. Riannoda un filo con il più avanzato pensiero secentesco⁵⁹ e settecentesco: un pensiero otti-

⁵⁶ ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., p. 53.

⁵⁷ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 214.

⁵⁸ Il riconoscimento del diritto fondamentale a negare il valore dei diritti fondamentali costituisce una grande espressione di forza dei sistemi democratici, perché, come ha ben notato Emanuela Fronza, «questo proverebbe il vero trionfo inclusivo dei diritti fondamentali. Se anche chi nega l'orrore della Shoah ricorre agli strumenti che sono nati per evitare che quell'orrore si ripeta, questo sarebbe il vero trionfo dei diritti fondamentali», FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 67, in nota.

⁵⁹ Il riferimento è *in primis* a John Milton e alla sua celeberrima orazione a difesa della tolleranza e libertà di espressione, specie nelle aule parlamentari, contenuta nell'*Areopagitica*. Merita in questa sede riportare almeno un brano dell'opera, ove emerge la modernità della concezione della ricerca della verità e insieme l'ottimismo sull'esito del libero dibattito intellettuale, privo di censure: «Prima di ogni altra libertà, datemi la libertà di conoscere, di esprimermi, e di discutere liberamente secondo coscienza. [...] E ora in special modo, per privilegio, è il momento di scrivere e dire ciò che può giovare all'ulteriore approfondimento degli argomenti in esame. [...] E anche se tutti i venti di dottrina fossero stati lasciati liberi di scorrazzare sulla terra, dal momento che la Verità è in campo noi le faremmo torto a dubitare della sua forza con censure e divieti. Lasciate che lei e la menzogna vengano alle prese: chi ha mai visto la Verità avere la peggio in uno scontro libero e aperto? La migliore e più ferma soppressione del falso ne è la confutazione». J. MILTON, *Areopagitica, A speech of Mr John Milton for the liberty of unlicenc'd printing to the Parliament of England, 1644* [trad. it. *Areopagitica. Discorso per la libertà*

mista, che crede nell'Uomo e nella sua capacità di perseguire un progresso morale e materiale attraverso l'utilizzo della ragione, e che per buona parte del XIX secolo e per tutta la prima parte del XX verrà pesantemente messo in crisi dai variegati filoni romantici e irrazionalisti, in particolare di matrice tedesca, intrisi invece di spiritualismo, tradizionalismo, pessimismo.

Il neo-illuminismo del Costituente italiano si riflette in particolare nelle disposizioni che riguardano la partecipazione dei cittadini alla vita pubblica e sociale (a titolo di esempio, gli articoli 17 e 18 Cost., in materia di libertà di riunione e di associazione, l'articolo 33 Cost., quando afferma la libertà della scienza nonché, si è già accennato, gli articoli 21 e 49).

Tale spinta si manifesta poi in modo particolarmente evidente nel rapporto tra concezione della democrazia e individuazione del ruolo del Parlamento. Quest'ultimo non è più, come accadeva nelle democrazie elitarie, una sorta di club ristretto in cui venivano sostanzialmente perseguiti interessi monoclasse, bensì il luogo in cui far emergere, attraverso il dibattito delle idee, la 'volontà generale' (o per lo meno maggioritaria) che alberga nella Nazione.

Ma perché ciò avvenga è necessario che il dibattito pubblico sia 'completamente' libero, sia fuori che dentro le aule parlamentari; possano, cioè, manifestarsi tutte le idee, anche quelle infondate o menzognere, ma in grado di suscitare salutaris anticorpi sociali ed ideali, dai quali possano poi prodursi ulteriori elaborazioni concettuali.

Perciò il diritto sanzionatorio si deve ritrarre, perché la società possa liberare le energie di cui dispone per contestare idee oggettivamente false con altre idee oggettivamente vere⁶⁰.

Questa visione ottimista, di fiducia nella capacità critica dei cittadini,

di stampa, Milano 1998, p. 32].

