



HAL
open science

Denialism : phenomenology and legal regulation

Valeria Fiorillo

► **To cite this version:**

Valeria Fiorillo. Denialism : phenomenology and legal regulation. Law. Université de Nanterre - Paris X; Università degli studi (Palerme, Italie), 2022. Italian. NNT : 2022PA100069 . tel-04041407

HAL Id: tel-04041407

<https://theses.hal.science/tel-04041407v1>

Submitted on 22 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Membre de l'université Paris Lumières
École doctorale 141 : Droit et science politique
Centre de Théorie et Analyse du Droit

Valeria Fiorillo

Négationnisme. Phénoménologie et réglementation juridique

Thèse présentée et soutenue publiquement le 26/09/2022

en vue de l'obtention du doctorat de **Droit public** de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de M. Alessandro Tesauo (Università di Palermo), de Mme Stéphanie
Hennette-Vauchez (codirecteur·trice) et de M. Giorgio Pino (Università di Roma Tre)

Jury * :

Rapporteur·e :	M.me Camille Broyelle	PR, Université Paris-Panthéon-Assas
Rapporteur·e :	M. Corrado Caruso	PR, Università di Bologna
Membre du jury :	M.me Stéphanie Hennette- Vauchez	PR, Université Paris Nanterre
Membre du jury :	M. Alessandro Tesauo	PR, Università di Palermo

* Vous pouvez rajouter ou enlever des lignes au tableau, ou modifier les fonctions (remplacer Membre du jury par Rapporteur·e par exemple).
N'oubliez pas de supprimer ces deux lignes de texte à la fin de votre rédaction.

Il negazionismo:
fenomenologia e profili normativi

Valeria Fiorillo

Indice

Introduzione	5
1 Evoluzione storica del negazionismo	12
1.1 Il significato di una negazione	12
1.2 Il diritto dopo la Shoah	16
1.3 Antisemitismo e negazionismo	20
1.4 Genesi del negazionismo	25
1.4.1 Premessa.....	25
1.4.2 Come nascono e si diffondono le idee di Rassinier.....	27
1.5 Lo sviluppo del negazionismo di sinistra in Francia	33
1.6 Il metodo Faurisson	36
1.7 Il negazionismo si internazionalizza	42
1.8 Lo schema del processo mediatico	45
1.9 Tipologie e tecniche argomentative utilizzate dai negazionisti	49
1.10 Distinguere il discorso sulla storia dal discorso falso	53
2 Giustificazioni e limiti della libertà di espressione: il negazionismo messo alla prova	58
2.1 Premessa	58
2.2 Distinzione del negazionismo dal discorso d'odio	60
2.2.1 Tentativi definitivi dello “hate speech”	61
2.2.2 Rapporti tra “hate speech” e negazionismo	67
2.3 Il criterio epistemico veritativo e il principio del “free marketplace of ideas”	
70	
2.3.1 Premessa.....	70
2.3.2 Il criterio epistemico veritativo di Mill	71
2.3.3 La teoria del libero mercato delle idee	72
2.3.4 Criticità della teoria che si fonda sul criterio epistemico della verità	76

2.3.5	Limiti alla libertà di espressione: il principio del danno.....	81
2.3.6	Ipotesi applicative.....	84
2.4	La libertà di espressione come tutela della democrazia.....	92
2.4.1	Critiche all'argomentazione fondata sulla democrazia.....	96
2.4.2	Limiti alla libertà di espressione: la democrazia militante e il paradosso della tolleranza 100	
2.5	Nessi concettuali tra principio di autonomia e libertà di espressione: la giustificazione fondata sull'autonomia individuale.....	104
2.5.1	Fondamenti teorici.....	104
2.5.2	Limiti alla libertà di espressione in base al principio di autonomia.....	112
3	<i>Ricognizione comparatistica del trattamento giuridico in ambito europeo in tema di negazionismo: è possibile ricostruire un orientamento uniforme?.....</i>	116
3.1	Introduzione.....	116
3.2	Italia.....	118
3.3	Francia e Belgio.....	124
3.4	Germania e Austria.....	135
3.5	Spagna.....	140
3.6	Giurisprudenza Cedu.....	147
3.6.1	Premessa.....	147
3.6.2	L'orientamento iniziale e l'effetto "ghigliottina". Un tentativo di non ingerenza.....	151
3.6.3	Il negazionismo come "hate speech". Un tentativo di "distinguishing".....	156
3.6.4	La Corte cambia orientamento e riconsidera l'applicazione dell'articolo 10 (2).....	163
3.7	Un tentativo di sistematizzazione.....	166
4	<i>Aspetti problematici della criminalizzazione del discorso negazionista.....</i>	170
4.1	Introduzione.....	170
4.2	La questione del bene giuridico protetto (memoria e dignità, da un lato, sicurezza e democrazia, dall'altro).....	171
4.2.1	Perché punire.....	174
4.2.2	Quando punire (criteri di incriminazione).....	183
4.3	Contrasto della fattispecie penale con i principi di offensività in materia di diritto penale.....	189

4.4	Rapporto tra verità storica e verità giuridica	192
4.4.1	Premessa.....	192
4.4.2	Il giudice e lo storico	196
4.4.3	Verità, memoria, giustizia. Dal processo penale alla giustizia di transizione.....	201
4.5	Questioni di politica del diritto ed efficacia della norma penale sotto il profilo preventivo 206	
4.5.1	Premessa.....	206
4.5.2	Efficacia preventiva.....	208
4.5.3	Diritto penale e sentimento.....	210
4.5.4	Quali misure adottare?	214
	Conclusioni	223
	Bibliografia	228

Introduzione

Il 19 settembre 2019, il Parlamento dell'Unione Europea ha adottato una risoluzione sull'“Importanza della memoria per il futuro dell'Europa”,¹ con il principale fine di ricordare il genocidio degli ebrei commesso dai nazisti e le altre gravi violazioni dei diritti umani compiute dai regimi totalitari nel '900. Nell'articolato della risoluzione, gli stati membri sono invitati a “condannare e contrastare tutte le forme di negazione dell'Olocausto, includendo la banalizzazione e minimizzazione dei crimini perpetrati dai nazisti e i loro collaboratori, e a prevenire la banalizzazione nel discorso politico e dei media”.

La risoluzione ha una forte pregnanza politica: l'Unione Europea intende preservare l'integrità di certi eventi storici affinché la memoria costruita su di essi possa guidare le generazioni future. L'approccio del Parlamento europeo è motivato dalla consapevolezza che l'uso politico della storia può avere ricadute drammatiche nel presente e che le distorsioni mistificatorie dello sterminio ebraico rappresentano un pericolo per la convivenza civile. Il negazionismo dell'Olocausto richiede quindi un'attenzione particolare nel progetto europeo di rinsaldare e preservare i valori della democrazia. Sullo sfondo di tale consapevolezza, l'interazione tra storia, politica e diritto emerge quale argomento sensibile e problematico, che sollecita l'attenzione dei giuristi e la riflessione dei filosofi.

La diffusione della parola ‘negazionismo’ è piuttosto recente. Invalsa nella storiografia alla fine degli anni Ottanta,² essa designa i discorsi sul passato che negano

¹ [2019/2819\(RSP\)](#)

² H. Rousso, *Le syndrome de Vichy* nel 1987.

l'esistenza della *Shoah*³, cioè la realtà storica del genocidio degli ebrei da parte dei nazisti durante la Seconda Guerra Mondiale.⁴

Secondo la storiografia, il negazionismo costituisce un fenomeno sociale e culturale che deve essere letto anche con gli strumenti analitici delle scienze sociali.⁵ Sotto il profilo fenomenologico il negazionismo è privo di un carattere uniforme, presentando matrici e obiettivi diversi. Perciò, la storiografia ha tentato di classificare le articolazioni del fenomeno in relazione a dati ideologici, retorici, geografici. Al di là delle differenze, si possono però individuare degli elementi comuni.⁶

In linea generale, coloro che intendono provare l'inesistenza della *Shoah* condividono la tendenza a rifiutare o, comunque, a mettere in dubbio tre fatti storici, che sono al contrario riconosciuti e accertati dalla comunità scientifica come realmente accaduti:⁷ la reale intenzione di Hitler e dei Nazisti di epurare l'Europa dagli ebrei; l'esistenza stessa delle camere a gas o il loro utilizzo come strumento sistematico di

³ Utilizzerò il termine *Shoah* e, al contempo, quello di Olocausto per indicare lo sterminio degli ebrei nei campi di concentramento durante la Seconda Guerra Mondiale, sebbene sia consapevole delle differenze etimologiche. Infatti, il secondo termine fa riferimento a un rito sacro degli ebrei, che consisteva nel bruciare le vittime sacrificali. Questa celebrazione veniva considerata, quindi, una forma di sacrificio a Dio, in cui la vittima da offrire veniva bruciata viva sull'altare. Come riportato, tra gli altri, da Giorgio Agamben in *Quel che resta di Auschwitz*, sotto il profilo semantico, il termine fu introdotto dai padri della Chiesa per tradurre la complessa dottrina sacrificale della Bibbia. Di qui poi questa parola subì una migrazione semantica ad indicare il "sacrificio supremo" per ragioni sacre o superiori. Ne deriva perciò che il suo utilizzo ad indicare lo sterminio degli ebrei implicitamente presuppone un'equiparazione, come sottolinea Agamben, tra forni crematori e altari sacrificali.

⁴ Più di recente, il termine negazionismo è stato utilizzato in un'accezione più larga (in sede legislativa e giurisprudenziale, oltre che scientifica) includendo nella definizione anche altri genocidi e altre violazioni sistematiche dei diritti umani riconosciute a livello internazionale, l'analisi verrà ristretta al negazionismo inteso nel suo senso classico.

⁵ C. Vercelli, *Il negazionismo: storia di una menzogna*, p. 69; G. Della Morte, *Le problematiche giuridiche emergenti nella punizione delle condotte di negazionismo*, p. 25; C. Del Bò, *Tollerare l'intollerabile. il negazionismo tra etica e diritto* p. 9 ss.

⁶ D. Lipstadt, *Denying the Holocaust, the Growing Assault on Truth and Memory*

⁷ Come ogni tentativo di schematizzazione e sistematizzazione, questa ricostruzione va adottata con le dovute cautele, nel senso che, come si vedrà, le tre tesi sono sia indipendenti l'una dall'altra e non accettate in blocco e unitariamente da tutti i negazionisti, sia soggette ad alterazioni e discostamenti interpretativi da parte del singolo negazionista o schieramento ideologico di riferimento o provenienza

sterminio;⁸ lo sterminio di sei milioni di ebrei come fine o risultato conclusivo delle politiche naziste.⁹

Necessariamente, quindi, l'indagine sul negazionismo richiederà un approccio interdisciplinare, che non potrà prescindere da elementi storici. Allo stesso tempo, sarà necessario utilizzare gli strumenti delle varie aree del diritto. Si tenterà, quindi, di mettere in campo un ragionamento che tenga in conto della prospettiva della filosofia del diritto, del diritto penale e del diritto internazionale. La filosofia del diritto ci ha aiutata nel comprendere le ragioni della criminalizzazione del negazionismo; il diritto penale ci ha permesso di spiegare come si articola in concreto la fattispecie penale, e il diritto internazionale ci ha fatto cogliere il dinamismo e le possibili evoluzioni di una fattispecie così costruita, sullo sfondo del dialogo tra le corti nazionali e sovranazionali. Questi differenti approcci sono funzionali alla valutazione finale circa la legittimità e l'efficacia, sul piano preventivo, di una norma così costruita. Obiettivo conclusivo, infatti, sarà quello di valutare se lo strumento penale risulta un metodo legittimo e efficace sotto il profilo della deterrenza, o se esistono rimedi extra-penalistici che permettono di rispettare il principio secondo cui lo strumento del diritto penale deve intervenire solo come *extrema ratio*.

Il discorso sul negazionismo e sulle sue forme di contrasto si dipanerà su cinque capitoli. Il primo capitolo ha una valenza descrittiva, poiché è teso a isolare le varie fasi e tappe di sviluppo del negazionismo, le matrici al suo interno, fino a concentrarsi sulle tecniche argomentative impiegate negli scritti dei negazionisti al fine di realizzare la loro principale finalità, ovvero la diffusione dell'antisemitismo. In particolare, verrà analizzata la fonte principale del negazionismo, e cioè la componente complottistica, storicamente e logicamente connessa alla finalità discriminatoria e di diffusione dell'odio contro la minoranza ebraica. Per quanto attiene alla fenomenologia, ovvero allo sviluppo e alla crescita del fenomeno, si provvederà ad individuare una prima fase risalente agli

⁸ Ciò ha varie implicazioni che verranno successivamente approfondite: negare le camere a gas vuol dire negare il carattere tecnologico e dunque unico dello sterminio, la sua sistematicità.

⁹ Qui alcuni negazionisti tentano di adottare un approccio riduzionista, affermando che non ci sono prove sul reale numero di vittime del regime nazista. L'entità del massacro secondo alcuni di loro oscillerebbe dalle poche migliaia fino addirittura alle poche centinaia di vittime. Più ampiamente, si veda Michael Bazylar, *Holocaust, Genocide, and the Law*; C. Vercelli, *Il negazionismo: storia di una menzogna*, p. 11

anni '80 che si rafforza con l'introduzione delle prime disposizioni che puniscono la *Shoah*. Con la previsione di queste norme i negazionisti tendono a ricorrere ai processi mediatici per ottenere visibilità e notorietà, nel tentativo di accreditarsi come interlocutori all'interno dell'accademia. La seconda fase, invece, coincide con l'avvento di *internet*, che permette una diffusione più capillare delle loro idee e, al contempo, di attribuire più facilmente un'aurea di scientificità ai loro scritti.

La seconda parte del primo capitolo sarà invece dedicata a identificare il confine sottile che separa il negazionismo dal revisionismo, inteso come corrente storiografica. In questo caso l'elemento di confusione proviene dai negazionisti stessi, che, volendo ottenere un riconoscimento accademico, tentano di indossare la maschera dei revisionisti. È importante ricordare che i revisionisti, a differenza dei negazionisti, propongono un'altra versione della storia nel rispetto delle regole previste dalla comunità accademica. Il revisionismo, quindi, costituisce una corrente storiografica nei cui confronti viene riconosciuta l'esigenza di mantenere un dialogo.

Il secondo capitolo sarà dedicato a isolare il fenomeno e sgombrare il campo da altre forme di discorso che precludono la concreta possibilità di riconoscerlo, allorché il giurista o l'interprete vi si trovi di fronte. In tal senso, occorrerà soffermarsi sul discorso d'odio, altra categoria di discorso-limite, poiché risulta molto dibattuto in giurisprudenza e nel dibattito dottrinale quando un discorso rientri in questa categoria o no. Alla base vi è il problema dell'inesistenza nel diritto interno o in diritto internazionale di una nozione univoca di discorso d'odio. Secondo la definizione di "hate speech" qui accolta, il negazionismo non è sempre discorso d'odio, ma va da questo tenuto distinto per finalità e forma. Sarebbe infatti un errore attinente alla comprensione stessa del fenomeno farlo rientrare nei discorsi d'odio. Il negazionismo può configurarsi ma non si manifesta sempre come discorso d'odio.

Lo stesso capitolo sarà inoltre dedicato ai principi di giustificazione ovvero alle finalità che giustificano il diritto alla libertà di espressione, e ci permetterà di valutare i casi in cui il negazionismo si trova al di fuori della sfera di protezione della libertà di espressione e dunque può essere legittimamente proibito in caso di conflitto con altri diritti; al contrario, se si trova all'interno della libertà di espressione, si osserverà in quali circostanze rientra nel nocciolo duro del diritto e quando si trova in posizioni marginali che non godono di forte protezione.

Il negazionismo, inteso come forma di discorso-limite, sarà sottoposto a test per valutare se e in base a quale principio di legittimazione della libertà di espressione risulti

coperto all'interno della libertà di espressione o al contrario si trovi al di fuori di tale diritto e quindi possa essere legittimamente ristretto.

Il terzo capitolo si pone come obiettivo di ricostruire la giurisprudenza in materia di negazionismo, facendo riferimento ai modelli di giudizio di bilanciamento posti in essere dalle corti costituzionali europee. In particolare, verrà evidenziata la problematicità rispetto all'individuazione del diritto che si trova sull'altro piatto della bilancia, in opposizione alla libertà di espressione. L'oscillazione tra dignità e ordine pubblico, o meglio la sovrapposizione dei due beni giuridici crea un'ambiguità che è si manifesta in tutta la sua complessità nelle decisioni giurisprudenziali. Alla luce di queste esperienze, sarà interessante poi evidenziare la linea ricostruttiva della Corte europea dei diritti umani (d'ora in avanti Cedu) che proporrà un proprio modello di bilanciamento al fine di valutare quando il negazionismo può essere legittimamente proibito. Il risultato che emerge da questo studio evidenzierà l'adozione di una linea che tende ad ammettere una criminalizzazione della negazione dei crimini contro l'umanità solo quando costituiscono incitamento all'odio razziale. Si tratta di un'impostazione, quella della Cedu, che attribuisce un regime speciale di protezione al negazionismo della *Shoah*, e per questa ragione, come si vedrà, è molto problematica. Si impone perciò una necessaria distinzione tra negazionismo semplice e negazionismo qualificato - si tratta di una differenziazione tra pura negazione di un crimine e negazione del crimine quando raggiunge la soglia dell'incitamento all'odio - tra criminalizzazione del negazionismo della *Shoah* e punizione della negazione di altri crimini internazionali.

Aperta, dunque, la crisi sull'individuazione del bene giuridico protetto, il quarto capitolo approfondirà le problematiche inerenti a tale tema. In particolare, data la struttura del reato nell'ordinamento italiano, si partirà da un'analisi del reato di propaganda razzista nel tentativo di individuare il bene protetto attraverso un *excursus* storico sull'identificazione del bene giuridico, prima individuato nell'ordine pubblico, poi, nella dignità. Questa tras migrazione verso un diritto "di nuova emersione" determina una serie di conseguenze che verranno approfondite. La mancanza di contenuti predeterminati del bene dignità comporta, da un lato, che tale valore venga utilizzata come *trump card* in grado *ex ante* di chiudere in proprio favore qualsiasi giudizio di bilanciamento, in quanto posto in cima alla gerarchia dei diritti, dall'altro lato, un'estrema vulnerabilità e incertezza quanto al contenuto di volta in volta incorporato (si tratta di un bene talmente vago e intangibile da poter essere stratonato da una parte o dall'altra del conflitto, al fine di prevalere sull'avversario). Il rovescio della medaglia di tale inconsistenza è che

utilizzare l'argomento della dignità può togliere forza o piuttosto credibilità alla tesi che si vuole sostenere. Ne consegue una grande imprevedibilità circa l'esito del giudizio di bilanciamento, oltre che l'emersione di dubbi circa il rispetto dei principi di legalità in materia penale, quale quello di determinatezza e offensività.

Altra problematica affrontata ha ad oggetto il rapporto tra verità storica e giuridica, in quanto in materia di negazionismo si verifica un corto circuito tra le due verità su due livelli: un primo livello riguarda l'inquadramento di fatti storici all'interno di una disposizione legislativa, il secondo livello di problematicità riguarda la qualificazione giuridica di fatti storici da parte di tribunali. Entrambi gli aspetti rappresentano una discutibile interferenza del diritto nella storia, sulla quale viene demandato al giudice di sentenziare. La conseguenza diretta è una forte limitazione del diritto alla ricerca scientifica.

Il tema conclusivo del capitolo quarto riguarda la valutazione circa l'effettività e la capacità preventiva della disposizione normativa che criminalizza il negazionismo, con un'analisi critica circa i costi che comporta per la libertà di espressione. Una volta dimostrata l'ineffettività della norma che punisce il negazionismo e la sua incapacità di prevenzione rispetto alla diffusione di idee negazioniste, che promuovono la discriminazione di un gruppo, verranno passati in rassegna altri strumenti di contrasto suddivisi in due gruppi: quelli all'interno del diritto e quelli che sono al di fuori del diritto.

La riflessione sulla risposta alla domanda in merito all'efficacia della norma che criminalizza il negazionismo prenderà le mosse dal mutamento di schema che il negazionismo ha subito nel corso degli anni. Se tra gli anni '90 e 2000 i negazionisti avevano tentato di diffondere le proprie idee soprattutto attraverso processi mediatici (solo secondariamente attraverso l'accademia e i partiti politici), e dunque paradossalmente beneficiavano della presenza di leggi che rendevano la manifestazione delle loro idee perseguibile penalmente, ora il loro principale strumento di comunicazione è *internet*, che permette una diffusione più capillare e più efficace, sia perché accessibile a tutti, sia perché l'uditorio è meno informato.¹⁰ Questo rende necessario rivalutare l'utilità della normativa in materia nella realtà contemporanea alla luce del mutamento di paradigma.¹¹ Complessi sono i problemi che ne derivano, quali ad esempio quelli relativi

¹⁰ E. Manera, *Internet tra revisionismo e negazionismo*, p. 409.

¹¹ Ivi, p. 405; D. Faser, *On the Internet, Nobody Knows You're a Nazi*; M. Weitzman, *The Internet is our Sword*.

alla giurisdizione o al rischio di censura privata. Questa seconda problematica dipende dal fatto che, in mancanza di norme statali che regolino il potere di controllo dei *social network*, sono proprio questi ultimi a adottare *policy* e linee guida interne che limitano in modo discrezionale la libertà di informazione e di espressione dei singoli.

1 Evoluzione storica del negazionismo

1.1 Il significato di una negazione. – 1.2. Il diritto dopo la *Shoah*. - 1.3. Antisemitismo e negazionismo. - 1.4. Genesi e sviluppo del negazionismo. – 1.4.1. Premessa. – 1.4.2. Come nascono e si diffondono le tesi di Rassinier - 1.5 Lo sviluppo del negazionismo di sinistra in Francia. – 1.6. Il metodo Faurisson. – 1.7. Il negazionismo si internazionalizza. – 1.8. Lo schema del processo mediatico. – 1.9. Tipologie e tecniche argomentative utilizzate dai negazionisti. – 1.10. Distinguere il discorso sulla storia dal discorso falso.

1.1 Il significato di una negazione

Gli studiosi del fenomeno del negazionismo della *Shoah* hanno rilevato che, nella maggior parte dei casi, la negazione di tali fatti storici è funzionale alla realizzazione di un progetto globale:¹² la diffusione di un'ideologia antisemita volta a promuovere il pregiudizio e l'odio contro gli ebrei.¹³ Sembrerebbe, quindi, che il negazionismo sia in massima parte espressione di quell'antisemitismo che ha attraversato i secoli, trovando le manifestazioni più diverse: l'antigiudaismo, inteso come opposizione nei confronti degli ebrei sostenuta da un'ideologia religiosa,¹⁴ in particolare quella della Chiesa cattolica¹⁵, che li ha considerati a lungo coloro che si sono macchiati del peccato più terribile, ovvero l'uccisione di Gesù sulla croce;¹⁶ l'odio dell'estrema sinistra anti-fascista e marxista, che

¹² V. Pisanty, *L'Irritante questione delle camere a gas*.

¹³ D. Lipstadt, *Denying the Holocaust, the Growing Assault on Truth and Memory*, p. 8.

¹⁴ P. Stefani, *L'antigiudaismo. Storia di un'idea*, p. 11.

¹⁵ Per antigiudaismo si intende l'avversione nei confronti degli Ebrei fondata su motivi religiosi, mentre per antisemitismo si intende un'avversione fondata su ragioni etniche.

¹⁶ N. Cohn, *Licenza per un genocidio*. Questa credenza ha pesantemente influenzato la comunità cattolica e ha dominato la storia della Chiesa fino ai giorni nostri. Si pensi al fatto che la condanna netta della Chiesa nei confronti dello sterminio degli ebrei solo nel 2000 sotto il pontificato di Giovanni Paolo II vi fu una netta e chiara condanna della *Shoah*.

ha interpretato la *Shoah* come invenzione per distogliere l'attenzione dal tema prioritario della lotta di classe e dell'oppressione subita dalla classe operaia;¹⁷ quello dell'estrema destra neo-nazista, che ha tentato, anche attraverso il negazionismo, una riabilitazione del nazismo per la riaffermazione e la rivalorizzazione di quell'ideologia fondata sulla primazia della razza ariana;¹⁸ l'antisionismo di destra e di sinistra, che ha considerato illegittima l'indipendenza nazionale del popolo ebraico con la costituzione dello Stato d'Israele. La negazione e la falsificazione dei fatti, correlate alla formulazione di narrazioni, adducendo ipotesi alternative inconsistenti, sono state perciò utilizzate dalle varie ideologie sottostanti, come strumento per rafforzare quel sentimento discriminatorio nei confronti della minoranza ebraica.

Sebbene il fondamento dell'opposizione nei confronti degli ebrei sia piuttosto diverso a seconda dell'orientamento ideologico, in realtà accade spesso che le argomentazioni di una corrente confluiscono in quella dell'altra di modo che non è sempre possibile distinguerne una particolare metodologia e una propria genesi.

Le radici dell'antisemitismo che accomunano le varie matrici del negazionismo sono profonde, trovando il loro *humus* in un contesto economico e sociale molto intricato: come ha scritto Theodor Adorno,¹⁹ ogni tentativo di spiegazione difficilmente potrà essere soddisfacente. Gli storici hanno osservato che è il substrato comune a tutti questi elementi, e cioè l'antisemitismo, inteso come avversione nei confronti dell'ebraismo, ad alimentare il discorso negazionista.²⁰ Per capire le conseguenze e l'impatto potenziale che questo può avere sulla società, occorre partire dall'evento storico oggetto di contestazione: la *Shoah*. In primo luogo, ritengo che, per provare a rispondere alle tante domande che il negazionismo pone, occorra comprendere quell'evento e cosa è accaduto prima e dopo.

Gli storici definiscono come *Shoah* lo sterminio di massa che Hitler e il suo apparato perpetrarono nei confronti degli ebrei nei campi di concentramento e di

¹⁷ A. Finkelkraut, *L'avenir d'une négation: Réflexion sur la question du génocide*.

¹⁸ G. Bensoussan, *Négationnisme et antisionnisme: récurrences et convergences des discours du rejet*, p. 166.

¹⁹ A. Rabinbach, *In the Shadow of Catastrophe. German Intellectuals between Apocalypse and Enlightenment*, p. 187.

²⁰ M. Bernard-Donals, *Forgetful Memory Representation and Remembrance in the Wake of the Holocaust*, p. 103; P. Vidal-Naquet, *Gli assassini della memoria*; S. Atkins, *Holocaust Denial as an International Movement*.

sterminio, nel tentativo di epurare l'Europa da questa minoranza.²¹ Tuttavia, tale fatto non può essere considerato isolatamente, ma come il risultato di un'ideologia promossa durante gli anni precedenti alla Seconda Guerra mondiale: in altre parole, la decisione di porre fine alla questione ebraica (chiamata "soluzione finale" dai gerarchi nazisti per nascondere i loro reali intenti) deve essere intesa come il risultato estremo di una generalizzata politica di mistificazione della realtà, di discriminazione e di un pregiudizio contro gli ebrei (che coinvolgeva anche l'informazione e l'istruzione), basato sull'asserzione della superiorità della cosiddetta "razza ariana" sulle altre. L'esaltazione e la diffusione di questa ideologia avvenivano non solo a livello politico, attraverso la diffusa tendenza da parte degli apparati di governo a pronunciare discorsi di incitamento all'odio, ma anche sotto il profilo giuridico, attraverso la promulgazione di leggi volte a limitare progressivamente le libertà fondamentali degli ebrei.²² Queste politiche erano funzionali a realizzare un graduale isolamento ed una progressiva esclusione degli ebrei dalla vita sociale.²³

Il successivo genocidio ebraico si rese possibile solo grazie alle camere a gas. Anche se la struttura che sorreggeva il sistema concentrazionario, la catena di comando e l'organizzazione burocratica hanno rivestito un ruolo centrale, i numeri e l'entità

²¹ Tale fatto, come si vedrà meglio in seguito, è stato accertato secondo il metodo scientifico, il quale porta a considerare come verificate solo quelle ipotesi storiche su cui convergono diversi elementi di prova e fino a quando non ne emergano di nuovi confliggenti con quelli precedentemente raccolti.

²² Tra le più invasive, ricordiamo la Legge sulla cittadinanza tedesca (1935), l'Ordinanza per l'esclusione degli ebrei dall'economia tedesca (1938), il Decreto di polizia relativo all'identificazione degli ebrei (1941), il Decreto per il razionamento alimentare per gli ebrei (1942).

²³ Sulla condizione degli ebrei nei campi si sono sviluppate numerose riflessioni: Hannah Arendt, ha tentato di spiegare la condizione dell'ebreo nei Lager, come colui che viene spogliato di ogni diritto in conseguenza della propria appartenenza ad una comunità, dunque in ragione al proprio *status*, non in ragione delle azioni commesse. La dicotomia tra vita nei campi e vita al di fuori è stata ripresa anche da altri filosofi che ne hanno offerto una loro teorizzazione, proprio a partire dal pensiero di Arendt. In questo senso, Giorgio Agamben, *Quel che resta di Auschwitz*. Qui il filosofo, sulla base delle esperienze vissute nella realtà concentrazionaria da testimoni, quale Jeremy Antelme e Primo Levi, individua la distinzione tra *zoé* e *biòs*. Con il primo termine egli si riferisce alla mera esistenza fisica e biologica, quella, appunto, che gli ebrei si limitano a condurre nei lager; con il secondo termine, si riferisce agli uomini che preservano la dignità e il pieno godimento dei loro diritti.

dell'eccidio sarebbero stati diversi senza il meccanismo delle camere a gas e dei forni crematori.²⁴ Dunque, le camere a gas vanno interpretate come simbolo del genocidio.

Lo sterminio degli ebrei si è imposto nella storia dell'uomo come un *unicum* per diverse ragioni: per l'entità del massacro, per le modalità, per l'elevato livello di tecnicismo con cui si è materialmente realizzato; tutti questi aspetti sono spiegati in modo illuminante da Zygmunt Bauman in *Modernità e Olocausto*. Questa opera, che risale al 1989, ha l'eccezionale pregio di farci comprendere come il genocidio abbia scardinato le categorie classiche di riferimento delle scienze sociali. Nel tentativo di inquadrare sul piano sociologico l'evento Olocausto, egli rinviene gli elementi costitutivi della modernità, rappresentando una sorta di *trait d'union* tra l'elemento di una passata tradizione, l'antisemitismo, e quello dell'epoca della tecnica e del sistema di fabbrica, che risiede nel carattere metodico (potremmo dire "in serie") del genocidio. Le camere a gas assurgono, quindi, a paradigma dell'unicità, della deriva che nell'era moderna ha conosciuto la scienza.