⁶⁰ In questa prospettiva si coglie l'obiezione di fondo che Andrea Pugiotto avanza in relazione alla sopravvivenza di reati di opinione nell'ordinamento italiano. «La prima ragione di perplessità nasce dal fatto che la nostra Costituzione traccia il profilo non di una democrazia 'protetta' ma 'aperta'. Intendiamoci. 'Aperta' non vuol dire ingenuamente irenica. La nostra democrazia costituzionale è intollerante nei confronti degli intolleranti: ma considera tali chi ricorre alla violenza materiale (e non coloro che esprimono pensieri violenti). Si spiega così – nella nostra Carta costituzionale – il riferimento al 'metodo democratico' dell'art. 49 sui partiti politici, il divieto di associazioni segrete o paramilitari dell'art. 18, come anche il 'divieto di ricostituzione del partito fascista' della XII disposizione transitoria finale. Sono tutte previsioni costituzionali che ci ricordano come il confronto politico, sociale, ideologico all'interno dello Stato democratico pluralista usano un solo strumento: il dialogo. I reati di opinione alterano questa geometria»; PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, cit., p. 11.

non è certo sempre prevalsa nel secondo dopoguerra e la tendenza, tipica della 'democrazia militante', a escludere dal dibattito pubblico chi si oppone ai valori costituzionali è parsa in alcuni periodi prevalente.

In particolare, la logica emergenziale si è manifestata con la legge *Scelba* del 1952 e in seguito con la legge n. 962 del 1967, che ha introdotto il delitto di apologia del genocidio e con le leggi n. 654 del 1975 e n. 205 del 1993. Tale stratificazione normativa ha fatto sì che, come ha recentemente osservato Corrado Caruso⁶¹, nel nostro ordinamento vi siano almeno quattro fattispecie che prevedono sanzioni nei confronti della propaganda razzista: l'apologia di fascismo realizzata tramite esaltazione di idee razziste prevista dalla legge *Scelba*, l'apologia di genocidio disciplinata nella l. n. 962/1967, la propaganda razzista e l'istigazione a commettere atti discriminatori di cui all'art. 3, l. n. 654/1975, come riformato dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85 e dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85. Dunque, il discorso razzista in Italia è bandito, almeno quando si traduce in propaganda all'odio, e ciò a difesa *in primis* del valore della dignità umana e dell'eguaglianza ex art. 3 Cost., oltre che degli obblighi pattizi assunti dall'Italia. Si tratta, tuttavia, di una disciplina di carattere eccezionale, generalmente poco applicata, che ha trovato una risposta culturalmente ostile da parte di larga parte della magistratura e dei giuristi italiani.

7. 'Spirito' della Costituzione e falsità del pensiero negazionista

Le considerazioni sulla concezione della democrazia adottata dai Costituenti non paiono prive di conseguenze anche in relazione all'interrogativo se il pensiero negazionista – falso, oltre che odioso – possa essere ricompreso sotto l'ombrello protettivo dell'art. 21 e dell'art. 33, 1° comma, Cost., che introduce una tutela rafforzata per la libertà di ricerca storico-scientifica.

L'obiezione più seria discende dal fatto che la negazione dello sterminio è una deliberata negazione della verità, è una falsificazione della realtà, una 'leggenda' che non può trovare alcuna conferma attraverso una rigorosa ricerca storica.

Come noto, molti e autorevoli studiosi della Costituzione hanno sostenuto che il diritto a manifestare il 'proprio' pensiero non ricomprende

⁶¹ CARUSO, *Dignità degli 'altri' e spazi di libertà degli 'intolleranti'. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, cit., p. 816, nota 38.

il 'subiettivamente falso' e che dunque la Carta, pur non imponendo un obbligo generale di verità, non offre protezione alle manifestazioni che non corrispondono alle interiori persuasioni⁶². In tale prospettiva, chi propala la patente menzogna della negazione della Shoah non potrebbe in alcun modo invocare la tutela costituzionale dell'art. 21 Cost.⁶³

Tale lettura, tuttavia, sembra disconoscere che, almeno in linea di principio, la garanzia dell'art. 21 Cost. copre sia la diffusione di opinioni, sia la pura narrazione di un fatto, vero o falso che sia⁶⁴, sia l'attività di 'mero pensiero', sia quella che intende tradursi in «incitamento all'azione»⁶⁵. Inoltre, proprio la fiducia del Costituente nelle virtù del libero confronto delle idee all'interno di una sfera pubblica neutrale appare in contraddizione con l'esclusione da essa di alcuni contenuti.