È per questo che gli stessi nazisti, secondo alcune ricostruzioni,²⁵ si sarebbero preoccupati di cancellare e rendere invisibile per quanto possibile le tracce materiali dei campi: l'Olocausto e la sua ideazione conterrebbero, perciò, già in sé i semi di una futura negazione, come ha sagacemente espresso il filosofo francese Alain Finkielkraut.²⁶ Infatti, le stesse modalità di realizzazione dell'atto genocidario, voluto dai nazisti, erano state disegnate in modo tale che le prove delle camere a gas e della architettura generale della soluzione finale restassero oscure ai posteri,²⁷ affinché ciò pregiudicasse la ricostruzione e l'accertamento della responsabilità dei nazisti e, infine, la ricostruzione e l'integrità di una memoria collettiva.²⁸ Sotto il profilo linguistico, poi, è rilevabile l'utilizzo di termini in codice per indicare le decisioni, le misure e gli atti da adottare

²⁴ Z. Bauman, *Modernity and the Holocaust*.

²⁵ H. Arendt, *La banalità del male*.

²⁶ A. Finkielkraut, *L'avenir d'une négation: Réflexion sur la question du génocide*.

²⁷ Di questa intenzione è rivelatore il fatto che non vi è alcun documento scritto, che contiene l'ordine di Hitler di sterminare gli ebrei. Si Veda W. Laquer, *Il terribile segreto: la congiura del silenzio sulla "soluzione finale"*.

²⁸ G. Bensoussan, *L'eredità di Auschwitz: come ricordare?*, p. 24.

contro gli ebrei. In altre parole, l'occultamento dei fatti era parte del disegno criminale elaborato dai responsabili.²⁹

Al tentativo materiale di occultare la realtà concentrazionaria, si va ad aggiungere un ulteriore fattore che non fa riferimento al mondo empirico, ma al mondo interiore e cioè all'incapacità per l'uomo di comprendere eventi così tremendi e drammatici. Per questo la realtà concentrazionaria è stata definita "beyond belief". Un esempio fra tutti: Primo Levi manifestò ne *I sommersi e i salvati* il timore che il pubblico non credesse alla propria testimonianza. A tale percezione della Shoah si lega la definizione di Auschwitz come "l'altro mondo": una realtà considerata così inconcepibile e assurda da doversi ritenere inesistente, secondo una equivalenza tra inconcepibilità, incredibilità, impossibilità.³⁰ La Shoah, nella sua specificità e unicità,³¹ venne perciò considerata una sorta di spartiacque tra passato e futuro.

1.2 Il diritto dopo la Shoah

In questo quadro si resero evidenti le responsabilità degli stati per i tragici eventi della Seconda Guerra Mondiale e l'assenza di un controllo sovranazionale che tutelasse gli individui dagli abusi statali: un nuovo ordine internazionale fu, così, creato al fine di garantire la non ripetizione dell'evento e la creazione di una memoria collettiva, fondata sull'accertamento dei fatti a livello storico, ma soprattutto giuridico.

Da una parte, fu creato un sistema di protezione dei diritti umani: la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e la Convenzione Europea dei Diritti Umani furono figlie della necessità che la comunità internazionale avvertì di tutelare i singoli dagli abusi statali. Esse rappresentarono, perciò, il "mai più", le pietre miliari del sistema di

²⁹ Su tal punto occorre fare una precisazione. Quando si fa riferimento alla lingua come strumento di occultamento della realtà si parla del linguaggio burocratico, non di quello pubblico, che invece era manifestamente aggressivo e intimidatorio. M. Shermer, A. Grobman, *Denying History*, p. 223.

³⁰ Lo stesso Primo Levi aveva dichiarato che il genocidio spinge all'incredulità, alla rimozione, al rifiuto.

³¹ A. Foa, *Genocidi a confronto: una riflessione sull'unicità della Shoah*.

protezione dei diritti fondamentali³² dell'individuo, erette al fine di restaurare e preservare la dignità del genere umano, umiliata, degradata e de-umanizzata nei lager nazisti.³³ I diritti umani rappresenterebbero «prioritariamente una risposta alla memoria del male, che esseri umani possono fare ad altri esseri umani»: «sono ragioni prudenziali dettate dalla paura del male, piuttosto che dalla speranza del bene»³⁴

Dall'altra parte, nuovi crimini furono introdotti per permettere l'accertamento delle responsabilità di coloro che si erano macchiati delle atrocità commesse durante la Seconda guerra mondiale sotto il regime di Hitler. A tal fine l'accordo di Londra, siglato dalle forze Alleate nel 1945, istituì il Tribunale Militare Internazionale di Norimberga³⁵, prevedendo la categoria dei crimini contro l'umanità.³⁶ Sebbene in quest'occasione l'applicazione del crimine di genocidio non trovò spazio, la condanna del genocidio fu oggetto di un apposito strumento internazionale: la Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948. All'articolo 2, il trattato stabilisce che “per genocidio si intende ciascuno degli atti seguenti, commessi con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, come tale: a) uccisione di membri del gruppo; b) lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo; c) il fatto di sottoporre deliberatamente il gruppo a condizioni di vita intese a provocare la sua distruzione fisica, totale o parziale; d) misure miranti a impedire nascite all'interno del gruppo; e) trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo ad un altro”.

³² Accogliamo in questa sede in via stipulativa la definizione proposta da Giorgio Pino, *Diritti e Interpretazione*: “i diritti fondamentali sono, dunque, diritti soggettivi riconosciuti da norme aventi carattere fondamentale”. Nella sua analisi, Pino aderisce alla struttura dei diritti soggettivi elaborata dal giurista Wesley Newcomb Hohfeld, in base al quale i diritti riconosciuti come fondamentali da una costituzione rigida corrispondono a delle immunità nei confronti del legislatore. Ma non solo: i diritti fondamentali richiedono anche un intervento positivo dello Stato, cioè che lo Stato garantisca una protezione di quei diritti. Si veda più ampiamente sul tema anche L. Ferrajoli, *Diritti Fondamentali*, p. 19.

³³ A. Cassese, *I Diritti Umani nel Mondo Contemporaneo*.

³⁴ S. Veca, *La priorità del male e l'offerta filosofica*.

³⁵ Occorre, quindi, sottolineare, al di là delle questioni relative alla sua legittimità, l'importanza del processo di Norimberga, perché ha permesso non solo di perseguire i responsabili, ma anche di fissare in via definitiva una verità giuridica dei fatti, attraverso l'uso di prove documentali e testimonianze, la cui raccolta è stata centrale anche sotto il profilo della verità storica.

³⁶ D. Bloxham, *Genocide on Trial – War Crimes Trials and the Formation of a Holocaust History and Memory*, p. 63 ss.

Il termine genocidio, che era stato coniato nel 1944 dal giurista ebreo Raphael Lemkin per indicare lo sterminio degli armeni commesso durante l'impero ottomano, trovò finalmente una sua propria collocazione, codificazione e definizione giuridica. A rafforzare l'intensità del vincolo giuridico rispetto al divieto di genocidio fu la Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja che dichiarò che tale proibizione aveva il carattere di *ius cogens*.³⁷

In parallelo al lavoro delle corti, si instaurò un dibattito tra le fila degli storici: il metodo scientifico da questi utilizzato permette di accettare una teoria solo quando le evidenze probatorie convergono verso l'ipotesi di partenza come avviene per quanto riguarda la verità processuale; ma, a differenza della verità giudiziaria, anche una consolidata verità storica potrebbe essere oggetto di revisione e reinterpretazione, qualora risultasse falsificata dalla scoperta di nuove prove.³⁸ Gli studiosi del nazismo, sebbene con inevitabili divergenze interpretative, affermarono, anche sulla base dei numerosi elementi probatori raccolti nel corso dei processi per l'accertamento dei crimini di massa, che tutte le prove convergevano verso la qualificazione dello sterminio degli ebrei - compiuto principalmente attraverso il sistema delle camere a gas - come fatto storico accertato.³⁹

A livello nazionale, si decise che le costituzioni approvate nel dopoguerra in Europa dovevano incorporare quei valori fondamentali calpestati durante la guerra, rendendoli innegoziable, incompressibili e inviolabili,⁴⁰ assumendo il pluralismo come meta-valore da preservare.⁴¹ La finalità di proteggere beni ritenuti assoluti legittimò la creazione di un sistema complesso di garanzie, limiti e vincoli, che non solo assicurava libertà negative, ma si impegnava a garantire quei diritti che implicano un'azione positiva da parte dello stato. Una struttura giuridica di tale complessità ammetteva, nonostante la sussistenza di una gerarchia assiologica, la possibilità di restrizioni o regolamentazioni di beni protetti, anche in caso di conflitto tra diritti fondamentali.

³⁷ *Advisory Opinion of the International Court of Justice on Reservations to the Genocide Convention* [1951] ICJ Reps 3, 33-34.

³⁸ E. Fronza, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, p. 13.

³⁹ R. Hilberg, *The Destruction of the European Jews*; S. Friedlander, *Memory, History, and the Extermination of the Jews of Europe*.

⁴⁰ Per una completa analisi di tali qualificazioni giuridiche si veda G. Pino, *Diritti e Interpretazione*, pp. 108-114.

⁴¹ *Ibid*, p. 128.

Proprio in questo spazio, che ammette limitazioni di un diritto fondamentale alla luce di un altro diritto fondamentale, vanno inquadrare le norme che limitano la libertà di espressione introdotte successivamente, intorno agli anni '90. Con l'aumentare della distanza temporale dalla *Shoah*, molti dei paesi che avevano avuto esperienza diretta di tale tragedia hanno deciso, anche a causa del dispiegarsi del dibattito pubblico sopra i tragici eventi del '900, di restringere la libertà di parola attraverso l'uso del diritto, vietando la messa in discussione di quei fatti storici, ritenuti accertati. Questa scelta fu giustificata con la necessità di proteggere proprio quei valori ritenuti supremi: la dignità umana e la memoria delle vittime del programma di sterminio e altri valori democratici, quali quello della sicurezza o dell'ordine pubblico. Perciò, in molti ordinamenti europei fu ammessa non solo la repressione di azioni che violavano tali valori, ma anche di parole che diffondevano, incitavano, promuovevano o giustificavano l'odio basato sull'intolleranza.⁴² Fu così che, in certe circostanze, i discorsi che negavano i fatti più tragici del '900 si ritennero in via progressiva legittimamente punibili. Restrizioni alla libertà di espressione furono ammesse, ad esempio, nel caso di banalizzazione, marginalizzazione, giustificazione e negazione dell'Olocausto. Tali legislazioni si fondano sul presupposto che la diffusione di idee negazioniste abbia come obiettivo la promozione di un'ideologia antisemita o razzista in grado di minacciare quei valori incorporati nell'ordinamento democratico.

La scelta statale di limitare la libertà di espressione in merito a certe questioni storiche attraverso lo strumento del diritto ha diverse conseguenze. Poiché ammetterla significa restringere altre libertà fondamentali, è necessario operare una stretta valutazione del rapporto costi-benefici. Con questo si intende dire che il costo per i diritti sacrificati non deve essere superiore ai vantaggi ottenuti in termini di effettiva e reale prevenzione del fenomeno e della diffusione di idee antidemocratiche o discriminatorie. In particolar modo, per quanto riguarda i reati di opinione come quello di negazionismo, ad essere sacrificata è la libertà di espressione, che si trova, secondo una consolidata giurisprudenza, in rapporto di reciprocità con lo *standard* democratico di un ordinamento.⁴³

⁴² Per una giurisprudenza dei tribunali internazionali in materia si veda: *Gunduz c. Turchia*, (35071/97) § 40; *Belkacem c. Belgio* (34367/14); *Faurisson c. Francia* (comm. n. 550/1993); *Garaudy c. Francia* (65831/01); *Nahimana e al. Appeal Judgment*, (ICTR-99-52-A) § 692.

⁴³ A. Pugiotto, *Le parole sono pietre*, p. 7.

1.3 Antisemitismo e negazionismo

Il fenomeno del negazionismo è difficile da definire e circoscrivere. Anche sul piano della ricostruzione storica si confrontano molteplici letture. Ciò è la conseguenza della flessibilità, duttilità e polivalenza di questo atteggiamento culturale. Ci si può chiedere se, a fronte delle molteplici matrici del negazionismo, sia corretto o no identificarlo come una corrente ideologica. Per tentare di rispondere occorre partire dalle radici su cui si fonda: l'antisemitismo.

Considerare l'antisemitismo come parte fondamentale del negazionismo ci offre la possibilità di indagarne le radici più profonde, e di spiegare di cosa si nutre, quali sono i sentimenti che cerca di alimentare, qual è il contesto e il *target* di riferimento. Se il termine antisemitismo fu introdotto nel XIX secolo ad indicare un sentimento di astio verso gli ebrei, tale moto di avversione nei confronti di questa minoranza era già presente nei secoli precedenti. Questo aveva animato il Cristianesimo sin dalle sue origini: gli ebrei erano, infatti, considerati colpevoli dell'“antico delitto commesso contro Cristo”.⁴⁴ Tale credenza si rafforzò a tal punto da attribuire agli stessi un carattere demoniaco.⁴⁵ Fu così che la caratterizzazione negativa degli ebrei rivestì un ruolo tale da rendere possibile lo sviluppo di una vera e propria tradizione anti giudaica, da cui discenderà, poi, la nascita del mito della cospirazione mondiale ebraica.

L'antigiudaismo venne integrato all'interno della tradizione cattolica. A dimostrarlo è, ad esempio, il ricorso all'espressione “perfidia giudaica” utilizzata da Innocenzo III per condannare le attività di prestito svolte dagli ebrei. L'antigiudaismo cattolico ebbe un peso notevole nell'attivare quel processo di progressiva esclusione subita dagli ebrei e nell'alimentare un atteggiamento discriminatorio nei loro confronti.

L'avversione cattolica agevolò, inoltre, la stigmatizzazione degli ebrei come usurai, in grado di influenzare le sorti del mondo, esercitando potere sull'economia e la finanza. Tali stereotipi subiranno poi una vera e propria traslazione dal campo religioso a quello sociale, culturale, economico e politico. Il *topos* dell'ebreo usuraio, proprio della polemica teologica tradizionale, verrà addirittura considerato da Hannah Arendt la fonte

⁴⁴ Eusebio di Cesarea, *Historia ecclesiastica*.

⁴⁵ N. Chon, *Licenza per un genocidio*, p. 22.

di tutte le argomentazioni antisemite.⁴⁶ Dall'ambito ecclesiastico il sentimento si "laicizzò", diffondendosi nella società e determinando l'isolamento fisico e spaziale della comunità ebraica, con la creazione dei ghetti.

Come ha ricostruito Stefano Levi Della Torre,⁴⁷ l'antigiudaismo della Chiesa si laicizzò, e l'antisemitismo si cristallizzò in una vera e propria tradizione antiebraica, che con il suo andamento carsico si manifestò sotto forme diverse nel corso dei secoli. Secondo questa interpretazione, l'antiebraismo deve essere inteso come un fattore antropologico-culturale dell'Europa,⁴⁸ che ha radici molto più profonde e complesse, da riportare ad epoche decisamente anteriori rispetto all'avvento dei totalitarismi. Questo carattere verrà poi incorporato sia nell'ideologia di destra che di sinistra al fine di alimentare una propaganda di odio, volta a rafforzare l'immagine degli ebrei come nemici.

Alcuni storici, come Michele Battini, hanno evidenziato che traguardi come quello per l'universalismo dei diritti umani, raggiunto nel 1789 con la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, stravolgendo lo *status quo*, scardinando il vecchio ordine sociale e creando nuove polarizzazioni, hanno acuito l'astio nei confronti degli ebrei. In primo luogo, sotto il profilo economico, il capitalismo e lo sviluppo del sistema creditizio su cui si basa, vennero associati alla tradizione ebraica, causando, quindi, di riflesso, un sodalizio tra anticapitalismo e antisemitismo. Sotto il profilo giuridico, l'avvento dello stato di diritto e della democrazia portò, tra l'altro, all'acquisizione dei diritti civili da parte degli ebrei. Questo esasperò l'avversione nei loro confronti, venendo identificati come l'unica categoria che aveva tratto effettivamente beneficio da questo nuovo sistema.

Secondo la ricostruzione di Hannah Arendt, gli eventi del 1789 furono in grado di stabilire, quindi, un forte legame tra emancipazione giuridica degli ebrei e libero mercato.⁴⁹ In altre parole, i cambiamenti economici e l'universalismo dei diritti civili accentuarono l'astio nei confronti di questo popolo, utilizzato come "capro espiatorio" di quelle che furono considerate a quei tempi le derive della nuova società.

⁴⁶ H. Arendt, *The Jewish Writings*, p. 108.

⁴⁷ S. Levi Della Torre, *Mosaico. Attualità e inattualità degli ebrei*, p. 92.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ M. Battini, *Il socialismo degli imbecilli*, p. XVIII.

In questo contesto socioculturale, il complottismo poteva supportare l'antisemitismo e offrire spiegazioni pseudo-razionali che attribuivano la responsabilità di determinati fatti agli ebrei. Fu a fine dell'Ottocento, che si verificò quella che Zeffiro Ciuffoletti ha definito come la “prova generale” dell'uso politico della teoria del complotto.⁵⁰ L'affaire Dreyfus, dal nome del comandante francese di origini ebraiche Alfred Dreyfus, ebbe una tale risonanza mediatica da divenire un caso paradigmatico di come l'utilizzo del meccanismo del complotto possa costituire un mezzo efficace per la propaganda di idee antiebraiche. Dreyfus fu infatti vittima di un errore giudiziario che generò un enorme conflitto politico e sociale. Egli fu ingiustamente accusato e condannato per tradimento e spionaggio in favore della Germania, divenendo simbolo del complotto ebraico contro la nazione francese. Tuttavia, le accuse, soprattutto grazie alla libertà di stampa, si rivelarono infondate, perché supportate da prove falsificate. Fu, infatti, dimostrato che le prove prodotte in giudizio erano state appositamente create dai servizi segreti per alimentare il razzismo e l'antisemitismo che aleggiavano sopra l'Europa.

La cospirazione architettata in Francia fece emergere in tutta la sua drammaticità l'asprezza dei conflitti ideologici e religiosi, la tensione nei riguardi della questione ebraica, e dimostrò come l'antisemitismo non fosse legato a un solo movimento politico-ideologico, ma attraversasse in modo trasversale l'intera società.

Inoltre, la retorica del complotto si rivelò uno strumento particolarmente efficace per la diffusione di idee antisemite, che, come il negazionismo e la produzione di testi falsi, aveva alla base la negazione del principio di realtà e la manipolazione dei fatti.

La nascita del movimento sionista alla fine del XIX secolo rappresentò la reazione politica ebraica all'acuirsi dell'antisemitismo, provocato dall'Affaire Dreyfus. Il sionismo, teorizzato da Theodor Herzl e proclamato al congresso di Basilea del 1897, promuoveva il principio di autodeterminazione del popolo ebraico rivendicando, come riscatto agli anni di persecuzione e discriminazione subita, che venisse legittimata a livello internazionale l'istituzione di uno stato nazionale indipendente sul territorio palestinese. La Dichiarazione di Balfour del 1917 rappresentò un passo in avanti in tal

⁵⁰ Z. Ciuffoletti, *Retorica di un complotto*, p. 21

senso, essendosi il Regno Unito impegnatosi ufficialmente a facilitare la creazione in Palestina di una sede nazionale per il popolo ebraico.⁵¹

La teoria del complotto nei confronti degli ebrei raggiunse la sua acme nel '900. La strategia propagandistica contro gli ebrei si era servita della produzione di falsi documenti storici, ai fini della negazione, falsificazione e manipolazione della realtà storica. In tal senso è esemplare il libro intitolato *I Protocolli dei Savi di Sion*. Se la storia è ricca di documenti apocrifi (si pensi, ad esempio, alla donazione di Costantino), questo scritto, attribuibile in realtà alla polizia russa, ha carattere eminentemente antisemita e può essere considerata la prima opera della moderna letteratura complottista.⁵²

Questa collezione di falsi ebbe una storia non lineare e fu strumentalizzata da tutti gli schieramenti politici e le ideologie religiose che vollero supportare e sostenere la propaganda antiebraica. Tale opera di falsificazione restò inosservata nei primi anni della sua circolazione. Ci volle del tempo prima che ottenesse una visibilità tale da contribuire al rafforzamento della teoria del complotto. Solo con la rivoluzione bolscevica in Russia qualcosa cambiò. Fu in quest'occasione, infatti, che si cercò di promuovere l'idea che tale evento storico fosse il risultato del complotto ebraico.⁵³ La rivoluzione venne così interpretata in modo manipolativo, come espressione del mito della cospirazione giudeo-comunista.⁵⁴ E alcuni strati della popolazione, rovinati dalla guerra, tentavano di spiegare le proprie sventure ricorrendo a questo falso e credendo quindi a un nesso tra la cospirazione e la rivoluzione.⁵⁵ Fu così che *I Protocolli* acquisirono notorietà anche al di fuori, specialmente in Germania.

Come accennato, questo schema, che permetteva la messa in atto di meccanismi di colpevolizzazione⁵⁶ ed era volto a spiegare le proprie disgrazie con la tecnica del capro espiatorio, fu reiterato in varie occasioni. Una prima volta, dopo la sconfitta della

⁵¹ Sempre Hannah Arendt criticò il movimento sionista perché a parer suo assecondava la concezione degli ebrei quali estranei, da espellere dall'Europa; al contrario, il terreno su cui bisognava combattere non era quello della creazione di una nuova entità statale estranea e esterna, quanto piuttosto quello politico della lotta per l'integrazione all'interno del continente europeo.

⁵² S. Boym, *Conspiracy Theories and Literary Ethics: Umberto Eco, Danilo Kis and The Protocols of Zion*.

⁵³ Ivi, p. 121.

⁵⁴ Ivi, p. 123.

⁵⁵ Ivi, p. 134.

⁵⁶ Z. Ciuffoletti, *Retorica di un complotto*, p. 11.

Germania, quando I Protocolli furono utilizzati nei discorsi pubblici (da Hitler, in particolar modo, per ottenere appoggio politico)⁵⁷ per giustificare e legittimare l'ideologia razzista.⁵⁸ Infatti, nonostante la loro falsità I Protocolli di Sion riuscirono a produrre effetti storici reali, costituendo la base documentale ideale per supportare la teoria della cospirazione, che accompagnerà alcune delle ideologie totalitarie del '900.⁵⁹ I Protocolli verranno, in particolare, utilizzati come strumento esplicativo-teoretico dell'antisemitismo, capaci di influenzare le masse, offrendo loro una spiegazione irrazionale della realtà⁶⁰

Come si vedrà, I Protocolli verranno impiegati anche dal negazionismo nel tentativo di negare la verità storica, giuridica e morale del genocidio avvenuto nelle camere a gas. La manipolazione della memoria e la negazione di quella verità non sarà altro che un nuovo meccanismo di falsificazione.⁶¹

Se è vero, come ha scritto il Ludwig Wittgenstein, che le parole costruiscono il mondo, nello studio dell'antisemitismo, in tutte le sue forme e manifestazioni, dobbiamo sempre considerare il ruolo della lingua. Alcuni studiosi, infatti, nel notare la traslazione di lemmi propri della tradizione anti giudaica a contesti laici, hanno dimostrato che il potere performativo del linguaggio, creatore e rinnovatore di stigmi e stereotipi, è abilmente esercitato dall'antisemitismo. Più avanti prenderemo in considerazione, sulla scorta degli studi di Valentina Pisanty, l'uso che i negazionisti fanno della parola e del discorso.

⁵⁷ Norman Cohn riflette sul fatto che alcuni studiosi, tra cui Hannah Arendt e Leon Poliakov, hanno notato che il nazismo ha finito per seguire, più o meno consciamente, il modello dei Protocolli, tentando di trasformare in realtà le loro fantasie morbide. Si veda N. Cohn, *Licenza per un genocidio*, p. 192.

⁵⁸ L'antisemitismo diventò, poi, il fondamento principale dell'ideologia nazista.

⁵⁹ Z. Ciuffoletti, *Retorica di un complotto*, p. 82.

⁶⁰ Ivi, p. 81.

⁶¹ M. Battini, *Il socialismo degli imbecilli*, p. 20

1.4 Genesi del negazionismo

1.4.1 Premessa

Da quanto analizzato finora si evince che nei secoli l'antisemitismo si è consolidato grazie a una narrazione retorica fondata sull'assunto che fossero gli stessi ebrei ad essersi resi responsabili dell'odio e della violenza rivolta contro di loro.⁶² Un odio motivato, che troverebbe le sue radici addirittura nell'Antico Testamento e nella vicenda delle piaghe d'Egitto. Secondo un'interpretazione orientata dall'antisemitismo, i responsabili dell'epidemia sarebbero stati gli stessi ebrei.⁶³

Una preliminare analisi dell'antisemitismo si è resa necessaria in ragione del fatto che è difficile separare il movimento negazionista da sentimenti antisemiti. A questa consapevolezza va aggiunto che l'antisemitismo non è connotato a un preciso orientamento politico-ideologico, ma è comune a ideologie e schieramenti politici diversi. Il negazionismo, inteso come forma di antisemitismo, non può essere letto a prescindere da ciò e anzi va analizzato, letto e interpretato alla luce del *background* politico, sociale e storico fin qui riportato.

Come l'antisemitismo anche il negazionismo non può essere considerato un prodotto esclusivo della destra. Associare il negazionismo in modo esclusivo ad un singolo movimento politico sarebbe un errore, perché precluderebbe l'analisi, e dunque la comprensione, delle specificità proprie del movimento ideologico o politico cui il negazionismo nel corso degli anni si è di volta in volta associato.⁶⁴

Sicuramente un approccio storico, volto quindi ad uno studio dello sviluppo del movimento, che tenga però conto del contesto culturale, sociale e politico su cui si inserisce, sembra essere il miglior metodo epistemico. Si renderà utile, inoltre, sciogliere le strategie argomentative dei negazionisti, nel tentativo di rivelare il loro meccanismo di mistificazione.

⁶² E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 3.

⁶³ Da qui discende il pregiudizio che gli ebrei siano da considerarsi portatori di epidemie.

⁶⁴ Non tutta la dottrina è unanime nel rintracciare queste specificità. Non sempre gli studiosi hanno condiviso la suddivisione del negazionismo a seconda dell'orientamento politico cui si associa.

Altro punto essenziale è tenere ferma la distinzione del fenomeno in esame dal revisionismo, rispetto al quale sussiste comunque una certa connessione e continuità logica. Questo aspetto è alquanto insidioso perché al fine di ottenere credibilità i negazionisti vogliono essere considerati e qualificati come revisionisti, e quindi argomentano in modo tale da non poter essere facilmente riconoscibili, utilizzando tecniche retoriche che gli permettono di nascondere il contenuto reale delle loro tesi.

La culla di elezione del negazionismo è la Francia. Nonostante ancora non fosse stata coniata l'espressione "*Shoah*" e dovessero ancora essere accertate le tecniche e le strategie utilizzate dai nazisti per la "soluzione finale", intorno al 1950 in Francia (ma anche in Germania) cominciarono a risuonare le prime voci che, nel tentativo di ridurre la responsabilità della Germania, mettevano in discussione l'effettiva realizzazione dello sterminio degli ebrei verificato un genocidio.⁶⁵

La peculiarità è che queste voci si alzarono da schieramenti ideologici opposti (neonazismo e comunismo), fondendo insieme e facendo convergere istanze opposte, sotto il comune sentimento di odio verso gli ebrei e con l'obiettivo comune di ristabilire la verità su quanto accaduto nei campi di concentramento e sull'effettiva realizzazione dello sterminio degli ebrei.

In altre parole, il negazionismo dell'immediato dopoguerra convergeva su una duplice negazione: quella della volontà del Terzo Reich di sterminare gli ebrei, e quello dell'effettiva realizzazione dello sterminio in modo sistematico, di massa,⁶⁶ dotato del carattere industriale e burocratico.⁶⁷ Va, inoltre, sottolineato che è in questo momento che viene rielaborata e aggiornata la retorica del complotto. Essa è volta ad offrire una nuova spiegazione della guerra: la Seconda Guerra Mondiale come evento provocato dagli ebrei, che, incolpando l'occidente del genocidio e ottenendo, così, la posizione di vittime, possono quindi legittimamente rivendicare la richiesta di fondare lo Stato di Israele.⁶⁸

Ovviamente l'obiettivo di tale manipolazione è quello di operare una divaricazione e una separazione concettuale tra nazismo e genocidio, escludendo quindi il rapporto di interdipendenza tra ideologia nazista e *Shoah*, così da poterne ottenere una riqualficazione e una sorta di accettabilità. In questa prospettiva, il negazionismo deve

⁶⁵ V. Pisanty, *L'irritante questione delle camere a gas*, p. 6.

⁶⁶ V. Igounet, *Les premières voix françaises du négationnisme (1945-1953)*.

⁶⁷ Z. Bauman, *Modernity and the Holocaust*, p. 19.

⁶⁸ V. Igounet, *Les premières voix françaises du négationnisme (1945-1953)* p. 57.

considerarsi come arma ideologica dell'estrema destra.⁶⁹ Dunque, in questo contesto l'elemento antisemita è legato in modo quasi inscindibile all'antisionismo. La presunta illegittimità dello stato di Israele alimenta l'odio verso gli ebrei e al contempo offre la dimostrazione dell'esistenza di un complotto: Israele, come espressione del dominio degli ebrei, giustificherebbe l'odio nei loro confronti.

1.4.2 Come nascono e si diffondono le idee di Rassinier

Il principale antesignano del movimento negazionista, Paul Rassinier, va con le dovute accortezze inserito in questo contesto. Egli fu, infatti, di grande ispirazione per il movimento negazionista e contribuì a creare un dibattito pubblico in Francia. Questo personaggio ha attirato particolare attenzione da parte degli storici per la sua biografia. Da comunista e membro della Resistenza divenne antisemita, nazionalista e esponente della destra pro-nazista, nonostante egli continuasse a autodefinirsi socialista e pacifista.

Nell'interpretare questo suo oscillare tra opposte e radicali posizioni ideologiche sicuramente ci sono due fattori che devono essere considerati. Il primo è rappresentato dal contesto culturale e dal *background* sociale che fanno da sfondo al tentativo di ridimensionare lo sterminio di massa. In tal senso, può tornarci utile quanto spiegato da Alain Finkielkraut: l'autore nel suo libro *L'avenir d'une négation* spiega che già nel 1949 negli scritti della rivista di estrema sinistra *Socialisme ou barbarie*, appartenente all'area di estrema sinistra, avveniva il tentativo di umanizzare la figura di Hitler, rendendolo un rappresentante come gli altri della disumanità del capitale.⁷⁰ Si manifesta sotto nuove forme, rinsaldandosi, quel legame tra anticapitalismo e antiebraismo, in una rilettura in chiave materialista dell'hitlerismo.⁷¹ In altre parole, l'ideologia marxista e la teoria rivoluzionaria sono utilizzati anche per spiegare il nazismo, con l'effetto di normalizzare i campi nazisti e l'antisemitismo hitleriano. Il risultato è che anche negazionisti come Pierre Guillaume negarono l'Olocausto proprio perché erano di sinistra, dovendosi quindi interpretare il loro negazionismo come espressione del loro spirito rivoluzionario.

⁶⁹ Ivi, p. 64.

⁷⁰ A. Finkielkraut, *L'avenir d'une négation*, p. 45.

⁷¹ Ibid.

C'è un secondo aspetto che può certo spiegare meglio il repentino e radicale cambiamento nelle posizioni Rassinier: le sue vicende biografiche ebbero certamente un'influenza ragguardevole nel cambio di percorso. La vita di Rassinier è segnata, infatti, dalla guerra: dopo la partecipazione alla Resistenza, egli subì gli eventi tragici della deportazione e della tortura nel campo di concentramento di Buchenau, e, poi, di Dora. Rassinier decide, perciò, negli anni immediatamente successivi alla guerra, di far conoscere la propria esperienza di deportato.

Il fatto che egli voglia rendere pubblica la propria versione dei fatti nel mondo concentrazionario lo fa rientrare a pieno titolo nella categoria dei testimoni. E infatti, secondo l'interpretazione di Florent Brayard, la produzione stessa di Rassinier può essere collocata in quel genere letterario che raccoglie le narrazioni dei sopravvissuti all'esperienza dei campi di concentramento.⁷² Si tratta di una categoria letteraria elaborata da Annette Wieviorka in *Deportazione e genocidio*. Il fatto che Rassinier abbia vissuto la deportazione nei campi di concentramento – e, dunque, la sua stessa qualità di testimone - rende necessario separare la sua personalità e la sua interpretazione dalla realtà storica, che il testimone è chiamato a ricostruire. Se, da una parte, l'elemento esperienziale rende Rassinier potenzialmente attendibile in quanto testimone diretto, dall'altra, si deve considerare che in tali circostanze la memoria tende a modificare il ricordo di eventi traumatici e a rimuoverlo del tutto.⁷³

E infatti molti autori ritengono che la sua stessa versione manipolata dei fatti e le sue ricostruzioni vadano interpretate sotto il profilo psicologico come conseguenza diretta del senso di colpa per essere sopravvissuto ai campi di concentramento, che si estrinseca nell'apologia del sistema che l'ha sottoposto alla tortura.⁷⁴ Per sostenere o negare questa affermazione non si può prescindere dall'oggetto esatto del suo discorso e dalle modalità comunicative ed espressive utilizzate nella narrazione ed esposizione dei fatti di cui ha avuto esperienza diretta. Il cuore delle sue argomentazioni risiede, da un lato, nell'unicità dei campi di concentramento, dall'altro, nella destinazione d'uso delle camere a gas.

⁷² F. Brayard, *Comment l'idée vint à M. Rassinier*, p. 43.

⁷³ A tal proposito è utile ricordare quanto riportato da Primo Levi in un'intervista, in cui dichiara che man mano che i fatti si fanno più lontani nel tempo, il principale strumento attraverso il quale può ricordare sono i suoi stessi scritti, che diventano una forma di memoria artificiale.

⁷⁴ A. Finkelkraut, *L'avenir d'une négation*, p. 120.

Tenendo distinti questi due punti, si possono provare a tracciare le linee direttrici del suo discorso.

Il primo libro, *Passage de la Ligne*, fu pubblicato nel 1947, quindi negli anni immediatamente successivi alla Seconda Guerra Mondiale (e dopo alcune sconfitte e delusioni riportate a seguito della sua candidatura alle elezioni politiche): Rassinier dichiara che il suo intento è offrire una rappresentazione dei campi più aderente a quella che secondo lui è la realtà e denunciare, così, gli errori presenti nelle altre testimonianze.⁷⁵ E' per tale ragione che, poi, questo e altri suoi scritti verranno ripubblicati nel 1979 dalla *Vieille Taupe* in un'unica raccolta, intitolata "La Menzogna di Ulisse"⁷⁶. Nel tentativo di disvelare le menzogne altrui, egli racconta la sua esperienza da deportato, trattenuto in cattività all'interno dei campi nazisti. Lo stile della sua scrittura è asciutto e secco, privo di quell'aspetto emotivo che invece caratterizza la letteratura propria dei sopravvissuti. Egli intende inserire la propria testimonianza all'interno della letteratura concentrazionaria, offrendo, però, una realtà alternativa e opposta rispetto a quella proposta dalla narrativa dominante.⁷⁷ La sua produzione ruota interamente attorno alla nozione di menzogna, rivolta come accusa nei confronti degli altri sopravvissuti, di cui vuole demolire la credibilità.⁷⁸

Con la finalità di dimostrare l'assenza del carattere speciale e originale dei campi nazisti,⁷⁹ egli utilizza la tecnica della comparazione per affermare che, per quanto crudeli, i campi di concentramento rispondevano alla logica dello sfruttamento e della schiavitù⁸⁰ e dunque non differivano dai campi sovietici o da quelli francesi.⁸¹ Al contrario, però, la storia ci ha dimostrato che invece i primi si distinguevano profondamente da quelli precedenti sia per la "tecnica" (il livello burocratizzazione dell'intero impianto), sia per le intenzioni (i campi sovietici non erano stati costruiti per mettere in pratica un

⁷⁵ F. Brayard, *Comment l'idée vint à M. Rassinier*, p. 35.

⁷⁶ La figura di Ulisse narrata nell'Odissea è utilizzata, a mio parere, per associare la figura del deportato a quella dell'Ulisse campione di bugie e inganni.

⁷⁷ E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 5.

⁷⁸ F. Brayard, *Comment l'idée vint à M. Rassinier*, p. 43.

⁷⁹ A. Finkielkraut, *L'avenir d'une négation*, p. 120.

⁸⁰ E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 6.

⁸¹ Al contempo, Finkielkraut ritiene che i campi siano stati interpretati da Rassinier anche come luoghi eccezionali dove cose tragiche sono avvenute in conseguenza dei tradimenti commessi dai Kapos nei confronti delle SS.

genocidio). Insomma, in sintesi, egli cerca di interpretare i campi di concentramento come una normale conseguenza della guerra: la Seconda guerra mondiale non avrebbe nulla di unico rispetto agli altri contesti di guerra.⁸² L'argomento dell'equivalenza morale tra i vari regimi totalitari verrà poi incorporato, come vedremo, nella metodologia negazionista.⁸³

Se ci fermassimo qui, potremmo considerare dubbia la qualifica di Rassinier come negazionista, perché il tentativo di relativizzazione è un carattere che il negazionismo condivide con la corrente del revisionismo storico. Tuttavia, la sua posizione si fa in seguito più estrema: egli dichiarerà di non avere alcuna conoscenza circa l'esistenza di campi di sterminio, in particolare Auschwitz, il simbolo della *Shoah*.⁸⁴

Un'altra questione dirimente affinché sia ritenuta corretta la qualifica di negazionista va riferita al tema delle camere a gas. Egli in un primo momento non si spinge fino a negarle⁸⁵ e afferma che, sì, sono esistite, ma nega l'entità del massacro (secondo le sue stime ne morirono "solo" mezzo milione)⁸⁶. Successivamente, ne *Le Menzogne di Ulisse*, Rassinier tenta, invece, con un ragionamento più sottile e ambiguo di mettere in discussione che le camere a gas fossero destinate all'omicidio sistematico degli ebrei. Portato alle estreme conseguenze questo ragionamento, negare quella destinazione d'uso delle camere a gas significa negare l'effettiva realizzazione del genocidio stesso. Egli tenta di sostenere tale posizione, insinuando che la loro destinazione d'uso fosse diversa da quella dello sterminio di massa degli ebrei: il fatto che le camere a gas si trovassero vicino alle docce e alle strutture sanitarie, e non vicino ai forni crematori, lascerebbe intendere che avessero una funzione igienica (è da sottolineare che nei suoi racconti egli evita accuratamente di riferirsi agli ebrei come vittime).⁸⁷ Ammettendo pure che ci siano stati degli omicidi, questi sarebbero da attribuire ai detenuti comunisti, che avrebbero corrotto i Kapo, cioè quei prigionieri dei campi nazisti cui era affidato il comando sugli altri detenuti.

⁸² A. Finkielkraut, *L'Avenir d'une négation*, p. 122.

⁸³ M. Shermer, A. Grobman, *Denying History*, p. 103; R. Wistrich, *Holocaust Denial*, p. 11.

⁸⁴ P. Vidal-Naquet, *Assassins of Memory: Essays on the Denial of the Holocaust*, p. 13.

⁸⁵ F. Brayard, *Comment l'idée vint à M. Rassinier*, p. 98.

⁸⁶ Si veda M. Shermer, A. Grobman, *Denying History*, p. 41.

⁸⁷ E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 8.

Rassinier tratterà la discussione sul tema, utilizzando la nota espressione “l’irritante questione delle camere a gas” (contenuta nella seconda edizione di *Passage de la ligne*) e negherà, sempre con sempre più forza, che uno sterminio di massa si sia effettivamente verificato, spostando il focus su Israele, che piano piano divenne centrale nei suoi scritti. In particolare, egli utilizza quello che poi verrà definito come il metodo del doppio *standard* tipico dei negazionisti: e cioè applicherà in certi casi l’approccio storiografico affermando l’inesistenza di un fatto in mancanza di prove assolutamente certe, altrove invece, tenterà di dimostrare che queste sono imprecise, incomplete e infine false per negare un fatto contrastante con la propria tesi.

Egli si concentra, in particolar modo, sull’attendibilità delle testimonianze⁸⁸: le dichiarazioni rese dai testimoni sarebbero il frutto, appunto, de *Le Menzogne di Ulisse*, caratteristica comune a tutti gli uomini e quindi, di conseguenza, anche ai deportati. Depotenziare il valore delle prove è funzionale a rafforzare l’ipotesi del complotto, ovvero della guerra come strumento utilizzato dagli ebrei per affermarsi politicamente sul piano internazionale. Negando che sia stato indiscutibilmente provato un rapporto di causalità tra esistenza delle camere a gas e sterminio, Rassinier, ancora una volta, vuole sollevare il dubbio che vi sia un disegno sottostante e che, quindi, i documenti apportati, siano stati oggetto di una manipolazione.⁸⁹

Questa strumentalizzazione della prova in chiave complottistica avrà molto successo in futuro. Lo schema messo in pratica è il seguente: porre l’attenzione su un dettaglio della fonte di prova in esame e metterlo in contrasto con un altro, così togliendo l’efficacia all’intera prova. Egli elabora, poi, un altro pilastro del negazionismo, che consiste nel fondare le sue spiegazioni alternative sulle cosiddette “dicerie”.⁹⁰

Secondo Elhanan Yakira, è l’ideologia pacifista, non solo il suo antisemitismo (come interpreta invece Nadine Fresco),⁹¹ che porta Rassinier alla negazione dell’Olocausto e all’odio verso Israele.⁹² La biografia di Rassinier spiegherebbe, secondo

⁸⁸ In particolare, egli si concentra sulle testimonianze raccolte da Hilberg in *La distruzione degli ebrei d’Europa*.

⁸⁹ F. Brayard, *Comment l’idée vint à M. Rassinier*, pp. 101-105.

⁹⁰ C. Vercelli, *Il negazionismo: storia di una menzogna*, p. 55.

⁹¹ E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 10

⁹² Ivi, p. 15.

Yakira,⁹³ come l'ideologia possa diventare follia. Le sue affermazioni trovarono un certo riscontro all'estero, ed ebbero un discreto successo, specialmente in America, dove le sue idee furono diffuse da Harry Elmer Barnes.⁹⁴

Un altro negazionista della prima ora è Maurice Bardèche. Egli comincia a pubblicare testi negazionisti già nel 1948, con il libro *Nuremberg ou la terre promise* e poi sulla sua rivista, fondata nel 1952 *Défense de l'Occident*. C'è tuttavia un primo elemento da mettere in evidenza. Il contesto ideologico e politico di riferimento di Bardèche è diametralmente opposto a quello di Rassinier. Se quest'ultimo incuriosiva per la sua apparente incoerenza rispetto all'orientamento politico di appartenenza, Bardèche, professore all'Università di Lione nel 1942, è dichiaratamente un esponente dell'estrema destra cattolica, razzista e antisemita, sin dal periodo che precede la guerra.⁹⁵ Aveva, poi, supportato l'ideologia della *Révolution nationale* e sostenuto la collaborazione tra lo Stato francese di Vichy e il Terzo Reich.

Nonostante l'opposto *background* politico, Bardèche si muove, per certi versi, nella stessa direzione dell'ex deportato e, anzi, sarà proprio lui a dargli la popolarità:⁹⁶ obiettivo, sin dal suo primo libro, *Lettre à François Mauriac*, è sempre quello di ridurre o negare la responsabilità della Germania legata alla Seconda guerra mondiale, attribuendo la colpa agli Alleati o, addirittura, agli ebrei.⁹⁷ Egli, in *Nuremberg ou la terre promise*, tenterà di dimostrare tali asserzioni, dichiarando, come fa Rassinier, che le prove circa l'esistenza delle camere a gas sono state falsificate, e che le morti erano avvenute in conseguenza di altre privazioni, legate alla normale evoluzione della guerra, come ad esempio la malnutrizione o altre malattie.⁹⁸

È abbastanza chiaro che le vite e soprattutto le elaborazioni di questi due personaggi, apparentemente così distanti, convergono sotto diversi profili. Superando i confini degli opposti orientamenti ideologici, questi due autori riuscirono a creare un

⁹³ Ivi, p. 16

⁹⁴ S. Atkins, *Holocaust Denial as an International Movement*, p. 87.

⁹⁵ V. Igonet, *Histoire du négationnisme en France*, p. 37.

⁹⁶ Le vite di questi due antesignani del negazionismo si incrociano in diverse occasioni: i libri di Rassinier verranno pubblicati anche dalla casa editrice neonazista di Bardèche, I Sette Colori.

⁹⁷ E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 8.

⁹⁸ D. Lipstadt, *Denying the Holocaust, the Growing Assault on Truth and Memory*, p. 58.

humus comune di riferimento caratterizzato dall'antisemitismo, antisionismo, anti-Comunismo e pacifismo.⁹⁹

In conclusione, sebbene le loro posizioni non siano uniformi, si può cogliere la pericolosa volontà di manipolare e distorcere una verità storica raggiunta grazie all'impiego del metodo scientifico, con argomenti che esulano da quelli riconosciuti dalla storiografia.¹⁰⁰

1.5 Lo sviluppo del negazionismo di sinistra in Francia

Per capire lo sviluppo e la crescita di questo movimento, occorre sottolineare ancora una volta che quando parliamo di negazionismo siamo al di fuori della storiografia. Questa scienza parte dall'assunto che nessuna interpretazione storiografica è completamente neutrale e imparziale: infatti, nel leggere la storia e soprattutto nell'offrire la propria ricostruzione dei fatti, lo storico è influenzato dal proprio modo di vedere e concepire il mondo. Tuttavia, sin dall'analisi delle origini del negazionismo abbiamo potuto notare che l'ideologia incorporata nel negazionismo non è da considerarsi un elemento ancillare nella lettura della storia, ma è essa stessa che muove, guida e manipola l'interpretazione dei fatti.

Gli storici hanno messo in evidenza alcune specificità del negazionismo francese: in primo luogo, esso ha trovato terreno particolarmente fertile nell'accademia francese;¹⁰¹ in secondo luogo, ha ricevuto il sostegno dai gruppi islamici in Francia che contestavano la legittimità della creazione dello stato di Israele;¹⁰² in terzo luogo, il negazionismo ha visto convergere al proprio interno l'estrema destra nazista con una minoranza di estrema sinistra.¹⁰³ Quando il movimento negazionista acquisirà portata e dimensioni internazionali, queste caratteristiche non si riprodurranno in modo uniforme.

⁹⁹ E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 9.

¹⁰⁰ C. Vercelli, *Il negazionismo: storia di una menzogna*, p. 41.

¹⁰¹ H. Rouso, *The Political and Cultural Roots of Negationism in France*, p. 67.

¹⁰² S. Atkins, *Holocaust Denial as an International Movement*, p. 84. Occorre precisare che la mobilitazione dei gruppi negazionisti islamici in Francia appartiene ad una fase successiva rispetto a quella presa in considerazione nel presente paragrafo.

¹⁰³ V. Igounet, *Les premières voix françaises du négationnisme (1945-1953)*, p. 66.

Nel contesto francese che abbiamo sinora descritto va inserito un altro attore, che ha avuto un ruolo centrale nella diffusione delle idee negazioniste: la casa editrice la *Vieille Taupe*. Questa piccola casa editrice nacque inizialmente come libreria di estrema sinistra, di orientamento marxista, aperta dal militante politico Pierre Guillaume. L'attivista francese era stato precedentemente attivo all'interno dell'organizzazione rivoluzionaria francese *Socialisme ou barbarie*, fondata nel 1948, di stampo marxista e anti-leninista.

Furono Guillaume e gli altri esponenti del circolo marxista, che decisero intorno al 1950 di promuovere le opere di Rassinier. *Le Menzogne di Ulisse*, infatti, fu il primo libro pubblicato dalla casa editrice la *Vieille Taupe*, che intendeva così acquisire un'identità negazionista. Le ragioni che spinsero Guillaume e gli altri esponenti dell'estrema sinistra marxista a rendersi promotori del cosiddetto "mito" delle camere gas e poi ad attribuire alla casa editrice lo stampo ideologico del negazionismo sono da ricercarsi all'interno dello schieramento politico di appartenenza. Vi è in loro la convinzione che il nazismo non sia peggio del capitalismo della borghesia occidentale, ed entrambe, quindi, dovevano essere interpretate come uguali forze di oppressione nei confronti della classe operaia.¹⁰⁴ Il negazionismo risulta attraente perché permette loro di sostenere che Auschwitz è solo un altro imbroglio: le camere a gas, costruite dal sistema capitalistico, hanno attribuito lo *status* di vittime agli ebrei, consentendo di distogliere il focus da ciò che costituisce la vera priorità, e cioè la lotta di classe per l'emancipazione del proletariato. Questo corrisponde, in verità, alla pericolosa intenzione di leggere gli eventi storici alla luce di una sola e unica idea o *Weltanschauung*, in questo caso il marxismo.

Al contempo, le argomentazioni elaborate dal gruppo legato alla *Vieille Taupe* restano strettamente intrecciate con l'antisionismo: il negazionismo viene utilizzato dalla sinistra principalmente come arma diretta in modo quasi esclusivo contro Israele,¹⁰⁵ il vero oggetto della loro critica.¹⁰⁶ Questa connessione tra antisionismo e negazionismo finirà col rafforzare il tentativo di attribuire agli ebrei una doppia responsabilità: da un lato, quella nei confronti della Germania che avrebbe subito conseguenze ingiuste per

¹⁰⁴ R. Wistrich, *Holocaust Denial: The Politics of Perfidy*, p. 10.

¹⁰⁵ Ciò discende dallo stretto legame, sussistente a livello storico e sul piano eziologico, tra Olocausto e creazione dello Stato di Israele.

¹⁰⁶ E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 22.

aver causato la Seconda Guerra Mondiale, dall'altra, quella legata al dislocamento forzato dei palestinesi e alle uccisioni nel territorio palestinese derivanti dalla fondazione di Israele.

Secondo l'interpretazione di Elhanan Yakira, l'antisemitismo e l'antisionismo sono da tenere ben distinti nell'estrema sinistra. Sebbene abbiamo rinvenuto alcuni aspetti di convergenze nel negazionismo di destra e sinistra, per quanto riguarda la sovrapposizione tra antisionismo e antisemitismo, non è possibile fare un discorso unico, in quanto la sinistra radicale e marxista ha delle sue peculiarità. Se, infatti, la componente antisemita è caratteristica dell'estrema destra, la sinistra legata al circolo di Guillaume e della *Vieille Taupe* è estranea a tale componente. L'adesione al negazionismo non discende dall'antisemitismo, né tantomeno è motivata dall'intento di riabilitare il nazismo. L'appoggio al negazionismo è da legare, al contrario, alla loro ideologia rivoluzionaria e anticapitalista, che porta con sé inscindibilmente l'antisionismo: se Auschwitz deve essere concepita come la massima espressione del capitalismo e dell'imperialismo e al suo simbolo è legata la costituzione dello Stato di Israele, è chiaro che Auschwitz diventa l'alibi dietro cui si cela il sionismo e la legittimazione di Israele.¹⁰⁷ Dunque, ne consegue che le camere a gas, che Auschwitz simboleggia, costituiscono un imbroglio a vantaggio di Israele e che la battaglia di Pierre Guillaume e del circolo della *Vieille Taupe* deve essere principalmente condotta contro il Sionismo. Ne deriva che le vere vittime non sono gli ebrei ma i palestinesi, i quali sono stati privati militarmente e illegittimamente di una porzione del loro territorio.

Secondo alcuni studiosi,¹⁰⁸ a ben vedere, lo stesso odio verso Israele non può essere scisso completamente dall'odio verso gli ebrei: in base a questa interpretazione, l'antisionismo di Guillaume andrebbe inteso come una forma particolare di antisemitismo seppur ristretto dall'elemento della nazionalità. Tale assunzione sarebbe possibile compiendo una distinzione tra antisemitismo tradizionale e moderno; mentre il primo ha in prevalenza un carattere religioso, l'antisemitismo del '900 ha come discriminare l'elemento razziale (l'Ebreo è identificato e discriminato sulla base della razza, non della religione), ma anche quello della nazionalità: ciò che viene osteggiato e negato è il diritto all'autodeterminazione e alla costituzione di una propria entità statale. In questo ultimo senso l'antisionismo dell'estrema sinistra rivoluzionaria è da considerarsi una forma di

¹⁰⁷ E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, pp. 28, 29.

¹⁰⁸ Ivi, p. 30.

antisemitismo o di giudeo-fobia, perché nega l'identità collettiva degli ebrei e la loro natura di popolo.¹⁰⁹

Nonostante il loro apparente disprezzo per l'antisemitismo e il loro dichiararsi antirazzisti, alcuni studiosi hanno notato come nella letteratura di sinistra determinati stereotipi nati per denigrare Israele siano poi stati generalizzati e utilizzati anche contro gli ebrei: gli israeliani sono infatti etichettati come aggressivi, militaristi, fascisti, espansionisti, colonizzatori, oppressori. L'antisemitismo di sinistra andrebbe, perciò, inteso quale diretta conseguenza dell'odio nei confronti di Israele.¹¹⁰

1.6 Il metodo Faurisson

Approfonditi meglio i caratteri dell'antisemitismo di sinistra e in particolare l'orientamento e l'impronta che essi hanno impresso allo sviluppo del movimento negazionista in Francia, appare rilevante soffermarsi su uno dei personaggi che deve di più la sua fama di negazionista alla *Vieille Taupe*: Robert Faurisson. Professore di letteratura all'Università di Lione, egli divenne un personaggio noto attorno agli anni '70. La sua posizione politica è piuttosto ambigua: se, da un lato, ottiene il supporto di Guillaume, dall'altro, inizialmente pubblica sulla rivista di Bardèche.

Apparentemente, quindi, non sposa nessuna ideologia ed è forse il primo a comprendere l'importanza per il movimento negazionista di accreditarsi nel mondo accademico. Sebbene tenti l'emancipazione dai suoi predecessori, la continuità è chiara, specialmente rispetto a Rassinier: sotto il profilo biografico e storico, Faurisson comincia a dedicare la sua attività alle questioni negazioniste solo alla morte di Rassinier nel 1967; sotto il profilo argomentativo e storiografico fa ricorso alle stesse argomentazioni del suo maestro.¹¹¹ Egli capisce che per diffondere le idee negazioniste è essenziale che esse appaiano dotate di carattere scientifico. La sua professione di letterato offrirà un notevole apporto in tal senso: Faurisson è ritenuto il fondatore di quella che potrebbe chiamarsi "critica letteraria totalitaria": il suo modo di approcciarsi al testo fa sì che vi sia una sola

¹⁰⁹ Ivi, pp. 33-36.

¹¹⁰ R. Wistrich, *Left-Wing Anti-Zionism in Western Societies*, p. 48.

¹¹¹ F. Brayard, *Comment l'idée vint à M. Rassinier*, pp. 441, 442.

possibile interpretazione corretta del testo, ovvero quella individuata da Faurisson stesso. Questo modo di procedere lascia intendere una concezione della critica letteraria univoca e definitiva.¹¹² Fin dall'inizio della sua attività di critico letterario, si può notare che il suo interesse principale risiede nell'intenzione di sciogliere ogni mistificazione.¹¹³ Per questo il suo metodo, applicato nell'ambito della critica letteraria, verrà definito dai suoi studenti "metodo Ajax": con tale espressione, si vuole sottolineare, da un lato, il suo attaccamento al testo e all'interpretazione letteraria, dall'altro il suo atteggiamento di sospetto. Questo approccio viene poi traslato al contesto politico, con l'intento di rivelare le false costruzioni della realtà storica, quelle mistificazioni elaborate prima che il suo intervento ne svelasse la falsità.¹¹⁴ Riuscì, così, a costruire una sorta di tecnica metodologica.

Ed infatti, secondo una parte degli studiosi, fu lui a fondare il cosiddetto "negazionismo tecnico": tale espressione è stata coniata proprio a indicare il passaggio da una dimensione ideologicamente orientata a una, apparentemente neutrale, volta a studiare, analizzare e riconsiderare, tramite appunto il metodo scientifico della critica letteraria, le effettive dinamiche dell'Olocausto.

Dopo un tentativo di provare l'inautenticità del diario di Anna Frank,¹¹⁵ nella metà degli anni 70 si avvicina più esplicitamente al negazionismo¹¹⁶ finendo col pubblicare nel 1978 *Le problème des chambres à gaz* sulla rivista di Maurice Bardèche. Qui, la messa in dubbio dell'esistenza delle camere a gas diviene esplicita, coerentemente con la sua pretesa di disvelare le congiure contenute all'interno dei testi di letteratura.¹¹⁷

La teoria di Faurisson è infatti basata su assunzioni discendenti dall'interpretazione di dati empirici: ad esempio, dall'assenza di un ordine scritto con il

¹¹² Ivi, p. 428.

¹¹³ Secondo la sua teorizzazione, le mistificazioni letterarie vanno distinte in passive, attive e aggravate. Si veda F. Brayard, *Comment l'idée vint à M. Rassinier*, p. 431.

¹¹⁴ V. Pisanty, *L'irritante Questione delle Camere a Gas*, p. 21

¹¹⁵ L'esegesi del diario di Anna Frank rappresenta il primo *exemplum* di applicazione di questa metodologia mistificatoria. La tecnica di Faurisson, ampiamente studiata da Pisanty, è quella di insinuare il dubbio sull'opera simbolo della *Shoah*, per poi estenderlo anche all'esistenza stessa delle camere a gas, e dunque alla *Shoah*.

¹¹⁶ V. Pisanty, *L'irritante questione delle camere a gas*, p. 26

¹¹⁷ Ivi, p. 25.

quale Hitler abbia ordinato lo sterminio, deriverebbe la dimostrazione dell'assenza di una volontà genocidiaria di Hitler, funzionale a una sua riabilitazione.¹¹⁸

A questo punto è logicamente legato l'assunto che nelle camere a gas non sia mai stato ucciso nessuno. Per sostenere tale argomentazione egli fa ricorso a spiegazioni di carattere scientifico relative allo studio del gas Zyklon B, utilizzato per finire le persone all'interno delle camere a gas. Secondo le ricostruzioni di Faurisson le modalità del suo impiego rivelavano che le camere a gas di Auschwitz o degli altri campi di concentramento non venivano impiegate per sterminare gli ebrei, ma per un'altra finalità: quella della disinfestazione. Anche in questo caso, il tentativo di ricorrere alla scienza è funzionale ad attribuire al testo un carattere di neutralità, emancipando il negazionismo dall'impronta ideologica cui veniva spesso associato.¹¹⁹

Qui si rivela l'ideologia celata dietro al tentativo di attribuire carattere apparentemente scientifico alle sue asserzioni, benché egli si sia dichiarato in diverse occasioni antinazista e antifascista:¹²⁰ ancora una volta se le camere a gas non sono mai esistite allora l'oppressione nazista non aveva nulla di unico. Faurisson si ritrova, così, ad applicare la teoria del complotto con finalità decostruttiva e esplicativa della storia, con l'intento di rivelare l'inganno collettivo, rappresentato dalla *Shoah*.¹²¹

Al contempo, tenta di offrire una spiegazione alternativa del perché sia stata creata la narrativa dell'Olocausto, ovvero dell'omicidio di milioni di ebrei: secondo l'autore la motivazione della diffusione di una tale falsità risiederebbe nella volontà del popolo ebraico di ottenere lo *status* di vittime, per poi poter rivendicare, a titolo di riparazione, la costituzione dello Stato di Israele e a titolo di risarcimento, un'ingente somma di denaro da parte della Germania. Secondo la spiegazione da lui offerta, le morti nei campi sarebbero avvenute a causa del tifo e i forni crematori sarebbero stati utilizzati per bruciare i corpi delle vittime della malattia.

Ancora una volta egli ricorre alla stessa tecnica: per dare supporto alla sua tesi egli si serve di uno studio maniacale della documentazione storica, tanto che alcuni studiosi, parlano di lui riferendosi ad una sorta di ossessione ermeneutica, che lo avrebbe portato a ritrovare nell'analisi minuziosa e manipolativa dei testi la risposta favorevole

¹¹⁸ E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 24.

¹¹⁹ C. Vercelli, *Il negazionismo: storia di una menzogna*, p. 64.

¹²⁰ F. Brayard, *Comment l'idée vint à M. Rassinier*, p. 437.

¹²¹ V. Pisanty, *L'Irritante questione delle camere a gas*, p. 26.

alle sue supposizioni, altrimenti del tutto infondate. La sua tecnica – se riconosciamo l'esistenza di un unico metodo operante in tutte le interpretazioni compiute da Faurisson - consisteva, secondo Valentina Pisanty, nell'impiego di un atteggiamento di generale sospetto nei confronti della critica, cui seguiva la generalizzazione di una lettura particolare. Questa diveniva, perciò, verità assoluta cui seguiva il sistematico rifiuto della lettura comunemente accettata.¹²² Questa attenta modalità di procedere sarà fondamentale, poi, per lo sviluppo del vero e proprio stile negazionista, che contribuirà al successo del movimento, perché renderà la ricostruzione offerta dall'autore sufficientemente attendibile per il lettore più sprovvisto.

Ad accrescere la fama di Faurisson fu il “supporto”, più o meno esplicito e diretto, dell'intellettuale Noam Chomsky, il quale curò la prefazione alla sua opera¹²³, pubblicata dalla *Vieille Taupe, Mémoire en défense. Contre ceux qui m'accusent de falsifier l'histoire. La question des chambres à gaz*,¹²⁴ schierandosi a favore della libertà di espressione, anche laddove questa garantisca la diffusione di idee negazioniste.¹²⁵

La posizione di Chomsky fu molto discussa per due ragioni. Primo perché egli definì Faurisson, apertamente negazionista, come un liberale e apolitico,¹²⁶ negando esplicitamente il carattere antisemita dei suoi scritti;¹²⁷ poi, perché, mostrandosi in apparenza come un Voltaire contemporaneo, manifestò la sua convinzione che anche le idee più urtanti meritassero di essere protette dal diritto alla libertà di espressione.¹²⁸ C'è un fattore da tenere in considerazione rispetto alle osservazioni rese da Chomsky: per quanto egli tenti di restare neutrale nei riguardi dell'affaire Faurisson e rispetto alle questioni ideologiche ad esso annesse, è possibile che il suo indiretto e apparentemente involontario appoggio al negazionismo sia motivato dal suo aspro dissenso nei confronti di Israele. Anche in questo caso, come in altri, il negazionismo sembra essere il punto di incontro tra posizioni marcatamente anti-israeliane e antisioniste e quelle cospiratorie, in

¹²² V. Pisanty, *L'Irritante questione delle camere a gas*, pp. 22-24.