In tal senso, la falsità, anche conclamata, non pare in sé sufficiente a rendere costituzionalmente ammissibile la criminalizzazione del negazionismo come 'pensiero puro', senza che tale condotta sia accompagnata dalla giustificazione o dall'apologia dei crimini genocidiari o quanto meno dalla difesa degli autori o dall'identificazione con essi.

Infatti, come già osservava Paolo Caretti in relazione al d.l. n. 122 del 1993, convertito in legge con la l. n. 205 del 1993 (legge Mancino), nella parte in cui sanzionava anche la mera diffusione di idee razziste (indipendentemente dunque dall'esigenza di ricostruire un nesso tra istigazione

⁶² Cfr. per primo ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 36-37, il quale ritiene che il legislatore ordinario possa «vietare e punire in vantaggio della fede pubblica in generale, o di più individuati interessi di singoli o collettività, il subiettivamente falso, la menzogna (deformante, reticente, patente, latente), il dolo, l'inganno, il raggiro, la frode, ove sia raggiunta la prova della divergenza della espressione dall'interiore pensiero»; in senso analogo A. PACE, *Delimitazione della garanzia costituzionale: esclusione del 'subiettivamente' falso. Ancora sul fondamento e sui limiti del c.d. diritto di mentire come aspetto del diritto di difendersi in giudizio*, in PACE, MANETTI, *Commentario della Costituzione. Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., pp. 89-90.

⁶³ Così, ad esempio, Daniela Bifulco è incline a escludere la protezione costituzionale alla falsificazione dei fatti propria del discorso negazionista, osservando che «forse è eccessivo pretendere che uno stato costituzionale si basi su un dovere di verità. Ma, seguendo l'argomentazione del giudice delle leggi tedesco, non si può non pensare che esso muova, almeno, da un rifiuto della menzogna storica»; BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla 'menzogna di Auschwitz'*, cit., p. 102.

⁶⁴ PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, cit., p. 10.

⁶⁵ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, p. 229, il quale coerentemente non esclude il falso soggettivo dalla protezione dell'art. 21, ritenendo che «neppure la diffusione di notizie false può essere considerata illecita in sé e per sé».

ed azione successiva...), la penalizzazione del pensiero razzista non si tradurrebbe in una limitazione alla libertà di manifestazione del pensiero «quanto in una sua totale negazione, in nome di un principio, ossia la tutela delle minoranze razziali, etniche o religiose, ritenuto non mediabile con altri interessi diversi sia pure costituzionalmente tutelati»⁶⁶. Vi è di più: il legislatore, incriminando una condotta negazionista, finirebbe con l'imporre una 'verità assoluta', una ricostruzione ufficiale di fatti storici assistita dalla sanzione penale e sottratta al pubblico confronto delle idee. E una tale scelta si porrebbe in conflitto con il principio di neutralità della sfera pubblica e comporterebbe un passo rilevante nella direzione di una democrazia 'protetta', nella quale vi è una selezione delle idee ammesse nel 'libero mercato'.

La questione se il pensiero negazionista rientri nell'ambito della libertà di espressione non è meramente teorica, ma ha conseguenze importanti sulle restrizioni che il legislatore può porre e sul giudizio di bilanciamento che deve essere attuato in presenza di valori costituzionali in conflitto. Adottando una definizione ampia del concetto di 'libertà di manifestazione del pensiero', che includa quasi ogni sorta di possibile manifestazione di dottrine, opinioni o informazioni, prescindendo dalla materia, dagli scopi e dalla verità dei fatti affermati, l'ordinamento non rinuncia mai del tutto a controllare che il discorso negazionista leda effettivamente beni di rilievo costituzionale e che la restrizione sia, adottando lo schema della giurisprudenza di Strasburgo, adeguata, proporzionata e necessaria in una società democratica.

Inoltre – come evidenziato di recente – il discorso negazionista «manterrà la protezione data dalle 'riserve di giurisdizione' tipiche dei meccanismi di garanzia legati alla libertà di espressione, come il divieto del sequestro delle pubblicazioni o di una 'censura previa'»⁶⁷.