¹²³ Non è chiaro, anche in base alle dichiarazioni rese successivamente, se Noam Chomsky avesse dato o meno il suo accordo esplicito alla pubblicazione di quel testo come prefazione all'opera di Faurisson.

¹²⁴ R. Faurisson, *Mémoire en défense*.

¹²⁵ M. Shermer, A. Grobman, *Denying History*, p. 58.

¹²⁶ V. Pisanty, *L'Irritante questione delle camere a gas*, p. 125.

¹²⁷ E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 43.

¹²⁸ N. Chomsky, in R. Faurisson, *Mémoire en défense*, p. XII.

grado di scambiarsi vicendevolmente argomentazioni, le une a supporto delle altre.¹²⁹ In altre parole, la teoria del complotto, che applicata alla Seconda Guerra Mondiale attribuirebbe carattere cospiratorio alla fondazione di Israele, permetterebbe, da un lato, di negare la legittimità di Israele e, dall'altro, impedirebbe la giustificazione delle violazioni dello Stato commesse nei confronti dei palestinesi attraverso la loro comparazione con le mostruosità dell'Olocausto. In altre parole, se la legittimazione di Israele deriva dall'Olocausto e l'Olocausto è una menzogna, allora Israele è un'entità illegittima.

Faurisson fu il primo negazionista ad essere penalmente perseguito per le sue idee, dopo che, con la crescita di popolarità del negazionismo, in Francia negli anni 90 il Parlamento approvò la Loi Gayssot, con l'intenzione di arginare la diffusione del fenomeno. Essa tipizzava come reato la manifestazione di idee che mettevano in dubbio i crimini contro l'umanità, così come categorizzati dall'articolo 6 dello Statuto del tribunale militare internazionale annesso agli accordi di Londra dell'8 agosto 1945.

Faurisson subì diverse condanne in ragione di tale disposizione legislativa, e contestò la legittimità delle condanne di fronte al Comitato dei diritti umani, ritenendo di essere vittima di una violazione dei diritti umani garantiti dalla Convenzione internazionale dei diritti civili e politici. Tutti questi fattori contribuirono a far esplodere un vero e proprio "affaire Faurisson".

Egli, infatti, fu il primo a sfruttare la visibilità ottenuta grazie alla risonanza mediatica dei processi giudiziari avviati nei suoi confronti e, applicando la teoria del complotto al suo caso, interpretò l'accusa nei suoi confronti come una manifestazione delle pressioni esercitate dagli ebrei sullo Stato e sui media.¹³⁰ In seguito, l'accusa di propagandare idee negazioniste verrà spesso sfruttata dai negazionisti come strumento per ricercare notorietà e promuovere la loro immagine di vittime, difensori della verità e della libertà di espressione, oppressa da un potere censorio che ostacola e impedisce la ricerca storica, la verità e la giustizia.¹³¹

In tale ottica, i limiti imposti dal diritto e il disaccordo dimostrato dai media sono etichettati come una forma di repressione, come illegittimi ostacoli all'esercizio di un diritto (la libertà di parola), che dimostrano la complicità e la collusione dei media e del

¹²⁹ R. Wistrich, *Holocaust Denial*, p. 11.

¹³⁰ E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 44.

¹³¹ R. Wistrich, *Holocaust Denial*, p. 10.

potere statale con gli ebrei nel costruire e rafforzare la loro menzogna a livello internazionale.

Lo schema del processo mediatico e della stigmatizzazione del negazionista come difensore della libertà di espressione diverrà un *topos* del movimento negazionista: negli anni successivi i negazionisti di ogni stato tenteranno in tutti modi di inseguire l'attenzione e l'interesse dei media, soprattutto attraverso procedimenti giudiziari eventualmente instauratisi nei loro confronti. Vedremo, ad esempio, il clamore che suscitò sempre in Francia l'“affaire Garaudy”.¹³²

Questo metodo permette loro di propagandare le idee negazioniste tra la gente comune, sfuggendo così al vaglio del mondo accademico. Allo stesso tempo, la loro affermazione di popolarità dinanzi alla platea di un pubblico non accademico, comporta il rischio che le loro tesi, una volta che si siano accreditate al di fuori della platea scientifica, ritornino ad essere oggetto di dibattito nelle università, generando così la possibilità che si parli di loro e con loro. Se il fatto che esistano queste voci imporrebbe che il fenomeno venga studiato, cercando di comprenderne le radici e gli eventuali effetti sociali, dall'altra ci si può chiedere - come hanno fatto molti studiosi, in primis lo storico Pierre Vidal-Naquet - se valga la pena dialogare con chi non rispetta le regole elementari della ricerca storica o del dibattito scientifico (che consiste nell'accettare la verità storica laddove le ipotesi siano confermate da una convergenza di prove), o se, al contrario, offrir loro la possibilità di un dialogo, significhi in un certo qual modo legittimarli come interlocutori in ambito storiografico e accademico.¹³³

È importante sottolineare che, con la crescita di popolarità di Faurisson, dovuta soprattutto alla risonanza delle sue vicende giudiziarie, il fenomeno del negazionismo si espanse e ampliò la cerchia dei suoi adepti all'interno della *Vieille Taupe*. Molti di loro erano spinti soprattutto dal desiderio di attribuire rispettabilità e valore scientifico ai loro scritti.¹³⁴ Tra loro emerge Serge Thion, accademico e intellettuale dotato di una discreta credibilità, perché inizialmente membro del Centro Nazionale della Ricerca Scientifica. Thion si interessò a tal punto all'“affaire Faurisson” da pubblicare nel 1980 il libro *Vérité historique ou Vérité politique?*, in cui ricostruì l'evolversi del dibattito pubblico attorno

¹³² Si veda il paragrafo 1.9.

¹³³ Come hanno sostenuto Carrado Del Bo', Carlo Luzzati e Valentina Pisanty.

¹³⁴ M. Shermer, A. Grobman, *Denying History*, p. 16.

alla figura di Faurisson, dedicandosi, in particolare, alla questione delle camere a gas, che aveva attratto il maggior clamore.

Questo personaggio è particolarmente interessante, perché distante dall'ambiente culturale e politico in cui si inserisce: Thion era infatti ideologicamente lontano dall'orientamento politico di Guillaume, cui era accomunato unicamente da un sentimento antisionista. L'obiettivo di Thion è quello di attribuire attendibilità alle tesi negazioniste di Faurisson. Thion, tentando di apparire ideologicamente neutrale, si dimostra piuttosto ambiguo: da un lato, dichiara che non si può affermare inequivocabilmente l'inesistenza delle camere a gas; dall'altro, nega il carattere sistematico e industriale delle uccisioni di cui si era macchiato il regime nazista.

Non è da trascurare il fatto che Thion riuscì ad attribuire maggior credibilità all'intero movimento negazionista, avvalorando con la sua *expertise* di ricercatore le tesi di Faurisson.¹³⁵ Ad ogni modo, l'ambiguità mostrata da Thion rispetto alla specifica questione delle camere a gas, non lo ha risparmiato dal vedersi attribuita, da parte degli studiosi del fenomeno, la qualifica di negazionista.¹³⁶

1.7 Il negazionismo si internazionalizza

Gli anni 70 rappresentano l'età della svolta per il movimento negazionista.

I lineamenti e le strategie che acquisirà il movimento negazionista, internazionalizzandosi, sono in realtà già presenti *in nuce* nella realtà francese. Tuttavia, è bene sottolineare un aspetto. La sua espansione e la sua internazionalizzazione al di fuori della Francia (che continuerà ad essere l'incubatore privilegiato per la diffusione di idee negazioniste) sono in rapporto stretto con il tentativo di affrancarsi dalle idee estremiste della destra neonazista per assumere in modo progressivo una veste che sia il più scientifica possibile.

I negazionisti avevano infatti compreso che era impensabile penetrare all'interno dell'accademia e acquisire un'aura di rispettabilità di fronte all'opinione pubblica,

¹³⁵ E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 41.

¹³⁶ R. Wistrich, *Holocaust Denial*, p. 9.

mantenendo quel carattere marcatamente ideologizzato che li aveva caratterizzati nei primi anni della loro nascita.

In più, c'è da dire che la popolarità in Europa coincide con un momento storico decisivo. Per anni la memoria delle camere a gas era talmente vivida tra le persone comuni che l'idea di una loro negazione rappresentava un vero e proprio assalto e sfregio alla memoria delle vittime. Con il passare del tempo, le testimonianze dei sopravvissuti si diradano, e in alcuni casi si fanno più imprecise e confuse. Il ricordo diretto delle camere a gas e della lacerazione profonda che aveva subito l'Europa sbiadisce. Il trauma collettivo della *Shoah* perde a livello sociale parte della sua forza tragica, divenendo parte del dibattito pubblico.¹³⁷ Anche le opinioni fuori dal coro, e addirittura fortemente stridenti con le ricostruzioni storiche, cominciano a circolare più agevolmente e iniziano ad essere socialmente tollerate.

Anche sotto il profilo accademico vi fu una congiuntura favorevole che agevolò e promosse questa diffusione. La storiografia dominante aveva indicato un'interpretazione degli eventi della Seconda Guerra Mondiale, che offriva un'immagine salvifica degli Alleati, portatori di pace e giustizia. Questo aspetto aveva portato a trascurare e addirittura escludere dal dibattito storico la versione e la voce dei vinti. Ne scaturì un approccio critico verso l'interpretazione dominante, che ne problematizzava la fondatezza. Questo nuovo clima, simboleggiato dalla *Historikerstreit* (Battaglia tra storici) aprì al dialogo e mise in discussione la ricostruzione dominante dei fatti, al fine di raggiungere una più equa redistribuzione delle responsabilità storiche della Seconda Guerra Mondiale. Tale clima favorì l'affermarsi di idee negazioniste.

Sotto il profilo geografico, gli Usa apparvero essere, per il fatto stesso di non aver vissuto alcuna esperienza immediata della guerra e dei campi di concentramento, il luogo ideale dove basare le attività della comunità negazionista e creare un sistema in grado di rendere queste idee accettabili e fruibili. Fu qui, infatti, che le idee di Faurisson divennero estremamente note e di grande ispirazione per la corrente negazionista americana.¹³⁸

Gli storici considerano Harry Elmer Barnes la figura che meglio rappresenta la connessione tra il revisionismo e il negazionismo negli USA.¹³⁹ La sua produzione di scritti si concentrò in un primo momento principalmente sulla rivalutazione e

¹³⁷ C. Luzzati, *Chi parla con chi?*, p. 232.

¹³⁸ V. Pisanty, *L'irritante questione delle camere a gas*, p. 9.

¹³⁹ D. Lipstadt, *Denying the Holocaust, the Growing Assault on Truth and Memory*, p. 74.

riconsiderazione delle responsabilità della Germania nella Seconda Guerra Mondiale. Con il tempo le sue posizioni si resero ancor più estremistiche, fino ad affermare che le camere a gas erano un'invenzione del dopoguerra, elaborata dai cosiddetti "storici di corte".

Tuttavia, fu con la nascita dell'*Institute for Historical Review*, fondato da Willis Carto nel 1978, che il negazionismo assunse una portata ragguardevole.¹⁴⁰ questa fondazione, con sede in California, ebbe un ruolo centrale nella diffusione di idee di stampo negazionista, sia perché si occupò dell'organizzazione di conferenze internazionali, meeting e incontri in università, ottenendo così l'attenzione dei media, sia perché si dedicò all'attività editoriale, creando una sua propria rivista, che offrì uno spazio dove i membri dell'Istituto potevano esporre la loro opinione, senza che vi fosse alcun controllo di carattere scientifico sulla validità del contenuto delle loro pubblicazioni.

La rivista fu sicuramente lo strumento più efficace per ottenere una qualche autorevolezza e rispettabilità scientifica.¹⁴¹ Tuttavia, nonostante l'intento di promuovere un'immagine revisionista dell'istituto, dedito dichiaratamente e in apparenza a una revisione onnicomprensiva della storia, e volto unicamente alla ricerca delle verità mascherate, la falsità di queste dichiarazioni emerge dal fatto che le attività di ricerca erano dedicate principalmente agli eventi della Seconda Guerra Mondiale.

Nonostante alcuni autori abbiano abbracciato tesi riduzioniste, tendenti quindi a valutare Auschwitz e i campi di concentramento come un aspetto residuale della Seconda Guerra Mondiale, il carattere negazionista e antisemitico si manifesta esplicitamente nel contenuto delle pubblicazioni della rivista,¹⁴² dedicate principalmente alla questione dell'esistenza delle camere a gas, alla contestazione del numero effettivo delle vittime, alla contestazione dell'esistenza dei campi di concentramento e di quelli di sterminio. L'utilizzo di questi temi era rafforzato dal fatto che negli anni immediatamente successivi alla Seconda Guerra Mondiale, c'era stata una generalizzata tendenza a confondere queste due tipologie di campi.¹⁴³

Attorno all'*Institute for Historical Review* orbita l'intero movimento negazionista americano, che a differenza dell'ambiente che circonda la *Vieille Taupe*, ha una

¹⁴⁰ V. Pisanty, *L'irritante questione delle camere a gas*, p. 12.

¹⁴¹ R. Evans, *Lying About Hitler, History, Holocaust and the David Irving Trial*.

¹⁴² M. Shermer, A. Grobman, *Denying History*, p. 74.

¹⁴³ D. Lipstadt, *Denying the Holocaust, the Growing Assault on Truth and Memory*, p. 82.

composizione piuttosto variegata e diversificata, ma al contempo più apertamente antisemita. Esso, infatti, comprende membri di estrema destra e dell'estrema sinistra, ma anche membri dell'antisionismo islamico e del mondo cattolico. La presenza dell'elemento antisionista permise di guadagnare supporto e favore anche nel *milieu* pro-palestiniano.

Accanto al fondatore Willis Carto, tra gli esponenti più noti ci sono anche Mark Weber, David Irving, David Corle, Ernst Zundel. La tesi centrale che viene sostenuta è sempre la stessa: le camere a gas non sono mai esistite. In alcuni casi, pur venendo riconosciuta la loro esistenza, ne veniva affermata la residualità nel contesto drammatico della guerra, sostenendo che venivano usate per disinfettare gli ambienti e le persone. Ciò era funzionale al tentativo di delegittimare lo stato di Israele, incarnazione del centenario progetto sionista.¹⁴⁴ Anche in questo caso, gli autori negazionisti sopra menzionati intendono nascondere il loro intento primario affermando che il diritto alla libertà di espressione garantisce che anche verità consolidate possono essere messe in discussione dalle opinioni di chi la pensa in modo differente.

La denigrazione attraverso stereotipi (ebrei come banchieri, e esponenti dell'alta finanza, in grado di manipolare i poteri occidentali e governare le sorti del mondo) è strumentale a supportare quella teoria cospirativa su cui si appoggia l'intero impianto negazionista.¹⁴⁵

1.8 Lo schema del processo mediatico

Dopo l'“affaire Faurisson” diviene chiaro che le questioni giudiziarie rappresentavano uno strumento chiave e assai efficace per ottenere visibilità e popolarità. In altre parole, i negazionisti acquisirono consapevolezza del fatto che potevano utilizzare i media e il sistema della giustizia per fini propagandistici. Roger Garaudy, personaggio eclettico, che aveva abbracciato, nel corso della sua lunga vita, fedi religiose diverse fino a diventare un islamico fervente antisionista, ne è un emblema.

¹⁴⁴ D. Lipstadt *Denying the Holocaust, the Growing Assault on Truth and Memory*, pp. 63, 98.

¹⁴⁵ Ivi, p. 63.

Da marxista, poi espulso dal partito comunista, ottenne un notevole successo con la pubblicazione da parte della *Vieille Taupe* del suo libro *Les mythes fondateurs de la politique israélienne* nel 1995 (poi in versione revisionata ripubblicato dall'altra grande casa editrice negazionista l'*Institute for Historical Review*). Apparentemente il testo era dedicato alla lotta contro ogni forma di fondamentalismo, volendo mostrare come lo stato di Israele incarnasse il tradimento dei principi e dei valori dell'Antico Testamento. Quindi, sebbene in apparenza Garaudy volesse celare il suo antisemitismo, non si può far a meno di constatare il carattere marcatamente negazionista del capitolo dedicato al "mito dell'Olocausto": a parer suo, lo sterminio sarebbe stato inventato per giustificare le politiche criminali contro i Palestinesi, compiute da Israele sotto il controllo degli Stati Uniti.¹⁴⁶

A dimostrazione di ciò, vi sarebbe l'uso stesso del termine Olocausto per riferirsi alle morti degli ebrei durante la Seconda Guerra Mondiale da parte dei nazisti: questo, assieme al vocabolo "Shoah", richiamando al sacro, sarebbe stato funzionale a fondare lo stato di Israele su un elemento di religiosità, che avvolgerebbe di un'aura sacrale, e dunque intangibile, lo Stato stesso.¹⁴⁷

È interessante notare che qui l'utilizzo dell'argomento dell'equivalenza morale ha il fine di equiparare il genocidio compiuto dalla Germania nazista con il male compiuto dai popoli colonizzatori nei confronti degli indigeni. Inoltre, l'autore tenta di porsi in continuità con Faurisson, utilizzando le stesse argomentazioni tecniche sullo Zyklon B per dimostrarne l'impossibilità di un suo utilizzo a fini omicidiari.¹⁴⁸

Le sue tesi e le sue argomentazioni raggiunsero una notevole popolarità, specialmente nel mondo arabo,¹⁴⁹ tanto che in un primo momento, ebbe il sostegno di una figura molto nota nel panorama francese: Abbé Pierre (Henri Antoine Grouès). La figura dell'Abbé Pierre, che fu anche deputato, era associata alla Resistenza e alla difesa degli ebrei, in quanto durante la Seconda Guerra Mondiale, come partigiano, aveva agevolato la fuga degli ebrei e dei perseguitati politici. Dunque, un personaggio, come Noam Chomsky, che, pur essendo legato ad un *milieu* ideologico opposto, scendeva in campo

¹⁴⁶ S. Atkins, *Holocaust Denial as an International Movement*, p. 100.

¹⁴⁷ E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 49.

¹⁴⁸ E. Yakira, *Post-Zionism and Post-Holocaust*, p. 49.

¹⁴⁹ In questo contesto la negazione dell'Olocausto divenne molto discusso sia nella letteratura che nel giornalismo.

per difendere un esponente del negazionismo in nome della libertà di espressione. La diretta conseguenza di ciò fu in ogni caso una sorta di legittimazione o quantomeno di tolleranza e apertura rispetto a certe idee.

A seguito dello scandalo che provocarono in Francia le sue tesi e quelle degli altri negazionisti, il Parlamento decise di introdurre la c.d. Loi Gayssot, dal nome del suo promotore, che puniva chi contestava l'esistenza dei crimini contro l'umanità. In ragione di ciò Garaudy subì cinque procedimenti penali che si conclusero con una condanna nel 1998. Va sottolineato che i suoi problemi con la giustizia non fecero che accrescere l'attenzione mediatica della stampa francese verso le tematiche relative alla negazione dell'Olocausto.

Anche Oltreoceano le strategie comunicative non sono differenti. Ernst Zundel, con la sua casa editrice realizzò un ricco business, dedicandosi principalmente alla pubblicazione di materiale relativo alla negazione dell'Olocausto. Tra questi, si occupò anche della ripubblicazione dell'opuscolo *Did Six Million Really Die?*, a causa del quale fu denunciato per istigazione all'odio razziale.

Ne nacquero diversi processi che ebbero un notevole impatto mediatico, perché al centro del dibattito e della raccolta delle prove fu posto l'Olocausto nella sua concreta esistenza. Di conseguenza, centrale fu la questione delle camere a gas: poiché, come abbiamo spiegato, è dall'esistenza di queste che dipende lo *status* di vittime da parte degli ebrei, in quanto provarne l'inesistenza significa rendere improprio e inadeguato l'utilizzo del termine genocidio, inteso come sterminio, compiuto a livello sistematico, degli ebrei, come gruppo etnico.

In difesa di Zundel, intervennero numerosi negazionisti in qualità di testimoni, ma ad accrescere la risonanza dell'intera vicenda giudiziaria fu il cosiddetto Rapporto Leuchter, dal nome del suo autore Fred Leuchter. Questi era un sedicente ingegnere che riteneva di aver stabilito attraverso attenti studi scientifici che le tracce di gas (lo Zyklon B) residue erano insufficienti per dimostrare che all'epoca questo gas fosse stato utilizzato per uccidere gli ebrei (nelle camere di sterminio). A causa della manifesta inattendibilità del documento, il rapporto fu comunque ritenuto dalla Corte inammissibile. Nonostante questo, il successo di questo rapporto andò ben oltre il caso Zundel, divenendo il cavallo di battaglia di molti negazionisti.

Ma forse, tra tutti, il processo che coinvolse David Irving fu sicuramente il più emblematico del carattere mediatico dei processi contro i negazionisti. Irving citò in giudizio dinanzi a un tribunale inglese la storica Deborah Lipstadt, accusandola di

diffamazione per avere questa impiegato nei suoi confronti l'appellativo di negazionista. Irving è considerato il maggior esponente del negazionismo inglese, divenuto famoso per aver difeso Hitler, sostenendone la sua innocenza rispetto all'Olocausto.¹⁵⁰ Quando nel 1982 dichiarò che in mancanza di ordini scritti si doveva ritenere l'inesistenza delle camere a gas, egli divenne esplicitamente negazionista.¹⁵¹ Questo procedimento penale gli permise di ottenere una popolarità altrimenti impensata. Intanto lo stesso reato di diffamazione, così come strutturato nel Codice penale inglese aveva un indubbio vantaggio per il ricorrente: l'onere della prova poteva essere agevolmente invertito sull'imputato, una volta che l'accusa avesse soddisfatto determinate condizioni. Dunque, il diritto inglese attribuiva al ricorrente una posizione di vantaggio, imponendo all'accusato di provare la verità delle proprie affermazioni e la falsità di quelle dichiarate dall'accusa.¹⁵²

Ciononostante, sebbene l'enfasi sulla storia della Shoah riguardi inevitabilmente ogni processo che coinvolga il negazionismo, non va tralasciato il fatto che nel caso di specie il giudice ebbe l'abilità di riportare il *focus* del giudizio su un aspetto di grande rilievo: in base alla decisione finale, sussisterebbe un legame stretto tra le tesi negazioniste di Irving e il suo antisemitismo. Di più, la ragione che spingerebbe Irving a rifiutare determinati fatti storici andrebbe ricercata proprio nel suo odio nei confronti degli ebrei.¹⁵³

Questo elemento merita di essere posto in risalto, perché spiega un punto centrale: il negazionismo non deve gettare ombra su fatti storicamente accertati se i discorsi negazionisti appaiono privi di valore scientifico, ma piuttosto tali discorsi devono farci riflettere sulle ragioni profonde che li spingono a tali affermazioni, che altrimenti apparirebbero assurde.

¹⁵⁰ S. Atkins, *Holocaust Denial as an International Movement*, p. 120

¹⁵¹ Ivi, p. 121

¹⁵² D. Guttenplan, *The Holocaust on Trial*.

¹⁵³ Ivi, p. 364.

1.9 Tipologie e tecniche argomentative utilizzate dai negazionisti

Al di là delle differenze ideologiche, biografiche e geografiche, è possibile rinvenire tratti comuni nella tecnica retorica dei negazionisti, come ad esempio l'inversione dell'onere della prova e la decontestualizzazione. L'obiettivo è sempre quello di far emergere le aporie della storiografia dominante. Ovviamente l'elemento probatorio su cui maggiormente insiste la loro critica è la testimonianza, poiché, come è noto, la memoria può facilmente alterare i dati della realtà.

Una volta analizzato il contenuto delle loro tesi, si provvederà quindi ad offrire una metodologia della loro tecnica retorica. Non si può comunque prescindere da una premessa: il “cosa” e il “come” di questa tipologia di discorso pseudo-scientifico sono strettamente connessi e non possono essere concettualmente separati, nel senso che le loro tesi, talmente assurde perché prive di fondamenti storici, hanno bisogno del sostegno di una certa strategia stilistica che si fondi sul tentativo di demolizione delle argomentazioni altrui, piuttosto che sulla costruzione di un proprio impianto probatorio.

È per tale ragione che la loro pseudo-ricerca è stata definita dallo storico Richard Evans con l'espressione di “doppio *standard* di critica” in riferimento alla tipologia probatoria da valutare: i negazionisti attribuirebbero al materiale storiografico un valore probatorio in base a criteri del tutto arbitrari e discrezionali.¹⁵⁴ In pieno contrasto con il metodo scientifico che, invece, impone di utilizzare lo stesso *standard* indipendentemente dal tipo di prova in esame. A livello concreto, l'utilizzo del doppio *standard* spiegherebbe il duplice atteggiamento dei negazionisti nei confronti della prova: questi, da un lato, rifiutano quanto ritenuto provato dalla storiografia ufficiale secondo il principio della convergenza delle prove, considerandolo nella maggior parte dei casi indimostrato perché contraddittorio, dall'altra, accettano materiali non convenzionali purché confermino la loro tesi iniziale. In sintesi, attingendo a piene mani agli studi di Georges Bensoussan, “la risposta viene prima della domanda”.¹⁵⁵

¹⁵⁴ R. Evans, *Lying About Hitler, History, Holocaust and the David Irving Trial*.

¹⁵⁵ G. Bensoussan, *Negationnisme et revisionnisme: récurrences et convergences des discours du rejet*, p. 166.

Ciò - l'accoglimento di una nuova tesi su basi del tutto instabili a livello scientifico – avviene con il supporto di numerose strategie retoriche, tra cui l'inversione dell'onere della prova:¹⁵⁶ quando i negazionisti rifiutano l'attendibilità di un documento probatorio, essi non si assumono pienamente la responsabilità di ciò che affermano, chiedendo piuttosto che sia colui la cui tesi viene confutata ad avere il compito di dover provare che quanto da lui asserito e da questi confutato sia effettivamente valido scientificamente. A questo strumento se ne aggiungono altri, tutti con il medesimo tentativo di confondere il lettore: gli studiosi hanno individuato, ad esempio, l'estrapolazione, la decontestualizzazione, la frammentazione dei documenti, spostando l'attenzione su particolari trascurabili e privi di significato,¹⁵⁷ l'edulcorazione.¹⁵⁸

In sintesi, quindi, il loro ragionamento è nella maggior parte dei casi privo di logicità, interrompendosi al punto in cui rigetta la tesi avversata, senza offrire una spiegazione alternativa di un dato evento storico, che si regga su un impianto probatorio organico. La conseguenza di tutto questo è che si finisce per ricorrere a interpretazioni circolari e tautologiche.¹⁵⁹

L'insieme di queste tecniche è funzionale a far emergere discrepanze tra e all'interno degli elementi raccolti dalla storiografia ufficiale e dalle ricostruzioni elaborate dalla stessa.¹⁶⁰ Ovviamente l'elemento probatorio privilegiato al fine di far emergere tali incongruenze, contraddizioni e contrasti interni è la testimonianza, perché, come evidenziato da molti scrittori,¹⁶¹ è facile che nelle dichiarazioni, specialmente se rese oralmente dai sopravvissuti o dagli stessi responsabili e mandanti la memoria possa rendere i ricordi non del tutto aderenti alla realtà. A questo va aggiunto che le

¹⁵⁶ Questo rovesciamento dell'onere è stato qualificato da Battini, come uno sfregio all'etica della verità.

¹⁵⁷ A. Di Giovine, *Il passato che non passa: Eichmann di carta e repressione penale*, p. xii.

¹⁵⁸ R. Evans, *Lying About Hitler, History, Holocaust and the David Irving Trial*, p. 127.

¹⁵⁹ C. Vercelli, *Il negazionismo: storia di una menzogna*, p. 59. Pisanty anche, offre una panoramica ampia e accurata della tecnica usata dai negazionisti, analizzando gli studi pseudo-scientifici condotti da Mattogno, sulla fondatezza e attendibilità del rapporto Gerstein, esponente nazista che, prima di subire il processo per i crimini commessi durante la guerra, scrisse in stato di detenzione una confessione, documento cui gli storici fecero ampiamente riferimento per la ricostruzione dei fatti.

¹⁶⁰ R. Wistrich, *Holocaust Denial: The Politics of Perfidy*, p. 2.

¹⁶¹ G. Agamben, *Quel che resta di Auschwitz*; M. Bernard-Donals, *Forgetful Memory Representation and Remembrance in the Wake of the Holocaust*; P. Levi, *I sommersi e i salvati*.

testimonianze sono comunque interpretate dalla soggettività individuale e dunque offrono una percezione della realtà *per se* orientata.

La metodologia dei negazionisti, funzionale a scovare le testimonianze o gli altri documenti “falsi” o comunque “manipolati”, consiste nel focalizzare l’attenzione del lettore su uno specifico particolare dettaglio all’interno del documento probatorio preso in esame, porlo in contrasto con un’altra parte dello stesso, e così togliere valore e portata probatoria all’intero documento. Secondo Valentina Pisanty, che ha tentato di sistematizzare a livello filologico il discorso negazionista, vi è, però, un elemento chiave, che consisterebbe nella capacità di insinuare il dubbio nella mente del lettore, circa l’attendibilità dell’intera versione, che poggerrebbe, per esempio, sulla labilità psicologica del sopravvissuto o sul suo personale interesse ad ottenere un risarcimento. Su tutto questo i negazionisti fanno aleggiare, poi, il sospetto di un complotto o di un piano segreto.

In altre parole, una volta che viene suggerita al lettore l’incoerenza all’interno del documento, ne viene minata la validità dello stesso nella sua interezza, secondo l’aforisma latino *falsus in uno, falsus in omnibus*.¹⁶² Questo modo di procedere rivela una tendenza, ossessiva e polemica, a ricercare l’errore, che viene poi generalizzato ed esteso all’intero documento. Il salto logico successivo consiste nell’identificare la singola inesattezza o imprecisione con la falsità dell’intera dichiarazione o prova.

Togliendo valore al metodo scientifico, sul quale sono state costruite le precedenti ipotesi formulate e sostenute dalla storiografia ufficiale, essi le sostituiscono e costruiscono nuove e alternative verità, fondate sulle cosiddette “voci”, dicerie prive di riscontro e dunque di fondamento scientifico. Ad accrescere l’inattendibilità dei loro scritti sono le citazioni: la tecnica, consiste nel fare un ampio uso di citazioni per rafforzare la validità delle loro affermazioni: tuttavia, nella maggior parte dei casi, queste affermazioni non sono verificabili. Questo atteggiamento è stato largamente impiegato da Irving,¹⁶³ come riportato dallo storico Evans, nel processo contro Lipstadt. Secondo

¹⁶² 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*, p. 7.

¹⁶³ S. Atkins, *Holocaust Denial as an International Movement*, p. 120; D. Lipstadt, *Denying the Holocaust, the Growing Assault on Truth and Memory*, p. 23.

l'opinione professionale di Evans, il metodo di Irving consisteva nel manipolare dati storici, inserendo le citazioni in un contesto falso.¹⁶⁴

In conclusione, non si può far a meno di concordare con quanti, tra storici e filologi, hanno rinvenuto in questa ossessione per la coerenza una capziosa e maliziosa intenzione di manipolare la storia, che al contrario deve essere letta in modo, comprensivo, sistematico e pluralistico.¹⁶⁵ Un ulteriore argomento negazionista, promosso soprattutto da parte di Garaudy concerne il numero dei morti uccisi ad Auschwitz.¹⁶⁶ I negazionisti sostengono che il reale numero delle vittime sarebbe oggetto di un'esagerazione costante e che la morte degli ebrei sarebbe da imputare unicamente alla diffusione di malattie, non all'asfissia causata dai gas tossici. E a questo va connessa l'inclinazione, assai diffusa tra i negazionisti, a manipolare la cifra esatta delle vittime. Assai evocativo di tale approccio è il richiamo all'espressione del "mito dei sei milioni", inventata da Garaudy per contestare il numero delle vittime del genocidio, così come ricostruito dagli storici.

Altro aspetto di rilievo riguarda le modalità comunicative: come ha osservato Claudio Luzzati, i negazionisti si impegnano su due livelli:¹⁶⁷ da un lato, utilizzano un linguaggio aggressivo, enfatico e denigratorio;¹⁶⁸ dall'altro, assurdi studi scientifici su materie strettamente legate alla questione delle camere a gas (i loro complicatissimi studi sui livelli di Zyklon B, considerati insufficienti per uccidere un tot numero di persone raccolte in una stanza di una data ampiezza). Ovviamente l'uso di questa forma stilistica ha l'obiettivo di creare una sorta di confusione nel lettore, che nella maggior parte dei casi si trova impreparato su tali temi, privo delle necessarie competenze tecnico-scientifiche e disorientato dalla loro eccessiva profusione di numeri e di calcoli tecnici, in realtà pseudo-scientifici. Come sagacemente notato da Carlo Luzzati, questo effetto è accresciuto dal continuo passaggio da uno stile volgare, aggressivo e sprezzante a uno

¹⁶⁴ R. Evans, *Lying About Hitler, History, Holocaust and the David Irving Trial*, p. 95.

¹⁶⁵ M. Shermer, A. Grobman, *Denying History*, p. 34.

¹⁶⁶ Per una maggiore cognizione del numero effettivo delle vittime si veda F. Piper *The Number of Victims*, pp. 61-80.

¹⁶⁷ C. Luzzati, *Chi parla con chi?* p. 236.

¹⁶⁸ Come esempio, per avere cognizione di questo aspetto stilistico, si può far riferimento alla risposta di Carlo Mattogno alle critiche e alle analisi esposte da Valentina Pisanty nel suo libro sopra citato. Anche lo storico Evans, nel suo libro *Lying about Hitler*, rinviene quel tono aggressivo e sprezzante nelle parole scelte da Irving per riferirsi agli ebrei, a volte spingendosi fino a vere e proprie minacce di violenza.

preciso e asciutto, accompagnato da disquisizioni tecniche.¹⁶⁹ Si tratterebbe di una precisa strategia comunicativa, basata sulla polarizzazione.¹⁷⁰

In questo modo i negazionisti hanno la possibilità di acquisire credibilità di fronte al lettore, e di conseguenza, il suo supporto: ciò dipende dal fatto che, data la straordinaria complessità di alcuni temi da loro affrontati, il lettore non è in grado di avere una sua opinione autonoma, essendo piuttosto portato a credere a quanto legge, ignaro del carattere tendenzioso delle tesi di chi scrive.

L'elemento stilistico va tenuto in considerazione ai fini della comprensione del fenomeno, in quanto il successo delle loro idee dipende, più che dal contenuto delle stesse, dalle modalità comunicative impiegate per trasmetterlo. È ovvio che se in un primo momento la comunicazione, o meglio la diffusione, dei loro messaggi avveniva nel rispetto di un codice, quello tipico della carta stampata, oggi con l'avvento dell'era digitale, i negazionisti hanno dovuto e saputo adattarsi agli *standard* della rete e più in particolare dai *social*, che di certo ha favorito una più capillare diffusione delle loro idee.

Un esempio che meglio aiuta a chiarire come internet abbia cambiato le tecniche comunicative utilizzate per trasmettere messaggi negazionisti può essere rinvenuto nel caso riguardante il canadese Ernst Zundel, il quale fu processato in Canada per istigazione all'odio razziale per il contenuto del suo sito, lo *Zundelsite*. Gli esperti nominati per valutare se la sua pagina contenesse materiale antisemita si trovarono in grande difficoltà, perché il linguaggio utilizzato era criptico e non apertamente razzista. E le espressioni, come accade spesso tra i negazionisti, contenevano messaggi di odio piuttosto oscuri.¹⁷¹

1.10 Distinguere il discorso sulla storia dal discorso falso

La distinzione tra discorso sulla storia e discorso negazionista si rende necessaria a causa della tendenza diffusa tra coloro identificati come negazionisti a rifiutare tale etichetta, preferendo piuttosto essere denominati come revisionisti.

¹⁶⁹ C. Luzzati, *Chi parla con chi?* p. 236.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ D. Fraser, *On the Internet, Nobody Knows You're a Nazi*, p. 530.

Ma perché i negazionisti si battono così strenuamente per questa qualificazione? E, ammesso che negazionismo e revisionismo siano due cose diverse, in cosa si distingue il primo dal secondo?

Applicato alla storiografia, il concetto di revisionismo consiste generalmente in qualsiasi riesame o reinterpretazione critica di fatti storici supportati dalla storiografia dominante. Dunque, i revisionisti, pur essendo questi in disaccordo con l'interpretazione dominante, sono ritenuti partecipanti a tutti gli effetti al dibattito storiografico: sono portatori di una versione dei fatti alternativa a quella riconosciuta dalla maggior parte degli storici, ma rispettano le regole della ricerca storiografica.

L'espressione 'revisionismo storico' è stata applicata con riferimento ad alcuni eventi della Seconda Guerra Mondiale nel contesto del dibattito storiografico dell'Historikerstreit (letteralmente "controversia tra storici") tra il 1986 e il 1987, aperto da Ernst Nolte sul quotidiano liberal-conservatore *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. Questo movimento nasce in principio dal malcontento rispetto a una interpretazione della storia unilaterale, univoca, imposta e letta dall'unica prospettiva dei vincitori. Da questa insoddisfazione si sviluppò un filone interpretativo finalizzato a reinterpretare i regimi totalitari e a stabilire una redistribuzione delle responsabilità tra sconfitti e vincitori, con l'obiettivo di una riabilitazione della Germania nazista.¹⁷² Fu, ad esempio, affermato che il nazional-socialismo era una reazione necessaria al bolscevismo e nello specifico alla Rivoluzione d'Ottobre.¹⁷³

Tuttavia, l'intento di relativizzazione della "colpa" collettiva della Germania¹⁷⁴ non si fermò a un semplice dibattito sulla natura funzionale o intenzionale dello sterminio, ma si spinse fino a una rilettura, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, del genocidio degli ebrei;¹⁷⁵ Nolte, tra tutti, contestò l'unicità dei crimini nazisti:¹⁷⁶ egli, nel tentativo di normalizzare, contestualizzare e negare la specificità del genocidio, si esercitò nella comparazione ed equiparazione del genocidio con i crimini commessi dagli altri regimi

¹⁷² D. Lipstadt, *Denying the Holocaust, the Growing Assault on Truth and Memory*, p. 25.

¹⁷³ E. Nolte, *Nazionalismo e bolscevismo. La guerra civile europea 1917-1945*, p. 312.

¹⁷⁴ http://www.treccani.it/enciclopedia/revisionismo-storiografico_%28Enciclopedia-Italiana%29/

¹⁷⁵ <https://dagobertobellucci.wordpress.com/2012/10/30/elementi-sommari-sul-revisionismo-storico-in-francia-di-cesare-saletta/>

¹⁷⁶ M. Ripoli, *Ancora sul negazionismo. Garaudy letto sul serio*, p. 73.

totalitari (rinvenendo una connessione tra Gulag e Auschwitz).¹⁷⁷ Egli affermò, così, che lo sterminio degli ebrei non era altro che la versione etnica e biologica dello sterminio di classe praticato da bolscevichi.¹⁷⁸

La tesi proposta da Nolte provocò l'accesa opposizione di quanti (il sociologo Jürgen Habermas *in primis*) ritenevano che le sue affermazioni fossero volte a una sorta di giustificazione della *Shoah*. Sebbene non fosse indifferente ad una certa ideologia antisionista e antisemita, Nolte non negò mai che il genocidio degli ebrei si fosse realmente verificato. Perciò, secondo gran parte dei membri della comunità accademica, le sue tesi pur utilizzando argomentazioni comparazioniste e riduzioniste, vanno considerate come ricostruzioni degne di essere oggetto di ricerca e studio: il suo pensiero, infatti, non fu mai messo al bando dall'ambiente accademico, anzi fu oggetto di critiche, che si mossero non solo sul piano storiografico,¹⁷⁹ ma anche ideologico e culturale. Tuttavia alcuni studiosi hanno ritenuto Nolte responsabile dello sviluppo di tesi riduzioniste,¹⁸⁰ altri ancora lo considerano un antesignano del negazionismo. Non si può, infatti, non cogliere un intreccio e una continuità tra le ipotesi più estreme del revisionismo e il negazionismo stesso.¹⁸¹ Il confine tra le contestualizzazioni di Nolte e le minimizzazioni dei negazionisti sembra molto labile:¹⁸² lo dimostra il fatto che alcune delle argomentazioni dei revisionisti furono poi riprese dai negazionisti, una su tutte l'utilizzo della tecnica della comparazione, sotto il profilo qualitativo e la contestazione circa il numero effettivo delle vittime del regime hitleriano.

Ciò che ha sicuramente contribuito alla sovrapposizione del revisionismo storico con il negazionismo è da rinvenire nel fatto che il primo, pur nascendo come corrente storiografica, fu utilizzato ben presto sul piano pubblico e politico come strumento per diffondere idee antisemite.

¹⁷⁷ L'utilizzo della tecnica retorica della comparazione, ad esempio, deve essere osservato con attenzione, perché i negazionisti ne faranno ampio uso per sostenere le loro tesi.

¹⁷⁸ Z. Ciuffoletti, *Retorica del complotto*, p. 81.

¹⁷⁹ P. Vidal Nacqut, *Gli assassini della memoria*, pp. 204, 205; C. Vercelli, pp. 174-182.

¹⁸⁰ M. Flores, *Revisionismo storiografico*, Treccani, http://www.treccani.it/enciclopedia/revisionismo-storiografico_%28Enciclopedia-Italiana%29/

¹⁸¹ C. Luzzati, *Chi parla con chi*, p. 236; A. Finkielkraut, *L'avenir d'une négation*, p. 19.

¹⁸² C. Del Bò, *Tollerare l'intollerabile. il negazionismo tra etica e diritto*, pp. 5,6; V. Pisanty, *L'irritante questione delle camere a gas*, p. 6.

Va comunque ribadito che, nonostante le derive sopra evidenziate, la maggior parte degli studiosi è concorde nell'ammettere un confronto con le ipotesi revisioniste, rispetto alle quali sarebbe opportuno che la storiografia dominante instaurasse un dialogo,¹⁸³ onde evitare quelle derive interpretative che rafforzano l'antisemitismo.

Al contrario, però, le tesi negazioniste hanno un modo di procedere capzioso e illogico e non rispettano il metodo di ricerca scientifico¹⁸⁴: essendo prive di questi elementi essenziali, esse non possono considerarsi teorie e sono perciò escluse dal campo di indagine della storiografia.¹⁸⁵

I negazionisti dichiarano che possono legittimamente definirsi revisionisti poiché il loro compito sarebbe quello di "smascherare il più infame inganno della storia umana"¹⁸⁶ e cioè, in estrema sintesi (anche se, vedremo, le ipotesi costruite da ognuno di loro sono molto diverse), quello escogitato dagli ebrei per acquisire lo status di vittime e poter così legittimamente reclamare e ottenere un riconoscimento internazionale,¹⁸⁷ e la connessa sovranità statale su un territorio (ecco così spiegata la fondazione dello Stato di Israele).

In altre parole, i negazionisti si sentono investiti del compito di disvelare le bugie e le distorsioni messe in piedi dagli ebrei con l'aiuto delle banche, degli Alleati e dei media.

Sin da qui si può osservare come i negazionisti, nel ricorrere alla teoria del complotto, si limiterebbero a rigettare, rifiutare quanto stabilito dalla storiografia dominante. Il complotto, infatti, lungi dall'offrire spiegazioni alternative, rafforza stereotipi, diffondendo l'idea circa la malvagità, l'inferiorità e il potere mondiale di una

¹⁸³ M. Flores, *Revisionismo storiografico*, Treccani, http://www.treccani.it/enciclopedia/revisionismo-storiografico_%28Enciclopedia-Italiana%29/

¹⁸⁴ M. Shermer, A. Grobman, *Denying History*, p. 121.

¹⁸⁵ C. Del Bo, *Tollerare l'intollerabile. il negazionismo tra etica e diritto*, p. 9; C. Luzzati, *Chi parla con chi*, pp. 58-63.

¹⁸⁶ A. Butz, *The Hoax of the Twentieth Century: The Case Against the Presumed Extermination of European Jewry*, p. 412.

¹⁸⁷ Israele ottenne un risarcimento proporzionale al costo per lo stato necessario a reinsediare gli ebrei che erano scappati dalla Germania prima della guerra e dagli altri paesi da questa controllati. M. Shermer, A. Grobman, *Denying History*, p. 106.

minoranza religiosa. Ciò, secondo molti studiosi, si porrebbe in contrasto con la stessa essenza della democrazia e del principio di tolleranza.¹⁸⁸

Ammettendo, quindi, che revisionismo e negazionismo siano due cose diverse - poiché il primo formula interpretazioni alternative di fatti storici, accertati sulla base della ricerca storica e del materiale storico raccolto, mentre il secondo formula una tesi principale (la *Shoah* non si è mai verificata) senza alcuna argomentazione di natura storico-scientifica - non si può trascurare il fattore comune dell'antisemitismo. La ragione profonda per cui i negazionisti rifiutano vigorosamente e categoricamente tale etichetta risiede nel tentativo di accreditarsi come validi interlocutori all'interno della comunità scientifica, potendo, così, in quella sede, promuovere più facilmente e in modo più subdolo la loro ideologia, senza essere tacciati dell'appellativo di ciarlatani. Ottenuta la legittimazione della comunità scientifica, essi potrebbero vedere le loro tesi accreditarsi come teorie,¹⁸⁹ dotate di validità scientifica. Va tenuto presente, poi, che l'avvento del web e dell'era digitale ha reso ancor più ambigua e difficile la distinzione tra revisionismo e negazionismo, rappresentando quindi un enorme vantaggio per i negazionisti, che hanno acquisito in questo modo un raggio d'azione più ampio e meno controllabile.

¹⁸⁸ R. Evans, *Lying About Hitler, History, Holocaust and the David Irving Trial*; C. Luzzati, *Chi parla con chi?*, pp. 242, 243; D. Lipstadt, *Denying the Holocaust, the Growing Assault on Truth and Memory*, p. 24; D. Bifulco, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla «menzogna di Auschwitz»* p. 107.

¹⁸⁹ C. Del Bò, *Tollerare l'intollerabile. il negazionismo tra etica e diritto* p. 9.

2 Giustificazioni e limiti della libertà di espressione: il negazionismo messo alla prova

1. Premessa. – 2. Distinzione del negazionismo dal discorso d’odio. – 2.1. Tentativi definitivi dello “hate speech”. - 2.2. Rapporti tra “hate speech” e negazionismo. - 3. Il criterio epistemico-veritativo e il principio del “free marketplace of ideas”. – 3.1. Introduzione. – 3.2. Il criterio epistemico-veritativo di Mill – 3.3. La teoria del libero mercato delle idee. – 3.4. Sintesi. -3.5. Criticità della teoria che si fonda sul criterio epistemico della verità. – 3.6. Limiti alla libertà di espressione: il principio del danno. – 3.7. Ipotesi applicative. - 4. La libertà di espressione come tutela della democrazia. – 4.1. Critiche all’argomentazione fondata sulla democrazia. - 4.2. Limiti alla libertà di espressione: la democrazia militante e il paradosso della tolleranza. - 5. Nessi concettuali tra principio di autonomia e libertà di espressione: la giustificazione fondata sull’autonomia individuale. – 5.1. Fondamenti teorici. – 5.2. Limiti alla libertà di espressione in base al principio di autonomia.

2.1 Premessa

Un primo obiettivo del seguente capitolo è di distinguere i diversi fondamenti del diritto alla libertà di espressione elaborati nel campo della filosofia del diritto e conseguentemente le teorie che ne giustificano una sua limitazione. Poiché il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero è stato formulato utilizzando una terminologia volutamente indeterminata, indagare le varie teorie circa la giustificazione sostanziale del diritto alla libertà di espressione ci permette di comprendere quali sono i valori e gli obiettivi, che ne giustificano la protezione.¹⁹⁰ In base alla giustificazione del principio di volta in volta preso in esame potrà essere tracciato il perimetro di applicazione del diritto. Individuarne i limiti attraverso la giustificazione, significa definire il diritto stesso, secondo la teoria che vede ogni diritto come intrinsecamente limitato: è per tale ragione

¹⁹⁰ G. Pino, *Diritti e Interpretazione*, pp. 90-91 e 141.

che i limiti dei diritti fondamentali così individuati sono stati definiti “limiti impliciti o naturali”.¹⁹¹

Il secondo passaggio consisterà nell’individuazione di casi paradigmatici, cioè le fattispecie chiaramente e intuitivamente coperte dall’ombrello di protezione del diritto, ovvero all’interno dei limiti tracciabili in base alla giustificazione di volta in volta considerata. Si tenterà, poi, di stabilire se il negazionismo,¹⁹² inteso come ipotesi-limite, si posiziona all’interno o all’esterno della sfera di protezione garantita alla libertà di espressione secondo quella particolare giustificazione sostanziale del diritto. L’obiettivo conclusivo è quello di valutare se il fenomeno preso in esame possa ritenersi incluso o escluso all’interno dell’ambito di protezione del diritto, eventualmente creando una nuova giustificazione, che sia aggiustata e modulata alla luce del caso limite in esame. Tale risultato verrà raggiunto attraverso un metodo argomentativo affine a quello dell’“equilibrio riflessivo”, elaborato da John Rawls:¹⁹³ il procedimento cui mi riferisco, definito di “bottom up” da una corrente dottrinale,¹⁹⁴ parte da casi paradigmatici, interpretati alla luce di determinate giustificazioni del principio in esame, per poi spostarsi progressivamente, tramite il ragionamento per analogia, ai casi-limite, fino a ritornare in un movimento circolare alla giustificazione, che verrà eventualmente riformulata.¹⁹⁵

La principale dicotomia che può essere stabilita tra le varie argomentazioni messe in campo è tra una concezione minimalista, che ritiene che lo stato non debba restringere contenuti espressivi che non rappresentino un danno, e altri orientamenti che hanno una impostazione più restrittiva. Altri filosofi hanno tentato di raggruppare le varie interpretazioni in due distinte macrocategorie: le dottrine consequenzialiste e quelle non-consequenzialiste, facendo riferimento a quelle che giustificano la libertà di espressione

¹⁹¹ Ivi, pp. 158-160.

¹⁹² Questo comportamento viene qui considerato come caso dubbio di legittimo esercizio della libertà di espressione, a differenza dei cosiddetti casi paradigmatici che possono essere, in base a determinate giustificazioni, istanze di violazione o di esercizio di quel diritto.

¹⁹³ L’ “equilibrio riflessivo” è un concetto ideato John Rawls come modello di ragionamento in tema di giustificazione di principi e valori. Per un maggiore sviluppo su tale nozione si veda J. Rawls, *Una teoria della Giustizia*, pp. 56-58; più in generale R. Dworkin, *The Original Position*, pp. 509-19.

¹⁹⁴ D. Réaume, *Of Pigeonholes and Principles: a Reconsideration of Discrimination Law*, pp. 117, 118.

¹⁹⁵ G. Pino, *Diritti e interpretazione*, p. 142.

in base agli effetti esterni prodotti nella società e quelle che invece fanno riferimenti a argomenti normativi.¹⁹⁶

Ma non si può trascurare che in realtà gli elementi di ciascuna teoria giustificativa si sovrappongono tra loro e perciò una suddivisione chiara e precisa non risulta possibile. Rappresenta, inoltre, un punto di notevole problematicità la mancanza di una definizione uniforme di quali siano gli atti potenzialmente suscettibili di rientrare all'interno della categoria di atti protetti dalla libertà di espressione.¹⁹⁷ La dottrina giuridica, infatti, ha a lungo dibattuto sulla nozione di libertà di manifestazione del pensiero: cioè, se essa debba includere solo le parole o debba espandersi anche ad altre forme di espressione.¹⁹⁸

Prima di procedere con quanto appena illustrato, occorrerà preliminarmente distinguere il discorso d'odio dal discorso negazionista.

2.2 Distinzione del negazionismo dal discorso d'odio

Il discorso negazionista deve essere inteso unicamente come discorso falso, o anche come discorso ostile?

Abbiamo affermato in precedenza che il negazionismo può essere considerato principalmente una forma di antisemitismo, in quanto, negando un evento traumatico sul piano collettivo e parte integrante della stessa identità e cultura ebraica, manifesta idee di avversione nei confronti di una minoranza religiosa che viene così stigmatizzata. Occorre quindi valutare la sua riconducibilità all'interno della categoria dei discorsi d'odio.

Ma prima di valutare tale operazione risulta necessario definire l'area semantica di questa nozione, dai confini incerti e scivolosi.

¹⁹⁶ K. Greenawalt, *Free Speech Justifications*, p. 120.

¹⁹⁷ Interessante è la distinzione che l'autore Frederick Schauer compie a fini argomentativi tra discorso-parola, espressione e comunicazione. F. Schauer, *A Philosophical Enquiry*, p. 50.

¹⁹⁸ Vi sono interpretazioni particolarmente ampie del concetto di "discorso": ad esempio, è significativa la definizione che la Suprema Corte dell'Illinois ha fornito in merito all'uso della svastica nella sentenza *Village of Skokie v. Nat'l Socialist Party of America*. Secondo l'interpretazione di questo organo l'esibizione della svastica durante una parata nazista rappresenterebbe un discorso politico simbolico. Il caso in occasione del quale la Corte ha espresso tale opinione riguardava, appunto, l'autorizzazione di una marcia nazista che doveva attraversare un quartiere a prevalenza ebraica nel comune di Skokie, Illinois.

Una volta circoscritto l'ambito di applicabilità di tale concetto si valuterà se e a quali condizioni le dichiarazioni negazioniste possano configurarsi come discorso d'odio.

2.2.1 Tentativi definitivi dello "hate speech"

Per poter valutare se il discorso negazionista sia sempre discorso d'odio, occorre definire il discorso d'odio e accertare se gli elementi essenziali del discorso negazionista possano essere rinvenuti anche in esso. Se tale operazione ha esito positivo, il discorso negazionista è sempre una forma di discorso d'odio; in caso contrario il discorso negazionista contiene un *quid pluris*, che andrà identificato e analizzato.

Non esiste una nozione condivisa a livello di diritto internazionale di "hate speech"; in questa sede ne analizzeremo due. La prima è quella contenuta nella Raccomandazione no. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States of the Council of Europe on "Hate Speech", sebbene sul piano giuridico sia priva di carattere vincolante per gli stati membri del Consiglio d'Europa. Questa definizione stabilisce che con il termine "hate speech" deve intendersi ogni manifestazione di pensiero che «diffonde, incita, promuove o giustifica l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza, che includono: intolleranza espressa da aggressivo nazionalismo e etnocentrismo, discriminazione e ostilità contro minoranze, migranti e persone di origini straniera (immigrata)».

La seconda definizione di "hate speech" è quella della Commissione Europea: [hate speech è] «la denigrazione della reputazione di un gruppo sociale, stereotipato attraverso alcune caratteristiche nazionali, di razza o religiose, accompagnate da un incitamento all'ostilità, alla violenza e alla discriminazione contro tale gruppo».¹⁹⁹

La definizione del Consiglio d'Europa è più ampia, poiché include in sé fattispecie eterogenee che vanno dalla mera diffusione o giustificazione, cioè quei casi in cui la connessione tra espressione dell'agente ed effetto esterno è indiretta e solamente potenziale, fino alle condotte di istigazione, in cui invece il rapporto tra manifestazione

¹⁹⁹ "Hate Crime and Hate Speech in Europe: Comprehensive Analysis of International Law Principles, EU-wide Study and National Assessments" prodotto nell'ambito del progetto PRISM (Preventing, Repressing & Inhibiting Hate Speech in New Media) finanziato dalla Commissione Europea.

delle idee e commissione di azioni discriminatorie da parte dei destinatari del messaggio si fa più stretto e diretto. Inoltre, l'ampiezza definitoria riguarda anche il contenuto delle idee cui è attribuito disvalore intrinseco, includendo "ground" di discriminazione abitualmente esclusi dall'alveo di protezione,²⁰⁰ come ad esempio l'odio contro i migranti. Ciò, però, apre la strada ad un catalogo di potenziali minoranze vulnerabili, suscettibili di essere soggette a messaggi di odio. Un punto debole della definizione proposta dal Consiglio d'Europa è proprio questa vaghezza.

Al contrario, la Commissione Europea ha tentato di restringere la definizione di "hate speech" legando l'elemento denigratorio verso il gruppo a quello dell'incitamento a causare atti di violenza, ostilità e discriminazione.

Occorre tenere presente che la vaghezza della prima definizione discende dalla difficoltà di individuare una nozione uniforme tra i vari ordinamenti degli stati membri del Consiglio d'Europa,²⁰¹ vista la natura altamente ideologizzata del discorso d'odio. Infatti, attribuendo disvalore alle manifestazioni di idee di odio, queste sarebbero escluse dalla copertura garantita dal diritto alla libertà di espressione sulla base del sentimento che veicolano.

Le problematiche relative alla modalità comunicativa utilizzata e alla finalità della condotta discendono soprattutto dal fatto che il discorso d'odio, come discorso e dunque come fenomeno da considerarsi nella sua dimensione comunicativo-espressiva, si caratterizza principalmente per un sentimento di odio,²⁰² che si estrinseca in avversione rivolta a determinate persone per la loro appartenenza a minoranze o in espressioni nocive nei confronti del gruppo, o che comunque sono volte a generare odio nell'uditorio.²⁰³ Quindi, partendo dalla difficoltà relativa all'impossibilità di attribuire un carattere

²⁰⁰ A. Spena, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, p. 592.

²⁰¹ Tale vaghezza secondo Antonella Besussi è strumentale perché permette di includervi le più varie forme senza dover necessariamente discuterne il contenuto ostile effettivo. Si veda A. Besussi, *Discorso Negazionista e Libertà di Pensiero*.

²⁰² Contra si veda A. Brown, *What is Hate Speech? Part 1: The Myth of Hate*, p. 467. La sua tesi è che tale categoria concettuale possa essere utilizzata anche quando l'elemento dell'odio non è presente e che il termine "odio" non vada inteso nella sua accezione letterale. La conseguenza è ovviamente un'estensione concettuale dell'area semantica.

²⁰³ G. Gometz, *L'odio proibito: la repressione giuridica dello hate speech*; R. Cohen-Almagor, *The Scope of Tolerance: Studies on the Costs of Free Expression and Freedom of the Press*, p. 11.

determinato a un sentimento traslato in ambito legale, si aggiunge l'ulteriore aspetto di vaghezza relativo al soggetto al quale deve essere riferito il sentimento di odio, che può essere al contempo rinvenuto dietro le parole espresse dall'agente, ma può anche manifestarsi sull'uditorio che si intende convincere, potendo infine esser rivolto alle vittime, soggetti dei messaggi di odio.²⁰⁴ Definire lo "hate speech" è, dunque intrinsecamente difficile; è purtuttavia uno sforzo ineludibile, laddove si consideri necessario un intervento del diritto a regolare tale fenomeno, in quanto reputato lesivo di beni essenziali.

La vaghezza che abbiamo appena illustrato ha generato un forte dialogo a livello giurisprudenziale²⁰⁵ e dottrinale. Gli studiosi hanno infatti accolto nozioni assai diverse: ad esempio, Giorgio Pino definisce lo "hate speech" come "discorso finalizzato a promuovere odio nei confronti di certi individui o gruppi, impiegando epiteti che denotano disprezzo nei confronti di quel gruppo a causa della sua connotazione"²⁰⁶: ciò che rileva qui è la finalità di "advocacy", cioè l'invito a aderire alle idee manifestate, anche in mancanza di una pericolosità in concreto della condotta espressiva. Come ha chiaramente espresso il filosofo del diritto Jeremy Waldron, il sentimento di odio che caratterizza tale tipo di discorso non deve riferirsi al motivo, ma all'effetto derivante dalla sua espressione.²⁰⁷ Ciò a cui viene dato rilievo accanto alla finalità della condotta è il contenuto, consistente nel ricorso a stereotipi.

Un altro orientamento dottrinale considera essenziale ai fini della configurabilità dello "hate speech" che il discorso consista in un incitamento volontario e idoneo a

²⁰⁴ A. Besussi, *Hate Speech. Una categoria inattendibile*, p. 43. Jeremy Waldron si sofferma sull'interpretazione che viene data al termine odio, contenuta nell'espressione "hate speech": egli acutamente sottolinea che mentre la maggior parte delle persone lo riferisce all'attitudine soggettiva della persona che esprime quel pensiero, la legislazione fa riferimento agli effetti di certe forme di discorso. Si veda J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, p. 35.

²⁰⁵ Sul piano della giurisprudenza europea occorre ricordare che è stato privilegiato un approccio "case by case", che non permette di riscontrare una definizione uniforme interna alla giurisprudenza. Sembra tuttavia opportuno qui riportare quella elaborata nel caso *Gündüz c. Turkey* che ha ammesso la possibilità di restringere la libertà di espressione rispetto a "tutte quelle forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano odio basato sull'intolleranza", para 40. Si veda anche *Belkacem c. Belgio; Sürek (no.1) c. Turchia; Erbakan c. Turchia*.

²⁰⁶ G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, pp. 293-294.