Se dunque la falsità non può costituire un criterio per negare *prima facie* la protezione costituzionale, ciò non significa che la verità non abbia alcuna valenza: se una affermazione danneggia un bene giuridico costitu-

⁶⁶ P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, cit., p. 121, il quale assai sensatamente ritiene che la criminalizzazione del discorso razzista potrebbe costituire una sorta di auto-assoluzione dell'ordinamento italiano, che non ha pienamente adempiuto all'obbligo, discendente dall'art. 3 Cost., di assicurare concretamente un'effettiva eguaglianza formale e sostanziale tra diversi e una tutela delle minoranze (pp. 126-130).

⁶⁷ Così, TERUEL LOZANO, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, cit., p. 7, nota 32.

zionalmente protetto (onore, reputazione, dignità, che si possono ledere anche denigrando minoranze etniche), la verità o falsità del narrato diviene l'elemento decisivo nel giudizio di bilanciamento e dunque l'asserzione di fatti menzogneri potrà ben essere sanzionata. Restiamo comunque all'interno del campo del bilanciamento tra *liberty* e *dignity*, non fuori da esso, come invece si è ritenuto nelle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e del giudice costituzionale tedesco, menzionate nelle pagine precedenti.

Più in linea con quello che ho creduto di poter individuare come lo 'spirito del Costituente' appare la soluzione adottata dal tribunale costituzionale spagnolo nella sentenza n. 235 del 2007, che distingue la mera negazione dalla giustificazione e così riduce drasticamente la possibilità per il legislatore di criminalizzare la negazione del genocidio in quanto tale e così codificare una verità ufficiale, di Stato, non contestabile perché sorretta dalla sanzione penale⁶⁸.

In questo quadro, mi pare di poter sostenere – in coerenza con il solco più 'nobile' e profondo tracciato dal Costituente – che il discorso negazionista possa ricondursi, anche in ragione della prospettiva individualista accolta dalla nostra Carta, nell'alveo dell'art. 21 della Costituzione, sia pure ai suoi confini estremi. Dunque, le restrizioni alla diffusione di tali dottrine, false e ripugnanti, possono provenire solo 'dall'esterno', in attuazione e a salvaguardia di altri principi della Costituzione, mentre sembra difficilmente giustificabile sul piano costituzionale la punizione della mera negazione anche della vicenda forse più barbara e atroce della storia umana.

Questo perché la nostra è una Costituzione che lascia aperta ogni via per la ricerca della verità e accetta il rischio della libertà. Così, per concludere una riflessione sull'opportunità di introdurre nel nostro ordinamento il reato di negazionismo, non trovo di meglio che trascrivere le parole pronunciate quasi sessant'anni fa da Carlo Esposito, alla fine della sua celebre prolusione al corso di diritto costituzionale dell'Università di Roma del 1957, per contrastare la tendenza a preferire «le catene perpetue delle leggi agli impedimenti transitori» per limitare le manifestazioni che, pur non istigando al delitto, tuttavia possano costituire un pericolo evidente e concreto per la pace sociale, l'ordine pubblico e costituzionale e per la difesa della patria. Per Esposito:

«[...] molti teorici della libertà di manifestazione del pensiero, nell'atto stesso di esaltarne il significato teorico e pratico, con

⁶⁸ Cfr. CASCIONE, *Negazionismo e libertà di espressione: rilievi comparatistici*, cit., p. 322.

una inconseguenza che nessun artificio logico può mascherare, mostrano di temere la libertà di manifestazione del pensiero. Corrispondentemente essi invocano l'uso della forza contro la forza, non contro la istigazione al delitto, ma contro la diffusione di dottrine sovversive o negatrici del valore della libertà di manifestazione del pensiero.

L'esegeta della nostra Costituzione deve però dichiarare da un lato che la eventualità dei casi straordinari e dei modi di farvi fronte è esplicitamente prevista e molto saggiamente disciplinata nel nostro testo costituzionale contro i pericoli di abuso, dall'altro che la proclamazione dell'art. 21 della nostra Costituzione, a differenza da altre proclamazioni di altre costituzioni contemporanee, è espressione di fiducia e di speranza; e che perciò in tale spirito va ricostruita e che non è lecito all'interprete timoroso (si tratti pure del legislatore ordinario) di sostituire a quella fede il proprio scetticismo, la propria sfiducia ed i propri dubbi»⁶⁹.

⁶⁹ ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 54-55.