²⁰⁷ J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, p. 35.

causare atti violenti e discriminatori verso un singolo in quanto appartenente a una minoranza o verso l'intero gruppo sociale.²⁰⁸ Secondo tale interpretazione, lo “hate speech” si configura come istigazione e dunque si fonda sulla sussistenza di un nesso causale diretto tra parole e atti violenti e discriminatori: ciò che rileva quindi sono gli effetti diretti del discorso, idonei a produrre un danno. In base a questa interpretazione sarebbe utile richiamare l'immagine utilizzata da Andrea Pugiotto come titolo del suo articolo “Le parole sono pietre”, per cui il discorso si fa azione e acquisisce carica lesiva rispetto ai diritti individuali della persona. Tale teoria si fonda, quindi, sull'assunto che il discorso è azione,²⁰⁹ così come elaborato dalla Critical Race Theory (CRT).²¹⁰ Essa, partendo da uno studio sociologico sulla sussistenza di rapporti di subordinazione, oppressione e discriminazione sussistenti e preesistenti nella società, ha osservato gli effetti indiretti sulle vittime *target* del discorso²¹¹ e quelli sociali prodotti dai discorsi d'odio in un dato contesto.²¹²

La definizione di “hate speech” che deriva da questo approccio è dunque ampia e identifica una soglia bassa per considerare il discorso come “discorso d'odio”. All'estremo opposto, è presente un orientamento²¹³ che non considera sufficiente la connessione causale tra discorso e danno giuridicamente rilevante, cioè il caso in cui

²⁰⁸ G. Ziccardi, *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, p. 21.

²⁰⁹ Tale impostazione permetterebbe di rimuovere lo “hate speech” dallo spettro delle garanzie per la protezione della libertà di espressione e rimuovere le barriere che impediscono una sua regolamentazione e limitazione. Si veda in tal senso A. Altman, *Liberalism and Campus Hate Speech: A Philosophical Examination*; R. Langton, *Speech Acts and Unspeakable Acts*.

²¹⁰ Per una più approfondita disamina su CRT si veda M. J. Matsuda, Charles R. Lawrence III, R. Delgado, K. W. Crenshaw, *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, pp. 21, 22.

²¹¹ Sia in quanto lesi direttamente in un bene loro appartenente quale, ad esempio, la dignità, sia legittimando atti di violenza contro il gruppo bersaglio. Alcuni autori hanno rilevato che le evidenze mostrano una connessione tra discorsi di odio e il mutamento dei comportamenti da parte del gruppo discriminato e una riduzione dell'autostima. In tal senso, si veda D. Brink, *Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech*, p. 144.

²¹² Si fa riferimento a quello che la CRT ha inquadrato come “effetto silencing”, nel senso che, sia nella dimensione individuale che sociale, si verrebbe a creare un ambiente ostile e un humus ancora più fertile al rafforzamento della discriminazione nei confronti dei soggetti appartenenti a gruppi vulnerabili. Si veda R. Delgado and J. Stefancic, *Must We Defend Nazis?*, pp. 155, 156.

²¹³ A. Besussi, *Hate Speech. Una categoria inattendibile*, p. 53.

l'espressione di umiliazione mirata nei confronti di un gruppo provochi in modo immediato una condotta illegale o violenta, ma richiede ulteriori elementi: l'intenzionalità di chi pronuncia il discorso; il carattere del discorso; il modo in cui si vuole esercitare pressione sull'uditorio e la sua vulnerabilità.²¹⁴

Quindi volendo riassumere in modo non esaustivo i criteri relativi alla definizione della soglia necessaria per stabilire quando un discorso si qualifica come discorso d'odio, occorre distinguere tra quattro orientamenti: quello che ritiene essenziale l'accertamento del pericolo concreto di comportamenti lesivi di beni giuridici protetti, quello che ritiene necessario l'accertamento dell'intento e del contenuto,²¹⁵ quello che qualifica il discorso sotto il profilo formale e cioè facendo riferimento all'aggressività del linguaggio utilizzato, quello che prende in considerazione non solo il carattere del discorso, ma anche l'intenzione di chi parla, e la condizione di chi ascolta.

Il rilievo attribuito da una parte degli studiosi al criterio della forma espressiva utilizzata per valutare se una manifestazione espressiva possa qualificarsi come "hate speech" risente dell'influenza dei criteri elaborati in via giurisprudenziale per stabilire i limiti del diritto di critica: questi sono stati traslati da tale ambito e impiegati in materia di discorso d'odio per distinguere il dissenso ragionato da manifestazioni di intolleranza gratuite e immotivate, e dunque non coperte dalla sfera di protezione garantita dalla libertà di espressione. Secondo tale interpretazione, che è stata applicata dalla giurisprudenza italiana in casi di propaganda discriminatoria, le seconde si distinguerebbero dalle prime in base a due criteri: quello della continenza formale e del contenuto.²¹⁶

Un'altra parte degli studiosi si innesta su tale orientamento affermando che lo "hate speech" debba sì intendersi come dissidio, caratterizzato, però, da due aspetti ulteriori: il carattere insultante della forma espressiva e l'aggressività rivolta a persone vulnerabili. Accanto, dunque, all'elemento formale acquista rilevanza il *target* di riferimento. Il contenuto del messaggio assume rilevanza assieme all'elemento formale e quello relativo alla vulnerabilità del destinatario, ovvero all'appartenenza a categorie o minoranze riconosciute come più deboli per via di determinate caratteristiche

²¹⁴ V. Blasi, *Shouting Fire in a Theater and Vilifying Corn Dealers*; T. M. Scanlon *A Theory of Free Expression*.

²¹⁵ R. Cohen-Almagor, *Holocaust Denial is a Form of Hate Speech*, p. 35.

²¹⁶ A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*.

previamente identificate come fonte di discriminazione. In tale maniera il presupposto per qualificare come odiose determinate espressioni viene identificato nella sussistenza di una relazione asimmetrica tra chi parla e il bersaglio del discorso, cioè il gruppo di appartenenza,²¹⁷ riproducendo e rafforzando in questo modo il rapporto di subordinazione già sussistente a livello sociale.

In conclusione, mi sembra che ai fini della definizione di discorso d'odio si possa accogliere, modulandola, la definizione formulata dal Consiglio d'Europa, secondo cui deve considerarsi "hate speech" ogni manifestazione di pensiero che «diffonde, incita, promuove o giustifica l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza, che includono: intolleranza espressa da aggressivo nazionalismo e etnocentrismo, discriminazione e ostilità contro minoranze, migranti e persone di origini straniera (immigrata)». Gli elementi essenziali del discorso d'odio vanno individuati nella modalità espressiva-comunicativa, nel contenuto (deve impiegare stereotipi rivolti a discriminare determinate minoranze storicamente considerate vulnerabili), nella forma dal carattere aggressivo, e nel contesto.²¹⁸ Come sottolineato da Michel Rosenfeld, anche il "dove" può fare la differenza, cioè il paese, la società o la cultura coinvolta.²¹⁹ Una definizione contenente tali elementi possiede il vantaggio di considerare le circostanze del caso concreto, attribuendo valore - ai fini della qualificazione - anche al contesto storico e culturale in cui la dichiarazione viene resa. Ritengo che vada invece esclusa da questa l'elemento dell'immediatezza tra parola e azione, ovvero gli effetti esterni producibili dalla condotta espressiva. Tale criterio rileverebbe invece solo ai fini della determinazione dell'area di intervento del diritto penale.

In sintesi, come sistematizzato da Andrew Sellars nel suo articolo "Defining Hate Speech", tra le varie definizioni di "hate speech" elaborate si possono evidenziare i seguenti elementi comuni: il gruppo "target", il contenuto del messaggio che deve

²¹⁷ G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, p. 4.

²¹⁸ Non vanno trascurate le disposizioni che accolgono una nozione ristretta di "hate speech", includendovi solo quei discorsi che si rivolgono- e dunque hanno come pubblico- le stesse persone a cui sono rivolti insulti e aggressioni verbali: vi sarebbe secondo tale definizione una sovrapposizione tra uditorio e *target* del messaggio.

²¹⁹ M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, p. 1528.

veicolare odio, il danno causato dal discorso, l'intenzione del parlante, l'incitamento alla violenza, l'audience, il riferimento al contesto.²²⁰

2.2.2 Rapporti tra "hate speech" e negazionismo

Partendo dalla definizione stipulativa sopra accolta, il negazionismo può essere qualificato come "hate speech" solo in certi casi. Infatti, nonostante sia pacifico che il negazionismo sia intrinsecamente ostile perché motivato dall'antisemitismo, non sempre soddisfa gli altri elementi sopra indicati. Sulla base di questa impostazione, va escluso che la semplice negazione possa raggiungere la soglia di "hate speech".²²¹

Il contenuto antisemita può essere facilmente desunto dall'utilizzo della teoria del complotto, che ha come finalità quella di propagandare un'idea distorta e manipolata della storia. L'obiettivo insito nella condotta dei negazionisti, come vedremo di seguito, è quello di condizionare e influenzare l'opinione pubblica, affermando quegli stereotipi negativi che sono stati utilizzati per stigmatizzare gli ebrei nel corso dei secoli,²²² come individui potenti e in grado di controllare le sorti del mondo attraverso l'influenza e la manipolazione delle banche e dei media.

Quindi, in realtà, quando il discorso negazionista assume le caratteristiche del discorso d'odio è sempre connotato dall'elemento razziale: si tratta, infatti, attualmente, di un sentimento di odio non tanto fondato sull'elemento religioso, quanto piuttosto su quello etnico.

Secondo altre definizioni di "hate speech", invece, il discorso negazionista rientrerebbe sempre in tale categoria. Antonella Besussi definisce il discorso sulla negazione come discorso odioso perché avrebbe una duplice finalità: da una parte, quella di denigrare la minoranza oggetto del discorso, da qui il carattere antisemita; dall'altra,

²²⁰ A. Sellars, *Defining Hate Speech*, p. 24 ss. Per un ulteriore approfondimento sul tema si veda A. Brown, *Hate Speech Law*.

²²¹ Ci sono però voci discordanti. Ad esempio, Alan Dershowitz sostiene che le tesi affermate dai negazionisti sono la quintessenza dell'antisemitismo, poiché finalizzate alla diffusione dell'odio verso una minoranza religiosa. Di conseguenza, egli, assumendo l'intento discriminatorio e il contenuto intrinsecamente ostile del discorso negazionista, accoglie l'idea che anche il mero diniego debba considerarsi "hate speech".

²²² R. Cohen-Almagor, *Holocaust Denial is a Form of Hate Speech*, p. 4.

quella di trasferire nei confronti dell'uditorio credenze volte a dare un'immagine degradata della minoranza.²²³

Nella stessa direzione vanno anche altre riflessioni. La mera negazione dell'Olocausto secondo una parte degli studiosi²²⁴ sarebbe da considerarsi discorso odioso, a prescindere dalla forma espressiva utilizzata, per la portata lesiva e offensiva del contenuto rispetto alla dignità degli ebrei e delle vittime della *Shoah* e sarebbe dunque da qualificarsi come "hate speech", almeno nei paesi che hanno subito tale esperienza.²²⁵ Assumerebbe ulteriormente rilievo l'esperienza del paese in cui la manifestazione viene espressa: in altre parole, la corrispondenza tra luogo del discorso negazionista e luogo in cui è avvenuto il crimine contro l'umanità oggetto della negazione.

Perciò, è ovvio che se seguiamo un'impostazione teorica che prescinde dalla modalità espressiva e dal contesto della dichiarazione, allora il discorso negazionista non deve essere considerato solo come discorso falso, ma anche come discorso ostile.

D'altra parte, vi è un orientamento che non condivide questa tesi. Nel corso degli anni si è infatti consolidata una nozione di "hate speech" che prevede quale elemento essenziale del discorso l'impiego di parole "minacciose, abusive o insultanti",²²⁶ attribuendo rilevanza al tono e alle modalità espressive, come si può ritrovare nella definizione sopra accolta.

Occorre tenere a mente che le dichiarazioni dei negazionisti non sempre utilizzano toni aggressivi o esplicitamente razzisti e antisemiti: in tal caso queste non potrebbero rientrare nella definizione di "hate speech" previamente accolta. Di conseguenza, le leggi formulate al fine di proibire i discorsi d'odio non sarebbero in grado di coprire le affermazioni e le denunce rese dai negazionisti, perché prive di quel linguaggio esplicitamente aggressivo e insultante.

Ne consegue un'ulteriore osservazione: alcune manifestazioni di idee negazioniste, se non la maggior parte, come la storia dimostra, evitando insulti etnici e razziali, sfuggono facilmente alle maglie del diritto, poiché la fattispecie concreta non risulta suscettibile in quelle astratte che solitamente gli ordinamenti introducono al fine

²²³ A. Besussi, *Discorso negazionista e libertà di espressione*, p. 44.

²²⁴ R. Kahn, *Cross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech Law in the United States and Germany*, p. 178.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Ivi, p. 183.

di punire lo “hate speech” (nella forma della propaganda o dell’istigazione razziale, ad esempio). Si tratta, appunto, nella maggior parte dei casi quando parliamo di discorso negazionista di dichiarazioni “fredde”, secondo l’espressione usata da Mari Matsuda.²²⁷ In altre parole, nonostante il messaggio che le dichiarazioni intendono trasmettere sia sempre lo stesso (cioè il contenuto di fondo antisemita), le modalità comunicative possono essere molto diverse.

E’ su queste osservazioni che un certo orientamento dottrinale ha manifestato l’esigenza di elaborare delle fattispecie legali *ad hoc*, che criminalizzino o sanzionino le semplici dichiarazioni negazioniste.²²⁸ La finalità preventiva di porre un argine al diffondersi di idee razziste e antisemite espresse in modo subdolo, tali da minacciare comunque l’ordine pubblico,²²⁹ o altri beni meritevoli di tutela, legittimerebbe un abbassamento della soglia del penalmente rilevante con il conseguente rischio di incidere in modo sproporzionato sul diritto alla libertà di espressione.

Del resto, come ha colto Schauer, la necessità che una parte della letteratura avverte di punire il negazionismo si fonda proprio sulla sua interrelazione con l’antisemitismo e l’obiettivo di opporvisi piuttosto che sulla volontà di affermare che determinati fatti storici siano realmente accaduti.²³⁰

²²⁷ M. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, p. 2366.

²²⁸ C’è infatti chi propone che il negazionismo sia considerato una forma di incitamento al genocidio. Ciò garantirebbe un solido fondamento per l’introduzione nella Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio di una disposizione *ad hoc*. Sul punto si veda C. Fournet, C. Pégurier, *Combating genocide denial via law état des lieux of anti-denial legislation*.

²²⁹ R. Wistrich, *Holocaust Denial*, p. 110.

²³⁰ F. Schauer, *The Content and the Context of Hate Speech*, p. 132

2.3 Il criterio epistemico veritativo e il principio del “free marketplace of ideas”

2.3.1 Premessa

Il principio della libera circolazione delle idee fu elaborato in via giurisprudenziale negli Stati Uniti sulla scorta delle osservazioni del giudice Oliver Wendell Holmes, nella sua opinione dissenziente espressa in relazione alla sentenza *Abrams v United States* del 1919.²³¹ Il principio fu ulteriormente sviluppato dai giudici statunitensi nella sentenza *Red Lion v Broadcasting*, in cui viene affermato che il fine del Primo Emendamento - che garantisce la libertà di espressione nell'ordinamento statunitense - è quello di preservare un libero mercato delle idee in cui la verità prevalga, piuttosto che supportare la monopolizzazione dello stesso. In altre parole, vi è la convinzione che una società, in cui vige la discussione aperta, sia da preferire rispetto a un regime di censura che intervenga a eliminare forzatamente ciò che viene considerato falso o sbagliato.²³² In sintesi, la tesi del libero mercato delle idee si basa su due punti; in primo luogo, la verità si diffonde più facilmente in tale regime e, inoltre, la libera circolazione contribuisce al benessere individuale, favorendo lo sviluppo interiore degli individui che compongono la società.

²³¹ Egli utilizza l'espressione “free trade in ideas” e non fa riferimento all'espressione “free marketplace of ideas”, che verrà poi impiegata per indicare il suo pensiero. Tuttavia, nella stessa opinione dissenziente il Giudice Holmes esplicita che “il miglior test per la verità è il potere del pensiero di venire accettato nella competizione con le altre idee all'interno del mercato”. Dunque, è già presente l'idea del mercato che attraverso la libera competizione delle idee lascia emergere il “vero”.

²³² Un'ulteriore pietra angolare della teoria del libero mercato delle idee è rappresentata dalla sentenza *Whitney v. California* (1927). In tale occasione il giudice Louis Brandeis nella sua opinione concorrente ha sancito il principio secondo cui “the best remedy for false speech is more speech”. Egli è stato così considerato il fondatore della cosiddetta “counter-speech doctrine”, in base alla quale la risposta più efficace ai discorsi negativi consiste nel contrastarli con discorsi positivi.

2.3.2 Il criterio epistemico veritativo di Mill

Quanto elaborato dalla giurisprudenza americana²³³ poggia le sue basi teoriche, nonché le sue giustificazioni concettuali, sul pensiero di John Stuart Mill, da lui esposto all'interno del saggio "Sulla Libertà".²³⁴ Se quella che è poi divenuta la teoria del libero mercato delle idee va tenuta distinta dal pensiero milliano, occorre comunque riconoscerne il legame concettuale. È Mill che per la prima volta afferma il principio cardine con cui tutta la teoria filosofica sulla libertà di espressione si confronterà:²³⁵ l'idea che dal libero scambio delle idee, e, dunque, dal loro libero dispiegamento e confronto, nonché da una discussione priva di limitazioni, emergere naturalmente la verità, attraverso un processo graduale, fatto di tentativi ed errori.²³⁶ Come sintetizza Michel Rosenfeld, nella concezione milliana i benefici derivanti dalla libera discussione supererebbero nel lungo periodo i danni provocati da espressioni suscettibili di offendere la dignità altrui.²³⁷ Mill, perciò, sulla base di una valutazione del rapporto costi-benefici, attribuirebbe al diritto alla libertà di espressione carattere assoluto: ne consegue che la libertà di espressione non debba essere oggetto delle limitazioni imposte dal diritto e che lo Stato non debba in alcun modo interferire nelle idee degli individui.

La teorizzazione dell'assenza di limiti si fonda sulla convinzione presente in Mill che i governi non abbiano alcun interesse a attribuire valore preminente a ciò che è vero²³⁸

²³³ Per una ricognizione della giurisprudenza statunitense in materia si vedano le seguenti sentenze: *Board of Education v Pico*, 457 U.S. 853, 866 (1982); *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263, 267 n.5 (1981); *Citizens-Against Rent Control v. City of Berkeley*, 454 U.S. 290, 295 (1981); *Consolidated Edison Company v. Public Service Comm'n*, 447 U.S. 530, 537, 538 (1980); *FCC v. Pacifica Found.*, 438 U.S. 726, 745-46 (1978); *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748, 760 (1975); *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809, 826 (1975); *Miami Herald Publishing Company v. Tomillo*, 418 U.S. 241, 248 (1974); *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374, 382 (1966).

²³⁴ J. S. Mill, *Saggio sulla Libertà*.

²³⁵ In realtà gran parte degli studiosi ritiene che la tesi che sostiene il libero confronto delle idee per il raggiungimento della verità abbia le sue origini più antiche nel pensiero espresso da John Milton nell'*Aeropagitica* (1644).

²³⁶ Mill dichiara che "anche se l'opinione repressa è un errore, può contenere, e molto spesso contiene, una parte di verità; e poiché l'opinione generale o prevalente su qualsiasi questione è raramente, o mai, l'intera verità, è soltanto mediante lo scontro tra opinioni opposte che il resto della verità ha una probabilità di emergere".

²³⁷ M. Rosenfeld, *La filosofia della libertà di espressione in America*, p. 24.

²³⁸ K. Greenawalt, *Free Speech Justifications*, p. 131.

e che un'opinione soppressa dall'autorità in quanto considerata dall'autorità falsa, potrebbe poi rivelarsi vera.

Mill giustifica il diritto alla libertà di pensiero unicamente alla luce della ricerca e del perseguimento della verità. Il valore supremo che Mill attribuisce alla libertà individuale e, in particolare, alla libertà di espressione, discende proprio dalla fiducia che ripone nella razionalità umana. Per Mill il perseguimento della verità -che emerge attraverso il dialogo, lo scontro tra il vero e il falso, lo scarto del secondo e la naturale vittoria del primo²³⁹- è considerato bene da privilegiare sugli altri perché permette il progresso²⁴⁰. E infatti secondo l'autore: "soltanto la varietà delle opinioni offre uguali opportunità a tutti gli aspetti della verità".²⁴¹ Qualora manchi tale aspetto la stessa verità rischia di diventare un pregiudizio, un dogma.

Il richiamo all'importanza del dialogo per la ricerca della verità ha le sue fondamenta nella maieutica socratica, e poi nel pensiero aristotelico contenuto nella *Retorica*. Sia la scuola socratico-platonica che quella aristotelica condividevano l'idea che il contraddittorio tra le parti fosse lo strumento più efficace per raggiungere la verità;²⁴² in particolare, è utile sottolineare che Aristotele, nell'attribuire un valore speciale alla ricerca della verità, considerava che il miglior modo per raggiungerla fosse lo scambio interpersonale e pubblico.²⁴³

2.3.3 La teoria del libero mercato delle idee

Con il tempo il principio elaborato da Mill ha subito consistenti manipolazioni. Sicuramente Holmes ha reso possibile lo sviluppo di una teoria del libero mercato delle idee autonoma dal pensiero di Mill, proprio a partire proprio dalla sua opinione

²³⁹ Non si può, però, escludere che la teoria del libero scambio delle idee non debba essere necessariamente vincolata alla ricerca della verità, se si considera che anche l'identificazione dell'errore può essere considerata un avanzamento a livello epistemico, come sottolineato da Schauer nel suo articolo *Response: Pornography and the First Amendment*.

²⁴⁰ Secondo Mill "si può quasi misurare il benessere degli uomini col numero e l'importanza delle verità che sono ormai incontestate".

²⁴¹ J.S. Mill, *Sulla libertà*, p. 55.

²⁴² F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 16.

²⁴³ E. Heinze, *Democracy and Citizenship*, p. 45.

dissenziente,²⁴⁴. Holmes ritiene che il mercato libero delle idee vada privilegiato in quanto l'errata ponderazione dei valori in gioco da parte dei governanti potrebbe determinare conseguenze politiche peggiori,²⁴⁵ rispetto ai risultati prodotti dal libero mercato.

A differenza di Mill, per Holmes la preferibilità della libera competizione delle idee discende dallo scetticismo radicale rispetto alla capacità di giudizio e di governo dell'uomo e si basa su una valutazione del minor danno nei confronti della collettività. L'opinione dissenziente del giudice Holmes contiene l'idea, in parte affine alla filosofia di Mill, che la comprensione umana è incompleta e fluttuante.²⁴⁶

Dunque, gli elementi della teoria di Mill sono stati assorbiti e rielaborati, in particolare, da parte di una certa corrente giurisprudenziale e dottrinale che si è occupata di interpretare il Primo Emendamento della Costituzione statunitense. Questo riadattamento ha determinato una prima conseguenza sul piano teorico: il Primo Emendamento diviene la valvola che garantisce, in un'ottica libertaria, un limite negativo al controllo statale grazie al quale il governo non può intervenire per ragioni paternalistiche o redistributive.²⁴⁷ Nonostante il tentativo di rimodellamento, l'applicazione dei principi milliani ad un nuovo contesto teorico determina diverse criticità.

Una prima osservazione fa riferimento all'applicazione e traslazione del concetto di "mercato" dal campo economico²⁴⁸ alla teoria dei diritti fondamentali: l'associazione

²⁴⁴ Si deve dar conto, infatti, che una parte degli studiosi, si pensi soprattutto a Greenawalt, considera l'argomento del libero mercato delle idee distintamente rispetto al criterio della ricerca della verità.

²⁴⁵ V. Blasi, *Reading Holmes through the Lens of Schauer*, p. 1349.

²⁴⁶ Ivi, p. 1345.

²⁴⁷ K. Sullivan, *Two Concepts of Freedom of Speech*, pp. 145, 148. Tale orientamento sarà poi rafforzato e sviluppato dal giudice Stevens nella opinione in parte concorrente e in parte dissenziente della sentenza *Citizens United v Fec*. La sua posizione verrà definita da parte degli studiosi come fondativa dell'accezione egualitaria del diritto alla libertà di espressione.

²⁴⁸ L'idea del libero mercato asseconda un modello di *laissez-faire* economico in quanto secondo alcuni economisti faciliterebbe una produzione e allocazione ottimale dei beni. Questa teorizzazione trova tra i suoi primi esponenti Adam Smith, che per primo utilizza la metafora della "mano invisibile" nel contesto del libero mercato: in sintesi, con tale metafora egli vuole spiegare come i possessori di capitale pur essendo guidati nel mercato da interessi egoistici, finiscono per produrre benefici nei confronti della società stessa, come spinti da una "mano invisibile" appunto. Si veda, inoltre, Mi. Friedman e R. Friedman, *Free To Choose*, pp. 1-13.

tra economia e teoria dei diritti che inevitabilmente discende dall'utilizzo del termine "mercato" è suggestiva perché veicola l'idea che ciò che vale è determinato unicamente dal valore che il mercato gli attribuisce.²⁴⁹ In altre parole, il trasferimento al campo filosofico di un concetto elaborato in ambito economico può essere interpretato come funzionale ad affermare il concetto che il valore di un'idea e la sua legittimazione sociale discendono dal processo che ha prodotto quell'idea, piuttosto che dalla qualità in sé del risultato, cioè del contenuto dell'idea stessa.

Va sottolineato che l'interpretazione secondo cui sarebbe il processo a attribuire valore al risultato, e dunque sarebbe il primo e non il secondo ad avere valore prioritario,²⁵⁰ risente in buona parte dello scetticismo di Holmes rispetto sia alla buona fede del governo,²⁵¹ sia alle stesse capacità umane di discernimento.²⁵² In altre parole, secondo Holmes dato che le opinioni sostenute con più forza alla fine si dimostrano false, allora anche ogni limitazione del discorso è verosimilmente fondata su false idee.²⁵³ È in questa ottica che deve essere letta la prioritizzazione della procedura sul prodotto, della forma sulla sostanza.²⁵⁴

Resta, comunque, problematica l'applicazione del concetto di mercato a tale contesto: l'idea di assoggettare la circolazione delle idee alle stesse regole che disciplinano il mercato dei beni e servizi è inappropriata data l'assenza di omogeneità tra le due categorie e l'impossibilità di trovare una completa corrispondenza tra le due (rispetto al concetto di prezzo, di disponibilità e di sostituibilità, ad esempio²⁵⁵, ma anche

²⁴⁹ Va ricordato nuovamente che la teoria del libero mercato riecheggia il darwinismo, teoria biologica secondo la quale l'evoluzione della specie è il risultato della lotta per la vita. La lotta, infatti, garantirebbe la sopravvivenza solo a coloro che risultano più adattabili all'ambiente circostante. Il *trait d'union* tra le due teorie si ritroverebbe proprio nel concetto di "selezione": degli esseri viventi nel darwinismo, così come dei beni o delle idee nel libero mercato.

²⁵⁰ F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 20.

²⁵¹ V. Blasi, *Reading Holmes through the Lens of Schauer*, p. 1359.

²⁵² Ivi, p. 1350.

²⁵³ M. Rosenfeld, p. 1534.

²⁵⁴ E. Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, p. 97. Rileva in questa sede sottolineare che una parte degli studiosi considera lo spettro della parola come l'essenza di un processo: il risultato (cioè in questo caso l'opinione che prevale) è corretto perché il processo che l'ha generato è "giusto". Ovviamente la "purezza" del processo deve essere garantita da determinate condizioni sostanziali. Si veda più ampiamente: J. Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 85-90; J. Habermas, *Legitimation Crisis*.

²⁵⁵ V. Blasi, *Holmes and the Market Place of Ideas*, p. 9 ss.

l'assenza di uniformità e omogeneità all'interno di ciò che rientra nel prodotto-tipo "discorso"²⁵⁶).

In conclusione, possiamo desumere che sia proprio l'influenza dello scetticismo di Holmes, da una parte e l'ottimismo antropologico di Mill, dall'altra, a incidere nella definizione del rapporto tra libertà di espressione e la concezione dei suoi limiti. Infatti, nella prospettiva milliana, la libertà di opinione, non è soggetta ad alcuna restrizione - se non nel caso in cui produce o rischia di produrre un danno ai diritti altrui - diversamente, l'elaborazione concettuale che ruota attorno a Holmes ritiene legittima la restrizione di tale diritto sulla base del criterio del "clear and present danger".²⁵⁷ Tale impostazione verrà poi abbracciata dalla dottrina costituzionale americana, che riterrà legittima la limitazione delle espressioni che rappresentano un rischio evidente e attuale di un danno a un interesse rilevante.²⁵⁸ Perciò il libero mercato delle idee, così come elaborato da Holmes e dalla giurisprudenza costituzionale americana alla luce del Primo Emendamento, non garantisce una circolazione illimitata.²⁵⁹

Schauer sottolinea, però, che una eventuale confusione tra le due elaborazioni genererebbe il rischio che il criterio del pericolo concreto diventi un elemento proprio dell'argomentazione che giustifica la libertà di espressione ai fini della ricerca della verità,²⁶⁰ laddove tale principio trovasse applicazione, si determinerebbe una negazione *ex ante* del processo stesso che consente di ricercare la verità, stabilendo una soglia di

²⁵⁶ A. Goldman, J. C. Cox, *Speech, Truth, and the Free Market for Ideas*, p. 20.

²⁵⁷ In una parte della letteratura (si veda V. Blasi, *Reading Holmes through the Lens of Schauer*: p. 1355 ss.) vi è l'opinione che tale criterio rappresenti uno *standard* di protezione contro gli abusi statali esercitati al fine di proteggere l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale, l'identità politica (e qui ritorna la sfiducia nelle determinazioni del potere governativo e un giudizio sulla fallibilità dei leader politici). Secondo questa stessa interpretazione, la regola del pericolo concreto sarebbe molto diversa da quella incorporata all'interno del Primo Emendamento, volta invece a proteggere gli individui e regolare i contrasti tra diritti individuali.

²⁵⁸ L'uso del termine "libero mercato delle idee" fatto proprio dalla dottrina costituzionale americana per interpretare il Primo Emendamento può trarre in inganno. Anche la stessa giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti non ammette una libertà di espressione assoluta, ma al contrario ammette limitazioni.

²⁵⁹ Al contrario, la giurisprudenza ha fatto ampio uso dello standard del *clear and present danger*. Si veda, per esempio, *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

²⁶⁰ F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 10.

pericolosità e dunque di proibizione troppo bassa rispetto a quella determinata dal principio del danno.²⁶¹

2.3.4 Criticità della teoria che si fonda sul criterio epistemico della verità

2.3.4.1 La verità secondo Mill e le sue fallacie

Il principio della libertà delle idee inteso come strumento epistemico-veritativo garantisce una portata del diritto piuttosto ampia. Ne discende una sua interpretazione come libertà negativa, che impone la non-interferenza dello Stato nel godimento del diritto stesso da parte del singolo individuo.

La premessa fondamentale da anteporre a qualsiasi ragionamento relativo alle teorie fondative della libertà di espressione è che la scelta di un determinato principio giustificativo comporta variazioni nella distinzione delle forme di espressione che meritano tutela e quelle che invece sono ritenute suscettibili di limitazioni, ovvero nella individuazione dei limiti interni e dei limiti esterni del diritto.

Rispetto alla concezione che la libertà di espressione assume nel saggio di Mill *Sulla Libertà*, diverse sono le critiche che vengono sollevate. Molte di queste provengono da quella corrente che a partire dalla teoria sulla libertà di Mill ha elaborato la teoria del libero mercato delle idee.

Per riassumere le principali obiezioni alla tesi in esame può essere presa in prestito la sintesi elaborata da Kent Greenawalt: la verità non esiste; se esiste, l'uomo non sarebbe in grado di coglierla; se anche l'uomo avesse la capacità di farlo, non necessariamente il libero confronto sarebbe l'unica o la più efficiente modalità per il suo raggiungimento;²⁶²

²⁶¹ Come si vedrà in seguito, vi è al contrario chi propende per una sostanziale equiparazione dei due principi.

²⁶² Secondo Schauer vi sarebbe una certa dose di fallibilità nell'opinione che sostiene che il discorso libero è la condizione necessaria della ricerca razionale della verità. Si veda F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 16.

la libera discussione non assume la forma del libero mercato delle idee che, secondo alcuni, il principio epistemico-veritativo necessariamente presuppone.²⁶³

Il primo punto da problematizzare riguarda la scelta di considerare la verità come bene meritevole di essere raggiunto sopra tutti gli altri e, dunque, come finalità più desiderabile in relazione ad altri valori. Una parte della critica ha ritenuto tale scelta discutibile, in quanto la sua preferibilità e utilità rispetto ad altri beni non risulta universalmente riconosciuta e dimostrata.²⁶⁴

Rispetto alla questione relativa alla capacità di raggiungere la verità, la teoria elaborata da Mill è innegabilmente pregiudicata, come abbiamo detto, da una concezione ottimistica dell'uomo, che lo vede intrinsecamente razionale, sempre in grado di discernere il vero dal falso. L'esperienza dimostra, tuttavia, che non sempre in una libera discussione di pensieri sia l'opinione vera a prevalere e che l'uomo sia portato naturalmente a scegliere la verità nella circostanza in cui egli abbia l'opportunità di confrontare la propria idea con quelle degli altri o si trovi comunque all'interno di una discussione.²⁶⁵ La tesi di Mill si fonda, dunque, sul presupposto che sia la ragione a prevalere, premessa la cui validità, però, risulta indimostrata.²⁶⁶ Al contrario, la storia ha

²⁶³ K. Greenawalt, *Free Speech Justifications*, p. 131.

²⁶⁴ In realtà Schauer ritiene che per Mill la verità non dovesse essere privilegiata nel confronto con altri beni, quanto piuttosto che Mill avesse qualificato la ricerca della verità come valore desiderabile e meritevole di essere ricercato, a prescindere dal confronto con altri beni. Sul punto si veda F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 17.

²⁶⁵ Non va trascurata l'opinione di quanti ritengono fondamentale nel valutare la capacità del mercato di raggiungere la "scelta ottimale", l'effettiva possibilità di accesso al mercato, ovvero di partecipare allo scambio di idee, possibilità esclusa per certe categorie di individui (cioè coloro che appartengono a minoranze discriminate o che si trovano prive degli strumenti necessari). Sulla scorta di tale tesi, alcuni filosofi hanno ipotizzato che allo stato attuale il mercato delle idee funzionerebbe solo se da questo venisse esclusa la popolazione più potente.

²⁶⁶ F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 33. Mill afferma che: "Gli uomini non hanno più zelo per la verità di quanto non ne abbiano spesso per l'errore, e un'adeguata applicazione di sanzioni legali o anche soltanto sociali riuscirà in generale ad arrestare la diffusione di entrambi. Il reale vantaggio della verità è che quando un'opinione è vera la si può soffocare una, due, molte volte, ma nel corso del tempo vi saranno in generale persone che la riscopriranno, finché non riapparirà in circostanze che le permetteranno di sfuggire alla persecuzione fino a quando si sarà sufficientemente consolidata da resistere a tutti i successivi sforzi di sopprimerla". Sul punto si veda J. S. Mill, *Sulla libertà*, p. 34.

mostrato che l'uomo finisce spesso per essere dominato dalle passioni e non sempre riesce a seguire un processo razionale di decisione.

Tuttavia, alla questione relativa alla capacità di discernimento va anteposta quella riguardante la nozione di verità: quale è la nozione di verità (se oggettiva o soggettiva), ovvero quale significato intendiamo attribuire a tale termine. In altre parole, pur ammettendo che l'uomo possa validamente e proattivamente attuare una tale decisione, e dunque ammesso che sia naturalmente portato alla scelta della verità,²⁶⁷ bisogna valutare se tale concetto sia definibile con un sufficiente grado di certezza. Occorre *in primis* riconoscere quella che forse è la più evidente fallacia di tale argomentazione: ovvero l'esistenza di una verità oggettiva.²⁶⁸ Ad eccezione di certe tesi empiricamente verificabili (come le verità scientifiche o quelle storiche),²⁶⁹ non tutti i concetti sono predicabili di verità o falsità. Al di fuori dei contesti in cui si è disposti ad accettare verità empiriche non completamente relative, la nozione di verità viene considerata prevalentemente soggettiva - come sostenuto da gran parte degli studiosi²⁷⁰ - in quanto suscettibile di essere interpretata anche alla luce di culture, esperienze e costumi sociali e individuali,²⁷¹ che non sono universalizzabili.²⁷²

In sintesi, pur volendo confidare nella razionalità umana e nel suo agire ragionevolmente, secondo la prospettiva milliana, comunque non si può non tener conto

²⁶⁷ E. Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, p.10.

²⁶⁸ S. Ingber, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, p. 25.

²⁶⁹ Tale equiparazione può sembrare forzata e non è detto che non lo sia, ma l'associazione tra i due concetti si fonda sul fatto che entrambi utilizzano il metodo scientifico per stabilire il raggiungimento della verità, basandosi sul consenso tra gli esperti su una certa tesi, laddove venga considerata sufficientemente provata. Permane il dubbio sulla validità di questa sorta di parificazione, se teniamo a mente il fenomeno dei "negazionismi", termine utilizzato spesso dalla comunità accademica, per far riferimento, magari in modo approssimativo e semplificatorio, a quelle pseudo-teorie che negano verità sia scientifiche che storiche. Non si può, però, trascurare l'opinione di quanti, come Greenawalt, ritengono che la società sia disposta ad accettare più facilmente come veri i risultati riconosciuti come tali dalla comunità scientifica nell'ambito delle scienze fisiche.

²⁷⁰ S. Ingber, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, p. 25.

²⁷¹ E. Baker, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, p. 974.

²⁷² Anche la verità storica, d'altra parte, deve considerarsi soggettiva perché una volta individuato ex ante il tipo di documento da ricercare, la percezione che di questo ha lo storico è necessariamente soggettiva. Si veda più ampiamente R. Berkhofer, *A Behavioral Approach to Historical Analysis*, pp. 23-26.

dei differenti sistemi valoriali esistenti e della loro mancanza di omogeneità²⁷³ e universalità, che escludono la possibilità di raggiungere una verità oggettiva.

Per quanto concerne negazionismo, ci interessa valutare fino a che punto quando parliamo di *Shoah* come verità storica stiamo parlando di una verità oggettiva. Sebbene, come ogni fatto storico oggetto di interpretazione da parte della storiografia, la ricostruzione della *Shoah* non sfugga a un certo margine di soggettività, non possiamo negare che si tratti di un evento empiricamente verificabile sulla cui natura di verità oggettiva vi è un'opinione condivisa. Dunque, trattandosi di un fatto predicabile di verità o falsità, che non rientra nella categoria dei valori, la teoria della libertà di espressione di Mill può essere validamente applicata. Si deve tenere in conto, però, che in certe circostanze lo stato può ritenere prevalenti altri interessi confliggenti con tale forma di discorso e decidere comunque di limitare il discorso negazionista.

In altre parole, il discorso negazionista sarebbe coperto dal principio elaborato da Mill, in quanto funzionale a far emergere la verità, mentre sarebbero al di fuori dei limiti interni del diritto alla libertà di espressione - tracciati da tale teoria - quelle espressioni di cui non è rilevabile una connessione con la ricerca del vero e che quindi potrebbero venire legittimamente limitate.

2.3.4.2 L'interferenza statale

Se Mill aveva escluso l'interferenza dello stato nel raggiungimento della verità, data l'impossibilità di un intervento neutrale e svincolato da interessi particolari, molti autori si sono mostrati critici verso questo argomento. Le posizioni critiche nei confronti di Mill hanno messo in dubbio l'obbligo di non interferenza statale e hanno sostenuto che, pur essendo in generale la libertà di discorso preferibile alla sua soppressione, in alcuni casi sarebbe auspicabile una forma lieve di intervento statale che possa contribuire alla promozione della verità, laddove la si consideri raggiunta con un sufficiente livello di certezza e nel caso in cui la mancata limitazione del discorso possa produrre effetti dannosi.²⁷⁴

²⁷³ S. Ingber, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, p. 26

²⁷⁴ K. Greenawalt, *Free Speech Justifications*, p. 138. Egli stabilisce le condizioni e i criteri in base ai quali un eventuale intervento sarebbe ammissibile. Andrebbe valutato se sia possibile associare e sovrapporre leggi che limitano idee contrarie a verità accertate a livello scientifico con scelte statali di

In sintesi, è stata messa in dubbio l'opinione secondo cui, come ha affermato Greenawalt, il miglior modo per raggiungere il "vero" sia la massima protezione della libertà di espressione e la corrispondente assenza di interferenza statale.

Alcune correnti interpretative hanno modificato i confini della teoria che si è formata sul pensiero di Mill: partendo dalla teorizzazione, in campo economico, che un libero mercato produce naturalmente delle distorsioni,²⁷⁵ l'intervento del governo sarebbe legittimato proprio dall'esigenza di correggere tali distorsioni, determinate, come abbiamo evidenziato sopra, dalle divergenze culturali o dal fatto che non tutti sono in grado di recepire le informazioni allo stesso modo sotto il profilo psicologico,²⁷⁶ o che ancora l'essere umano tende naturalmente ad aderire all'opinione dominante. Ecco allora che le ingerenze statali vengono giustificate nella stessa prospettiva, cioè al fine di disciplinare le irregolarità prodotte dall'operare dei privati sul mercato e dall'ineguale distribuzione di potere informativo che non solo riflette le disuguaglianze, ma che perpetua e rinforza quelle già esistenti a livello sociale.²⁷⁷ Tali interferenze sono finalizzate proprio ad orientare il dibattito pubblico, che risentirebbe degli effetti dannosi che determinati discorsi o messaggi avrebbero, al contrario, sulla popolazione (si pensi al divieto statale circa la diffusione di materiale pornografico concernente minori²⁷⁸ o alle limitazioni concernenti la comunicazione a scopi commerciali in materia di tabacco).

In altre parole, (sempre partendo da un'equiparazione con il mercato dei beni) come per gli interventi statali a livello economico, lo stato dovrebbe intervenire per redistribuire il potere di partecipare al dibattito pubblico e regolare i monopoli dell'informazione laddove esistenti,²⁷⁹ attribuendo uguali opportunità comunicative. Tale pensiero si oppone, dunque, a quello più fedele alla tesi di Mill che invece qualifica come

intervenire a livello legislativo su determinate verità storiche. Infatti, sebbene il fine dell'intervento statale possa essere diverso nelle rispettive situazioni, in quanto l'imposizione di verità storiche tramite il diritto è spesso collegata alla volontà di rafforzare determinati valori morali, bisogna evidenziare che sia le tesi antiscientifiche e antistoriche sono spesso accomunate da argomenti complottistici.

²⁷⁵ A. Breton, R. Wintrobe, *Freedom of Speech vs. Efficient Regulation in Markets for Ideas*, p. 217.

²⁷⁶ V. Blasi, *Holmes and the Marketplace of Ideas*, p. 7.

²⁷⁷ Y. L. Mengistu, *Shielding Marginalized Groups from Verbal Assaults without Abusing Hate Speech Laws*, p. 358.

²⁷⁸ J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, p. 156.

²⁷⁹ K. Sullivan, *Free Speech and Unfree Markets*, pp. 949, 956.

fini illegittimi gli interventi in ottica redistributiva e la protezione paternalistica dell'ascoltatore. Vi è, quindi, una netta separazione tra sfera pubblica e privata, con la seconda immune dalle influenze della prima.

Anche il reato di negazionismo potrebbe essere giustificato come strumento per evitare e limitare gli effetti dannosi che il discorso negazionista produce, quali per l'appunto la discriminazione e il clima di ostilità potenzialmente producibili nei confronti minoranza *target* del discorso.

2.3.5 Limiti alla libertà di espressione: il principio del danno

Mill afferma in via generale che la libertà di agire di un individuo può essere legittimamente limitata solo in base al principio-limite del danno. Mill lo enuncia nelle seguenti parole: “l'umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, a interferire sulla libertà di azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi: il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata contro la sua volontà è per evitare danno agli altri”²⁸⁰. O ancora: “in presenza di un preciso danno, o di un preciso rischio di danno, per il pubblico o per un individuo, il caso esula dalla sfera della libertà e rientra in quella della moralità o della legge”.²⁸¹

A partire da questo principio gli studiosi si sono interrogati sui seguenti aspetti: a) l'estensione del principio; b) la sua applicabilità; c) cosa si debba intendere per danno. Secondo l'opinione dominante, è chiaro che Mill intendesse escludere categoricamente che la mera inconvenienza o offesa (nei diritti altrui) prodotte da un'azione potessero rappresentare un limite all'esercizio della libertà di agire dell'uomo,²⁸² poiché esse non raggiungono la soglia di severità necessaria per legittimare la proibizione e la punizione dell'atto.²⁸³ Dunque dalla nozione di danno si dovrebbe coerentemente escludere l'offesa o la mera inconvenienza.

²⁸⁰ J. S. Mill, *Sulla libertà*, p. 32.

²⁸¹ J.S. Mill, *Sulla libertà*, p. 94

²⁸² D. O. Brink, *Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech*, p. 121.

²⁸³ Sul principio dell'offesa si veda più ampiamente J. Feinberg, *Offense to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*.

Il principio del danno costituisce una clausola generale, che va perciò intesa come limite esterno alla libertà di agire dell'uomo.²⁸⁴ Il principio in esame ha come *ratio* quella di tracciare un limite superato il quale sono ammesse interferenze del governo nella sfera privata del singolo; tale limite viene individuato nella lesione dei "diritti costituiti". L'affermazione di questo principio generale porta con sé delle implicazioni su cui è necessario riflettere.

Essendo il principio del danno un criterio di portata generale, la sua applicazione può essere estesa anche alla libertà di parola, cui è garantita in linea teorica una protezione rafforzata: il discorso viene infatti configurato come atto potenzialmente dannoso, che può essere controllato e limitato laddove produca o rischi di produrre un danno altrui.²⁸⁵ La prima conseguenza che ne deriva è l'esclusione di una lettura assolutista del diritto e la possibilità che il discorso sia ristretto nelle circostanze anzidette. In particolare, Mill specifica che se le espressioni divengono istigazioni a commettere azioni delittuose allora l'immunità garantita alla parola è esclusa.²⁸⁶ Il principio del danno impone che anche il diritto alla libertà di espressione sia soggetto ad alcune limitazioni.²⁸⁷ Va specificato che secondo questa interpretazione l'ombrello di protezione della libertà di espressione escluderebbe, così, solo una specifica forma di "hate speech": l'incitamento alla violenza.

Differentemente, per il giudice Holmes l'istigazione rappresenta solo una delle forme di discorso che pongono un pericolo concreto e attuale nel contesto del libero mercato delle idee. Dunque, Holmes, adottando tale criterio, restringe ulteriormente

²⁸⁴ È interessante anche considerare l'interpretazione di una certa corrente dottrinale, rappresentata da Brink, secondo cui il perseguimento della verità non attribuisce valore ad un diritto alla libertà generale, ma piuttosto attribuirebbe valore preminente a quelle libertà, a quei diritti, funzionali allo sviluppo delle capacità deliberative necessarie per agevolare proprio il perseguimento della verità.

²⁸⁵ J. Maclure, *The Regulation of Hateful and Hurtful Speech: Liberalism's Uncomfortable Predicament*, p. 137.

²⁸⁶ J. S. Mill, *Sulla libertà*, p. 64. "Anche le opinioni perdono la loro immunità quando le circostanze in cui vengono espresse sono tali da rendere tale espressione un'istigazione esplicita a un atto delittuoso". O ancora: "L'opinione che i mercanti di grano sono degli affamatori dei poveri, o che la proprietà privata è un furto, non dovrebbe essere molestata se viene semplicemente diffusa per mezzo della stampa, ma può incorrere in una giusta punizione se viene proferita di fronte a una folla eccitata riunitasi davanti alla casa di un mercante di grano [...]. Gli atti di qualunque tipo che senza causa giustificata danneggino altri possono essere controllati, e nei casi più importanti devono assolutamente esserlo, dai sentimenti a essi sfavorevoli, e, quando sia necessario, dall'intervento attivo degli uomini".

²⁸⁷ <https://plato.stanford.edu/entries/freedom-speech/>

l'area del discorso protetto dalla libertà di manifestazione del pensiero ed esclude dalla protezione, così, tutti quei discorsi che sono idonei a determinare un pericolo concreto e attuale di un danno altrui (anche la propaganda di atti discriminatori potrebbe integrare il criterio, per esempio).²⁸⁸

Secondo l'impostazione di Holmes, la *ratio* della limitazione del discorso, che produce il rischio attuale di azioni dannose, consisterebbe nel garantire il funzionamento del libero mercato,²⁸⁹ in quanto, laddove non venisse limitato, questo tipo di discorso non creerebbe "più discorso", ma porterebbe piuttosto ad azioni dannose. Si tratta quindi di una tensione tra il libero mercato e la sicurezza pubblica che il criterio del pericolo concreto tenta di equilibrare. Tale concettualizzazione viene introdotta nella sentenza *Schenck*: qui il giudice Holmes afferma che bisogna valutare se le parole sono state utilizzate in una tale circostanza e sono di una tale natura da creare un pericolo concreto e attuale che esse determinino delle conseguenze negative che il Congresso mira a prevenire. Ed è una questione di prossimità e di grado del pericolo.²⁹⁰ In altre parole, nel definire se una condotta espressiva sia punibile egli riprende come criterio di incriminazione quello del pericolo concreto e attuale di un danno per il bene giuridico tutelato, da valutare sulla base delle circostanze del caso concreto e alla luce del grado e della vicinanza rispetto all'evento.

Nell'opinione dissenziente al caso *Abrams v United States*, il criterio in base al quale secondo Holmes è ammissibile una limitazione della libertà di espressione non è più il pericolo di un danno concreto. Al contrario, affinché tale diritto subisca una limitazione occorre che la condotta comunicativa sia idonea a produrre un pericolo attuale di un danno imminente o che essa costituisca un tentativo di causare tale pericolo.²⁹¹ Il giudice Holmes abbandona quindi il criterio originario, per adottarne uno più vicino ad una concezione liberale della libertà di espressione, che verrà poi costantemente ripreso.²⁹² La ragione di questo cambio di paradigma è legata a una diversa concezione

²⁸⁸ M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, p. 1534.

²⁸⁹ Ibid.

²⁹⁰ *Schenck v US*, § 52. Con il termine prossimità gli studiosi intendono il doppio significato di idoneità e non equivocità degli atti. Sul punto si veda A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa*, p. 246.

²⁹¹ *Abrams v US*, 250 US 616 (1919), §§ 53, 54.

²⁹² A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa*, p. 252

della libertà di espressione. L'introduzione del concetto di libero mercato delle idee permette infatti un rafforzamento della libertà di espressione e conseguentemente limiti più stringenti rispetto alla sua eventuale compressione. Ed infatti il criterio dell'imminenza del pericolo rispetto a quello del "clear and present danger" garantisce uno slittamento in alto della soglia di pericolosità richiesta ai fini della punibilità della condotta istigatoria, con la conseguente esclusione dall'area del punibile di quelle condotte espressive che non sono direttamente collegate con la possibilità di un danno.²⁹³

2.3.6 Ipotesi applicative

Orbene, assumendo che in base alla teoria della libertà di espressione fondata sul perseguimento della verità, il discorso è libero entro certi limiti, ci si è chiesti se lo "hate speech", inteso come forma di discorso *borderline* debba essere considerato dannoso, cioè in grado di ledere i diritti altrui e dunque da proibire: è chiaro che ciò dipende dalla definizione che viene accolta, cioè se esso venga considerato come discorso solamente offensivo o anche dannoso.²⁹⁴

Al tema dello "hate speech" è legato, come caso limite, il negazionismo della *Shoah*. Trattandosi *prima facie* di una semplice manifestazione di un'idea storicamente infondata, il negazionismo andrebbe escluso dall'ambito di ciò che viene considerato legittimamente punibile, in quanto espressione priva dell'idoneità a recare danno ad altri e sarebbe da collocarsi secondo l'impostazione tradizionale del libero mercato delle idee all'interno dell'area dei discorsi protetti dalla libertà di espressione. Infatti, potrebbe essere argomentato, seguendo l'impostazione di Mill, che, per quanto sia un'affermazione falsa, il negazionismo non sia un'opinione da censurare, perché permetterebbe a coloro che sostengono la tesi opposta - in questo caso l'esistenza delle camere a gas e il loro accertamento storico - di rafforzare quegli argomenti che ne provino l'esistenza e raccogliere ulteriori prove che dimostrino la falsità delle affermazioni negazioniste.²⁹⁵

²⁹³ Ivi, pp. 255, 256.

²⁹⁴ Sulle teorie che considerano lo "hate speech" come discorso dannoso, in grado di ledere interessi rilevanti si veda quanto spiegato sopra e quanto segue in questo stesso capitolo.

²⁹⁵ Mill, infatti, a proposito delle implicazioni di impedire l'espressione di un'opinione dichiara che: "se l'opinione è giusta, sono privati dell'opportunità di passare dall'errore alla verità; se è sbagliata,

Riprendendo ad esempio i casi sopra riportati, relativi alla pubblicazione delle tesi sostenute e divulgate dai negazionisti, occorre inoltre chiedersi se la semplice pubblicazione di tesi negazioniste sia in grado di causare un danno e quale sia l'interesse suscettibile di essere leso dal negazionismo cosiddetto semplice.²⁹⁶

Se riteniamo legittima l'impostazione secondo cui solo l'istigazione raggiunge una soglia di dannosità tale da legittimare la limitazione del discorso, allora il negazionismo deve essere proibito laddove integri gli elementi propri di questa condotta: il che richiederebbe la necessità di dimostrare la sussistenza di una connessione diretta e immediata tra il discorso di incitamento e l'atto potenzialmente lesivo. Perciò, nel caso del negazionismo, non sarebbe sufficiente rinvenire il connotato antisemita delle dichiarazioni, ma sarebbe richiesta la presenza di espressioni che istighino altri a porre in essere condotte violente. Sarà perciò necessario, assumendo l'antisemitismo come elemento essenziale del negazionismo, che sia posta in essere una condotta idonea a convincere terzi a compiere atti discriminatori di violenza nei confronti della minoranza ebraica (o di qualsiasi altra minoranza).

Tuttavia, se assumiamo che il principio del danno sia integrato non solo nel caso in cui la manifestazione di pensiero ponga il pericolo concreto e attuale di atti che ledono l'integrità fisica di altri soggetti, ma anche qualora siano messi a rischio altri interessi individuali e collettivi, la questione diventa più intricata. Si tenterà, perciò, di valutare quali fattispecie sono coperte dal diritto alla libertà di espressione e quali no, applicando e accogliendo una nozione di danno ampia, volta a tutelare non solo l'integrità fisica.

Così, partendo da un caso paradigmatico, in cui senza dubbio possiamo riscontrare che la condotta, cioè la manifestazione di un pensiero, lede un interesse giuridicamente protetto, ci muoveremo per analogia verso casi in ombra, che non appaiono chiaramente al di fuori della protezione della libertà di espressione. Tale ambivalenza dipende da diversi fattori: la discrezionalità che comporta l'applicazione del principio del danno, cioè quale sia la soglia di severità richiesta, e quale sia il bene giuridico effettivamente leso o comunque messo a rischio dalla condotta espressiva.

perdono un beneficio quasi altrettanto grande, la percezione più chiara e viva della verità, fatta risaltare dal contrasto con l'errore". J. S. Mill, *Sulla libertà*, p. 21.

²⁹⁶ Sulla definizione di negazionismo semplice e sulla differenza con il "negazionismo qualificato" si veda il secondo capitolo.

Prendiamo come punto di partenza, ovvero come caso paradigmatico, la condotta diffamatoria di chi con parole false, offensive e ingiuriose pubblicamente accusa un'altra persona di pedofilia, ledendone così la reputazione e l'onore. Poiché tale condotta, se la vittima dimostra la falsità delle dichiarazioni, risulta facilmente suscettibile nella fattispecie di diffamazione, ci troviamo di fronte a un classico esempio di conflitto tra beni – libertà di espressione e reputazione/onore – in cui l'ordinamento ammette una restrizione del primo bene in quanto lesivo di un altro, considerato in questo caso prevalente. Ma in altri casi le manifestazioni espressive non sono così facilmente suscettibili nelle condotte penalmente rilevanti ed il bene leso o messo in pericolo è spesso difficilmente individuabile, così come appare arbitraria l'applicazione del pericolo concreto per valutare l'effettiva messa in pericolo del bene protetto.

Muovendoci leggermente dal caso di partenza potremmo facilmente ritenere configurato ancora una volta il reato di diffamazione nelle offese rese dall'allora vicepresidente del Senato Roberto Calderoli nei confronti dell'ex ministra Cécile Kyenge per averla paragonata a un orango.²⁹⁷ In questo caso, al reato di diffamazione è stata riconosciuta in primo grado anche l'aggravante di razzismo. La componente razzista è facilmente ravvisabile nell'equiparazione della persona offesa a un animale, come l'orango. Sebbene non si tratti di una fattispecie *ad hoc*, l'aggravante di razzismo è finalizzata a garantire la tutela alla dignità della persona offesa, oltre che della reputazione, per la propria appartenenza a una minoranza etnica discriminata. Vi è quindi l'ingresso nell'ordinamento e in particolare nel diritto penale di altri interessi e valori diversi da quelli della reputazione o dell'integrità fisica.

Affine al caso preso in esame vi è poi quello concernente l'europarlamentare Borghezio, che, avendo rivolto accuse false e epiteti offensivi²⁹⁸ nei confronti di membri di una minoranza etnica e della comunità intera nel corso di una nota trasmissione radiofonica veniva condannato nell'ultimo grado di giudizio per propaganda di idee discriminatorie. Qui ci troviamo forse di fronte al primo caso in ombra: la condotta dell'europarlamentare consisteva nell'utilizzo di epiteti offensivi rivolti a singoli esponenti delle comunità Rom e Sinti, che quindi ben poteva integrare la condotta di diffamazione, ma erano accompagnati da invettive riferibili in generale all'intera

²⁹⁷ Si sottolinea, come fanno i negazionisti, l'utilizzo della tecnica dell'equiparazione con il fine di denigrare e umiliare l'avversario politico o il bersaglio dell'offesa razzista o antisemita.

²⁹⁸ Cass. 7 Maggio 2019, *Foro it.*, 2019, II, 549.

comunità di appartenenza. La Corte di Cassazione ha ritenuto, perciò, configurato il reato di propaganda discriminatoria, qualificando la condotta, volta a influenzare un vasto pubblico, come idonea (dato il contesto in cui era stata espressa) a fondare il pericolo concreto di comportamenti discriminatori nei confronti delle minoranze Rom e Sinti, anche per l'utilizzo di stereotipi denigratori e marcatamente offensivi. Qui la questione giuridica si fa più delicata sotto diversi profili. Primo, non è chiaro quale sia il bene protetto dal legislatore nel reato di propaganda razzista; secondo, ed è ciò che più interessa in questa sede, quando lo *standard* del pericolo concreto è raggiunto, così da potersi ritenere integrato il principio del danno. Ovviamente tale problematicità sorge nei casi in cui non vi è un'effettiva lesione del bene giuridico protetto, ma unicamente una sua messa in pericolo.

Prendiamo come altro esempio il caso del professore di Cagliari che nella rivista degli Annali della Facoltà aveva manifestato espressioni di odio nei confronti degli ebrei e aveva, inoltre, elevato il tono discriminatorio parificando le violenze subite dagli ebrei nei campi di sterminio a quelle subite dagli animali sottoposti al rito di macellazione Kasher e che, secondo la sentenza della Corte di Cassazione, erano da qualificarsi come reato di propaganda e istigazione all'odio razziale.²⁹⁹ È innegabile l'intento mistificatorio e discriminatorio su base religiosa, che tale equiparazione rivela. Se è abbastanza evidente che possa essere definito come un caso di minimizzazione e banalizzazione della *Shoah*, dato il linguaggio ingiustificatamente aggressivo e discriminatorio nei confronti degli ebrei, e dunque sembra si possa ritenere integrato il reato di propaganda, meno automatico è qualificare la condotta come un incitamento alla violenza.

In effetti il raggiungimento della soglia dell'istigazione richiede la presenza di una stretta connessione tra discorso e azione ed è condivisibile ritenere che il discorso scritto possa accrescere la distanza e renda più indiretto e mediato il collegamento tra parole e azione. A tal proposito, c'è da dire che lo *standard* del pericolo concreto e attuale di lesione di un bene tutelato permetterebbe una restrizione dell'area del discorso protetto e renderebbe più facile provare che tale condotta sia posta al di fuori. In altre parole, se è discutibile che una pubblicazione sugli Annali della facoltà possa avere una risonanza tale da creare il pericolo imminente di un atto di violenza che metta a rischio l'integrità fisica dei destinatari del messaggio, meno controverso è che sia configurabile il pericolo

²⁹⁹ Cass. 28 Maggio 2012, in *Riv. pen.*, 2012, 970.

concreto di un danno ad un altro interesse, derivante dalla diffusione di un messaggio discriminatorio e aggressivo nei confronti di una minoranza.³⁰⁰ In questo caso, trattandosi secondo la Suprema Corte di incitamento a replicare atteggiamenti discriminatori, il bene individuato coincide con la dignità.³⁰¹

Resta, inoltre, da considerare ai fini del rispetto del principio del danno che essendo gli *Annali* una rivista della facoltà e dunque di un'istituzione pubblica, anche la soglia di pericolosità della condotta richiesta rispetto al bene giuridico protetto potrebbe considerarsi più bassa, anche alla luce dell'obbligo in capo ai docenti di conformare l'insegnamento ai valori costituzionali.

Constatato che i casi in ombra riguardano comportamenti che determinano la semplice messa in pericolo del bene protetto, non la concreta lesione, il principio del danno si applica valutando se sussiste un pericolo concreto e attuale: tale criterio, però, assicura all'interprete un ampio margine di discrezionalità. Prendendo nuovamente le mosse da quest'ultimo esempio, potremmo mantenere invariato il contenuto e il tono delle dichiarazioni del caso precedente, ma cambiarne le forme, il contesto, le modalità diffusive. Potremmo, ad esempio, ipotizzare che quelle stesse dichiarazioni e quella stessa veemenza siano contenute non in un articolo pubblicato sugli *Annali*, ma su dei *pamphlet* distribuiti in facoltà (come peraltro è avvenuto e avviene ancora oggi)³⁰² da privati o che,

³⁰⁰ Ciò comporta anche la necessità di individuare un diritto individuale o un interesse talmente rilevante da potersi ipotizzare un danno rispetto a tale bene. Se si considerasse come giustificazione della libertà di espressione non il perseguimento della verità, ma la democrazia, l'interesse da tutelare, che giustificerebbe una limitazione della libertà di espressione, sarebbe, appunto, il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della democrazia stessa.

³⁰¹ Dato il carattere impalpabile di tale bene, occorre valutare se sia possibile ipotizzare una lesione sufficientemente grave da rispettare il principio del danno.

³⁰² Le università, come abbiamo visto sopra, sono sempre state uno dei bersagli preferiti dei negazionisti: uno dei casi più recenti riguarda alcune università australiane, in cui alcuni negazionisti decisero di distribuire volantini, per mostrare il loro supporto a Irving. Si veda il link: <https://www.theguardian.com/australia-news/2017/apr/27/holocaust-denial-leaflets-at-australian-universities-spark-confrontation>. Sempre nel 2017 vi fu il caso riguardante i volantini negazionisti diffusi in alcune prestigiose università del Regno Unito. Si veda il link: <https://jewishnews.timesofisrael.com/holocaust-denial-leaflets-distributed-on-uk-campuses/>. Bisogna inoltre in questa sede ricordare il dibattito che nacque negli Stati Uniti in relazione alla decisione di alcuni studenti americani di allocare gli spazi pubblicitari nelle riviste dell'università a slogan negazionisti, difendendosi sotto l'ombrello del Primo Emendamento.

ancora, un certo discorso con invettive nei confronti degli ebrei e evidenti banalizzazioni o negazioni dell'Olocausto sia reso oralmente durante il proprio orario di lezione in università da parte di un professore. Il contesto accademico, che resta costante negli scenari sopra ipotizzati, richiede che il test del pericolo concreto e attuale venga modulato in accordanza con la finalità che l'istituzione tende a perseguire: è proprio in questa prospettiva che si giustificano le *policy* e i codici di condotta adottati rispetto allo "hate speech" e al negazionismo soprattutto dalle università statunitensi.³⁰³

Occorre premettere che nel caso dei *pamphlet* o dei volantini, in cui l'agente è un privato cittadino e la condotta espressiva avviene per iscritto, l'elemento dell'immediatezza o imminenza tipico della condotta istigatoria può essere provato meno facilmente, pure qualora il contenuto fosse non solo negazionista, ma anche volto a indurre terzi a adottare comportamenti discriminatori nei confronti della minoranza. E sembra dunque più difficile prevedere l'ipotesi dell'istigazione, in base al principio del danno. Ma è ancor più difficile qualificare tale condotta laddove si trattasse di una semplice opinione (come nel caso del discorso negazionista semplice) espressa su dei volantini: in tale eventualità il comportamento rientrerebbe più probabilmente nell'ambito del discorso libero, sempre in base a un'interpretazione stretta del principio del danno, in quanto non sarebbe chiaramente evidente un danno di una certa gravità a un interesse individuale talmente rilevante da giustificare una compressione del diritto alla libertà di espressione.

Al contrario, non è escluso che il caso dei *pamphlet* contenenti dichiarazioni offensive e oltraggiose nei confronti dei sopravvissuti e esplicitamente negazioniste all'interno dell'università possano creare un clima di ostilità nei confronti della minoranza di studenti ebrei e dunque rientrare nell'area del discorso proibito, qualora si adottasse una nozione più ampia di danno. Si deve ammettere che il discorso sia dannoso, e dunque da proibire, nel caso in cui a esporre tesi negazioniste sia un professore, che in quanto tale è vincolato a rispettare i principi della ricerca scientifica e a improntare la propria docenza a principi costituzionali. Dato questo vincolo ritengo siano fondati i dubbi circa la libertà di un professore di diffondere mere idee negazioniste durante il proprio corso. Di fondo vi è il problema relativo al livello di interferenza ammesso dallo

³⁰³ Si vedano ad esempio le *policy* adottate dalla Stanford University al link <https://adminguide.stanford.edu/chapter-1>

stato nella libertà di espressione dei docenti all'interno dell'università.³⁰⁴ In questo caso ci troveremmo di fronte a un discorso antisemita, ma non in modo manifesto e esplicito, privo del carattere violento e aggressivo dello "hate speech", ma piuttosto con le parvenze di una tesi pseudo-scientifica, nascosta intenzionalmente dal velo della ricerca accademica.

Tale ricostruzione troverebbe supporto *a fortiori* se ci si appellasse ad un principio diverso, come quello dell'offesa, che ammetterebbe un livello di severità della condotta da proibire più bassa e la corrispondente tutela di interessi reputati meno rilevanti dall'ordinamento.

Questo tentativo è stato esperito da una parte degli studiosi, che si sono occupati di rielaborare la nozione stessa di danno e di "discorso", tentando così di accreditare che certe espressioni - quali possono essere quelle di odio razziale (contenenti ad esempio stereotipi offensivi)³⁰⁵ secondo la CRT o la pornografia per un certo orientamento femminista³⁰⁶ - sono in grado di procurare un danno a determinate categorie di soggetti e alla società nel suo insieme, e vadano perciò repressi. Questa interpretazione sembra superare i confini tracciati da Mill.³⁰⁷

³⁰⁴ Ad esempio, il negazionista Arthur Butz ha espresso le sue tesi sempre al di fuori dell'università, riuscendo così preservare la propria carriera accademica.

³⁰⁵ Si pensi al caso richiamato sopra relativo agli insulti razzisti rivolti dall'allora vicepresidente del Senato Roberto Calderoli all'ex-ministro Kyenge ("quando vedo Kyenge penso ad un orango").

³⁰⁶ Catharine MacKinnon nel suo *Only Words* riflette, dalla sua prospettiva di femminista radicale, sugli effetti negativi che la pornografia, da lei intesa come espressione di un pensiero violento nei confronti della donna, produce nella società, perpetuando la posizione di subordinazione della donna. MacKinnon, infatti, utilizza le espressioni "il discorso agisce", "gli atti parlano" proprio ad indicare l'equiparabilità e la sovrapposizione concettuale delle parole alle azioni.

³⁰⁷ Si parla in letteratura di una vera e propria aggressione alla psiche della vittima, con conseguenze sociali. Si veda, per esempio R. Cohen-Almagor, *Liberal Democracy and the Limits of Tolerance: Essays in Honor and Memory of Yitzhak Rabin*, p. 153. È proprio su questa interpretazione che si fonda la teoria in base alla quale, anche applicando il principio dell'offesa, determinate espressioni sarebbero ugualmente punibili. Secondo lo stesso autore, infatti, le espressioni che infliggono un'offesa psicologica sono sul piano morale uguali a quelle che procurano un danno fisico. Ne consegue che le parole che causano un danno direttamente a un individuo o un'offesa a coloro che si trovano ad assistere involontariamente come spettatori devono essere considerate come azioni, perché causano un danno diretto e immediato. In realtà a mio avviso una volta sostenuta la tesi circa l'equiparazione tra azione e discorso forse richiamare il principio dell'offesa potrebbe risultare controproducente.

Il punto centrale di tale teoria si fonda su una specifica concettualizzazione della nozione di “discorso”. Il “discorso” assumerebbe gli elementi qualificatori dell’“azione”, in quanto dannoso o idoneo a produrre conseguenze dannose³⁰⁸ per la dignità o la personalità dell’individuo cui è rivolto l’insulto o l’espressione offensiva. Se le parole in determinate circostanze possono essere dannose ovvero ledere in modo grave certi diritti allora andrebbero considerate come atti. In questa ottica, anche le dichiarazioni negazioniste che contengono stereotipi razzisti e antisemiti andrebbero considerate come atti.

Dunque, se il semplice discorso negazionista come discorso falso, cioè la mera narrazione scritta o orale di eventi contrari a quelli storicamente accertati - perciò privo di alcun supporto probatorio - è apparentemente neutrale perché spesso privo di un esplicito carattere discriminatorio³⁰⁹, allora dovremmo considerarlo privo della carica lesiva richiesta affinché l’espressione verbale produca un danno nei confronti di un diritto soggettivo altrui. In altre parole, tale discorso non raggiungerebbe la soglia di severità necessaria.

Ma il risultato potrebbe cambiare interpretando il negazionismo alla luce del pensiero della CRT. Ciò richiederebbe in via preliminare l’individuazione dei diritti che possono essere lesi da questo discorso, come hanno appunto tentato di fare la CRT rispetto alle stigmatizzazioni di natura etnica e il femminismo rispetto alla pornografia. Laddove si considerasse il “discorso” come azione, allora dovrebbe ritenersi ipotizzabile che le affermazioni negazioniste trovino un limite nel danno agli interessi altrui, in questo caso la dignità e l’integrità fisica e psicologica. A questo punto, quindi, sarebbe escluso dalla protezione della libertà di espressione il negazionismo non solo nella forma di incitamento alla violenza e di propaganda di idee discriminatorie, ma anche nella sua forma semplice, e cioè di mere affermazioni di stampo negazionista. Inoltre, il danno prodotto dal discorso non sarebbe più limitato alla sola minoranza etnica o religiosa, ma sarebbe ancor più ampio, estendendosi anche alla società.

³⁰⁸ J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, p. 38.

³⁰⁹ Si veda sopra.

2.4 La libertà di espressione come tutela della democrazia

Innanzitutto, nel trattare tale principio occorre premettere che l'argomento che legittima la libertà di espressione fondato sulla democrazia è valido in un contesto limitato, in quanto presuppone l'accettazione e l'adozione dei principi propri dell'ordinamento democratico. È stato, quindi, definito un argomento condizionale perché, implicando una certa forma di governo, è applicabile solo a determinate società e non ad altre.³¹⁰

La democrazia si caratterizza per l'adozione di un metodo decisionale collettivo. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita secondo determinate regole e determinati istituti politici. Orbene, vi è un altro elemento, spesso individuato come coesistente alla forma democratica: la democrazia comporta anche che vi sia un diritto individuale di partecipare all'interno del processo politico. Ciò assicura al cittadino il diritto di esprimere la propria opinione, non solo attraverso l'esercizio del diritto di voto, ma anche prendendo parte al discorso pubblico³¹¹. L'esercizio di questo diritto rende possibile che si formi un'opinione pubblica e che vengano adottate quelle decisioni politiche, che hanno impatto sugli interessi individuali e collettivi.

Fin qui, quindi, sono stati individuati due elementi essenziali della democrazia; la sovranità popolare e il diritto individuale di partecipazione politica. Tali elementi sono assicurati, secondo l'argomento preso in esame, dal diritto alla libertà di espressione. La necessità di mantenere e salvaguardare l'esistenza di una democrazia, se intesa come forma di governo da prediligere, presuppone, quindi, che sia garantita la tutela della libertà di espressione. Anche secondo tale giustificazione, la libertà di espressione non viene tutelata in quanto valore essenziale ex se, ma in quanto funzionale a garantire un buon livello di democrazia. D'altronde, a livello giurisprudenziale,³¹² e in numerosi

³¹⁰ F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 35.

³¹¹ J. Weinstein, *Extreme Speech, Public, Order and Democracy*, p. 27

³¹² Di seguito alcune sentenze della Cedu: *Handyside c. Regno Unito* [GC], (5493/72) § 49; *Observer e Guardian c. Regno Unito*, (55225/14) § 59; *Socialist Party e Altri c. Turchia*, (21237/1993) §§, 41, 45 e 47; *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia* [GC], (38433/09) § 129; *Manole e Altri c. Moldova*, (13936/02) § 95.

strumenti di diritto internazionale,³¹³ il nesso tra democrazia e libertà di espressione viene spesso qualificato come inscindibile, in quanto l'una indispensabile a assicurare l'altra e viceversa.

In particolare, autorevoli studiosi del tema³¹⁴ hanno individuato due principali argomentazioni a sostegno della libertà di espressione, intesa, dunque, come strumento indispensabile a garantire uno *standard* di democrazia sufficientemente elevato. In primo luogo, solo attraverso una adeguata informazione è possibile che i cittadini esercitino i poteri democratici in modo consapevole ed efficace, così da poter identificare quali sono le scelte importanti per la vita politica. Se le informazioni e i messaggi politici venissero resi inaccessibili, il cittadino non sarebbe più in grado di decidere consapevolmente e l'ordinario e regolare processo politico verrebbe così sovvertito.³¹⁵ Limitare l'accesso a una completa informazione a coloro cui spetta una presa di posizione rappresenta un ostacolo al processo deliberativo e nega di conseguenza un esercizio consapevole del diritto di voto stesso.

In secondo luogo, la libertà di esprimere dissenso, criticare e porre in discussione l'attività di governo permette di svolgere un controllo esterno su coloro che effettivamente esercitano il potere governativo. Ciò si giustifica in ragione del fatto che i governanti sono diretta emanazione della volontà popolare, a cui, in base ai principi democratici, appartiene la sovranità. È, dunque, al popolo che i governanti devono dar conto del loro operare; e sempre il popolo deve avere la libertà di esprimere la propria avversione per le scelte politiche adottate in contrasto con le proprie determinazioni. Il diritto di critica, in particolare, rappresenta uno dei principali strumenti di controllo contro gli abusi dei governanti.³¹⁶

Il diritto alla libertà di espressione, perciò, deriverebbe dalla necessità di una cittadinanza informata; in altre parole, il governo democratico richiede che i cittadini, che esercitano il diritto di voto e dunque svolgono una funzione di indirizzo politico, abbiano

³¹³ Human Rights Committee, (2011) General comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression. CCPR/C/GC/34

³¹⁴ F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 35.

³¹⁵ K. Greenawalt, *Free Speech Justifications*, p. 146.

³¹⁶ Ivi, p. 146.

accesso alle informazioni relative all'azione di governo;³¹⁷ di conseguenza, vi è l'obbligo incombente sullo stato di non sopprimere le informazioni relative a questa attività.³¹⁸

Si tratta di una teoria che è stata definita di natura consequenzialista, poiché, secondo tale argomentazione, il diritto alla libertà di espressione risulta legittimato non in quanto valore in sé, ma in quanto produttivo di effetti positivi per la vita della democrazia³¹⁹; la giustificazione in esame è priva dunque di un carattere deontico e assoluto, ma è piuttosto legata alle circostanze della società in cui viene articolata e ai benefici che risulta idonea a produrre.

L'argomentazione sopra riportata si sovrappone in diversi punti con l'argomento legittimante della ricerca della verità. La sovrapposizione si ravvisa sia per quanto attiene all'utilizzo della teoria della democrazia deliberativa,³²⁰ sia perché anche nell'argomento fondato sulla democrazia la libertà di espressione permette al cittadino di formarsi un'idea autonoma e, in ultima istanza, al popolo di adottare una decisione che coincide con il riconoscimento di quella scelta come verità politica.

L'argomento della democrazia ha il merito più grande di dare rilievo alla libertà di espressione sotto il profilo passivo: vale a dire che il diritto assume importanza dalla prospettiva passiva dell'ascoltatore chiamato a decidere, piuttosto che sotto il profilo attivo del parlante,³²¹ poiché in democrazia il cittadino nell'esercizio del diritto di voto deve potersi informare per autodeterminarsi in modo saggio nelle scelte politiche che è chiamato a compiere. Ne discende che anche la libertà di stampa assume un ruolo di

³¹⁷ La percezione di una partecipazione eguale di tutti i cittadini cresce se ciò in cui ognuno crede, anche la propria sfiducia e il proprio dissenso, può essere comunicato. La mancanza di informazioni fa crescere la sfiducia nei governanti.

³¹⁸ L. Alexander, *Is There a Right of Freedom of Expression?* p. 136.

³¹⁹ K. Greenawalt, *Free Speech Justifications*, p. 128.

³²⁰ Quello che si intende sottolineare è una sovrapposizione dei due argomenti (il criterio epistemico-veritativo e l'argomentazione basata sulla democrazia) in merito al principio della "democrazia deliberativa", intendendosi con tale espressione quel processo di ideale e simmetrica partecipazione al processo decisionale, di cui abbiamo trattato anche in merito alla giustificazione di Mill. In entrambe le argomentazioni, infatti, il processo partecipativo, la discussione e l'ampio dibattito assumono un valore particolare nel sostegno delle rispettive tesi.

³²¹ F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 42; L. Bollinger, *The Tolerant Society*, p. 47; M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, p. 1531.

grande rilievo.³²² In ultima istanza, la libertà dei mass media deve essere intesa come un ulteriore strumento di controllo del rispetto della democrazia.

Da quanto sopra riportato emerge che l'argomento qui preso in esame non fornisce un'autonoma difesa del diritto alla libertà di espressione. Paradossalmente, il principio democratico relativo alla sovranità popolare è intrinsecamente anti-maggioritario e anti-democratico, in quanto permetterebbe alla maggioranza, in virtù dello stesso principio che ne legittima il suo potere decisorio, anche la negazione di certi diritti individuali: in linea teorica, sarebbe possibile per la maggioranza, pur sempre nel rispetto della procedura democratica, negare un diritto come la libertà di espressione, che garantisce l'esistenza della democrazia. A una tale deriva può essere posto un argine, costruendo garanzie procedurali interne al processo decisorio, che rendano indisponibili quei diritti posti a tutela delle minoranze contro gli abusi della maggioranza. Tali garanzie, impedendo alla maggioranza di intervenire e modificare attraverso il processo democratico i limiti della libertà di espressione, la rendono impermeabile alle interferenze del governo, rafforzando così il cuore e la tenuta stessa della democrazia.³²³

L'individuazione di questa deriva comporta che, come sottolineato da Schauer,³²⁴ l'argomentazione in esame assuma una dimensione "paradossale", in quanto la libertà di espressione può svolgere, al contempo, la funzione di strumento a favore e contro la democrazia. Essa è a favore perché, in quanto corollario della democrazia, i processi decisionali a livello democratico sono favoriti dal libero scambio di idee; è contro perché, anche se decise democraticamente dalla maggioranza, le leggi che limitano la libertà di espressione devono essere soppresse.³²⁵ Dunque lo scopo della libertà di espressione finisce per essere controverso.

Va sottolineata, allora, la duplice natura della libertà di espressione, che ne rafforza il suo valore: questa non è solo garanzia della democrazia, ma è anche un mezzo di tutela delle minoranze e di quel principio di uguaglianza sostanziale fondativo del sistema democratico stesso.

³²² *Jersild v. The Netherlands* [GC] (15890/89); *Goodwin v. the United Kingdom*, (17488/90) § 39; *The Sunday Times v. United Kingdom*, (13166/87) § 50.

³²³ L. Bollinger, *The Tolerant Society*, pp. 51, 52.

³²⁴ È per la stessa ragione, cioè per la protezione della democrazia stessa, che, come vedremo in seguito, l'argomento legittimante della democrazia ammette limiti all'esercizio di alcuni diritti.

³²⁵ L. Alexander, *Is There a Right of Freedom of Expression?* p. 137.

In altre parole, la libertà di manifestazione del pensiero è stata intesa in modo più stretto, non più come tutela della tenuta del sistema democratico, ma come cardine della protezione dei diritti delle minoranze - si pensi ancora una volta ai movimenti contro la discriminazione di genere e di etnia. La libertà di espressione delle minoranze oppresse rappresenta, dunque, la principale forma di resistenza contro gli abusi della classe dominante e egemonica, che permette di attribuire carattere effettivo alla democrazia. In questo senso, il discorso sulla libertà di espressione si lega al discorso sull'uguaglianza, fino ad attribuire allo stesso diritto di parola un valore di uguaglianza.³²⁶ Ovviamente tale concezione trova una realizzazione effettiva e concreta nel caso in cui il governo sostenga un'azione positiva a livello statale volta a garantire speciale protezione al discorso delle minoranze e a far cadere al di fuori dello spettro di protezione della libertà di parola le espressioni di odio nei confronti di queste.

2.4.1 Critiche all'argomentazione fondata sulla democrazia

Quello che emerge dal quadro generale è che, se il criterio giustificativo utilizzato è la protezione della democrazia, la libertà di espressione è protetta nella misura in cui essa si riferisce a materie di carattere politico. Dunque, in base all'argomento della democrazia, il limite interno della libertà di espressione sarebbe particolarmente ristretto,³²⁷ perché tale criterio escluderebbe dal nucleo centrale di protezione tutto ciò che non abbia interesse politico. Al di fuori di tale limite restrizioni alla libertà di espressione possono essere introdotte. È facile, quindi, intuire che una delle criticità di tale impostazione è quella di attribuire una rilevanza sproporzionata e sbilanciata verso il

³²⁶ A titolo esemplificativo, si veda *Citizens United v FEC*, 130 S. Ct.876 (2010). In tale sentenza è opportuno ricordare che vi fu all'interno del collegio giudicante una forte contrapposizione tra una concezione della libertà di espressione egualitaria, da una parte e libertaria, dall'altra. Tuttavia, la maggioranza dei giudici diede il suo favore per un'interpretazione della libertà di parola in un'accezione libertaria piuttosto che egualitaria, sostenendo che il Primo Emendamento impediva al governo di limitare le donazioni di carattere politico da parte di società, comprese quelle senza scopo di lucro, di sindacati e altre associazioni. Venivano così annullati i limiti del BCRA (*Bipartisan Campaign Reform Act*, sul silenzio elettorale) che vietavano alle compagnie di investire in "campagne elettorali".

³²⁷ F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 44.

discorso politico. Secondo una certa corrente interpretativa, quella più tradizionalista, solo tale tipologia di discorso meriterebbe protezione: la *ratio* risiederebbe nel fatto che, come spiegato precedentemente, la libertà incondizionata di esprimersi su tale materia, anche criticamente, permetterebbe un controllo esterno sull'agire dei governanti.³²⁸

Tale problematicità emerge chiaramente nel pensiero del filosofo Alexander Meiklejohn, vero pioniere dell'argomento della democrazia come giustificazione del "free speech". Egli sottolinea l'importanza della libertà di espressione per la vita democratica nel saggio pubblicato nel 1945, dal titolo *Free Speech and its Relation to Self-Government*. Egli circoscrive, appunto, la sua analisi alla libertà di parola nel contesto del dibattito pubblico, definendola come una "deduzione dal nucleo dei principi democratici".³²⁹ La sua riflessione è volta a legittimare la libertà di manifestazione del pensiero contenuta nel Primo Emendamento della Costituzione americana, nella dimensione dell'autogoverno. In particolare, il suo merito è proprio quello di aver sottolineato il nesso stretto che sussiste tra autogoverno e discorso pubblico.³³⁰ In realtà, tale intuizione ha le sue radici nel pensiero di Mill, che aveva già compreso l'importanza del foro pubblico, inteso come luogo in cui potesse avvenire più agevolmente lo scambio libero e immediato delle opinioni dei cittadini.³³¹

Tuttavia, una delle principali critiche che sono state opposte a Meiklejohn riguarda proprio la ristrettezza della sua argomentazione: vincolando la libertà di espressione all'autogoverno, si deve desumere che i cittadini che non si trovano in un regime democratico di "auto-governo" sono privi del diritto alla libertà di espressione, o almeno di un certo *standard* di protezione.³³² Secondo Meiklejohn il Primo Emendamento, che garantirebbe in modo assoluto la libertà di espressione, si applicherebbe solo al discorso pubblico e a tutte le altre espressioni che sono funzionali ad adottare decisioni politiche.³³³ Egli, nello specificare il perimetro del discorso protetto,

³²⁸ R. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*.

³²⁹ Ivi, p. 27.

³³⁰ La teorizzazione di un nesso concettuale tra foro pubblico e democrazia verrà sviluppata e ampliata un secolo più tardi anche in J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*.

³³¹ Eric Heinze nel suo *Hate Speech and Democratic Citizenship* indaga su tale rapporto e risale fino alla teoria della democrazia diretta di Jean Jaques Rousseau: il filosofo avrebbe infatti qualificato il dibattito pubblico della cittadinanza come la "costituzione della costituzione".

³³² T. Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, p. 206.

³³³ L. Bollinger, *The Tolerant Society*, pp. 47 e 48.

in quanto funzionale al benessere generale, non si riferisce unicamente all'ambito scientifico e accademico, intendendo per discorso meritevole di tutela anche quello che riguarda l'arte purché sia rilevante ai fini delle decisioni politiche.³³⁴ Anche in questo caso, possiamo notare come la tutela di un certo discorso discenda dalla convinzione che una più ampia libertà favorisca una maggiore qualità delle decisioni da raggiungere.³³⁵

Sembra questo il nodo più controverso e complicato dell'intera teoria fondata sulla democrazia: qual è il confine del discorso pubblico; cose vi rientra e cosa, al contrario, ne è escluso.³³⁶ Delimitarne e circoscriverne l'area, ovvero individuare il limite interno alla libertà di espressione è fondamentale, perché solo ciò che vi rientra gode di una protezione privilegiata. Il criterio utilizzato è quello di suddividere in categorie le forme di espressione sulla base del contenuto del messaggio trasmesso. Tuttavia, la questione relativa alla sua delimitazione finisce per essere arbitraria. In letteratura, Robert Post considera il discorso commerciale esterno al dibattito pubblico; James Weinstein sostiene, invece, che il discorso di natura professionale vada escluso dalla protezione garantita a quello pubblico.

In conclusione, il risultato di tale approccio è che appare complicato qualificare caso per caso la natura dei discorsi, tenendo anche conto del fatto che spesso ci sono discorsi di carattere ibrido, che non rientrano in una categoria specifica o, meglio, possono essere qualificati diversamente a seconda dell'aspetto preso in considerazione.³³⁷ La delimitazione dei confini del discorso pubblico risulta ulteriormente complicata dal fatto

³³⁴ L. Alexander, *Is There a Right of Freedom of Expression?* p. 137; M. Redish, *The Value of Free Speech*, p. 591.

³³⁵ È importante qui considerare che un'argomentazione che prende le mosse da una dicotomizzazione tra discorso di natura politica, da una parte, e altre categorie espressive, dall'altra, genera come effetto finale un indebolimento nella protezione del diritto, essendo smembrato nelle sue diverse componenti cui è riservato un livello di protezione diverso. È in realtà abbastanza noto che in termini di "legal strategy" "spacchettare" un diritto nelle sue varie forme, come si è verificato in questo caso attribuendo uno status speciale al solo discorso politico, riduce la forza giuridica del diritto nella sua globalità, venendo così discriminato (deteriorato) nel trattamento giuridico a seconda della forma di discorso che di volta in volta si presenta e aprendo le porte alla discrezionalità dell'interprete e all'incertezza del diritto.

³³⁶ Sul tema si veda: R. Post, *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*; R. Post, *Community and the First Amendment*; R. Post, *Recuperating the First Amendment*.

³³⁷ L. Alexander, *Is There a Right of Freedom of Expression?* p.141.

che il criterio utilizzato non è sempre lo stesso. A volte, per valutare se il messaggio appartenga alla sfera pubblica o privata, invece del contenuto, alcuni autori (Post e Weinstein) fanno riferimento al contesto in cui l'espressione si manifesta.

Per delimitare cosa debba o no essere coperto da tale diritto, è stato poi individuato un altro metodo basato sul mezzo di comunicazione utilizzato. Per Post, ad esempio, nelle società industriali contemporanee sussisterebbe un rapporto inscindibile tra democrazia e media. Questi costituirebbero lo scheletro necessario affinché il discorso pubblico possa asservirsi al valore costituzionale della democrazia.³³⁸ È ovvio poi che l'elemento relativo allo strumento di comunicazione impiegato si interseca con la questione del luogo in cui viene manifestato il pensiero: così come in alcuni casi i luoghi sono ritenuti inadatti a dare spazio a un discorso pubblico; in altri casi, il discorso è considerato pubblico in ragione del contesto in cui viene espresso, a prescindere dal suo stesso contenuto.

Riassumendo, la speciale protezione di cui gode la libera espressione secondo l'argomentazione in esame deriva dallo stretto nesso che sussiste tra dibattito (scambio di idee) e risultati delle deliberazioni. Ciò discende dalla convinzione che la maggiore qualità (verità) delle decisioni sia in rapporto di stretta causalità con un maggior dibattito pubblico. Tale connessione risulta essere la chiave di volta della teoria, sebbene alcuni autori abbiano sottolineato, ancora una volta, la difficoltà di provare la sussistenza di tale relazione.³³⁹ Vi è, infatti, un'evidente sovrapposizione con l'argomento legittimante la libertà di espressione sulla base della ricerca della verità: anche secondo la teoria di Mill, la libertà di espressione è legittimata perché, garantendo maggior dibattito, produce un effetto esterno positivo ovvero permette di adottare decisioni più sagge.

Perciò, data l'analogia impostazione, anche la deriva rischia di essere la stessa: l'importanza del rispetto della procedura democratica prevarrebbe sulla qualità del risultato. Il procedimento, l'*iter* decisionale, verrebbero considerati prevalenti e più importanti rispetto al risultato stesso. A determinare tale effetto, contribuirebbe anche la confusione, nonché la sovrapposizione concettuale, tra diritto alla libertà di espressione e quello a partecipare al processo politico: di conseguenza, si perviene ad un altro esito, opposto a quello che vedeva la libertà di espressione come subordinata rispetto alla democrazia. Il ragionamento che conduce al prevalere della partecipazione al dibattito pubblico porta, proprio in base a tale coincidenza, ad una nobilitazione e ad

³³⁸ R. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, p. 1276.

³³⁹ K. Greenawalt, *Free Speech Justifications*, p. 146.

un'autosufficienza della libertà di espressione. Si assisterà, in tal caso, ad una possibile e alternativa evoluzione del ragionamento: il diritto alla libertà di espressione diventa non più il mezzo, ma il fine stesso della democrazia. È qui che si vede come la struttura originaria, che pone la libertà di espressione come mezzo e non come fine, può in realtà capovolgersi, e divenire, così, il fine e non il mezzo.

Un altro aspetto di affinità con la teoria milliana risiede nell'ottimismo antropologico: anche in base a questa seconda teoria la libertà di espressione viene difesa alla luce del fatto che, se lasciato libero di informarsi, l'essere umano possiede la capacità per valutare le scelte politiche migliori.

2.4.2 Limiti alla libertà di espressione: la democrazia militante e il paradosso della tolleranza

La problematica affrontata preliminarmente relativa alla protezione speciale che riceverebbe il discorso pubblico, secondo l'interpretazione classica di tale argomento - elaborata da Meiklejohn con riferimento al primo Emendamento - non esclude *ex ante* che certi tipi di discorsi, se sussistono determinate condizioni, possano essere proibiti. Meiklejohn stesso afferma chiaramente che certe forme di espressione devono essere proibite.³⁴⁰

L'argomento che discende dalla protezione della democrazia non è stato perciò considerato dai suoi teorici come un argomento assolutista, che non ammette restrizioni alla libertà di espressione. Al contrario, è stato ritenuto legittimo escludere dalla protezione determinati tipi di discorsi, anche pubblici, se sussistono determinati requisiti. Secondo l'impostazione classica, le restrizioni sono ammesse quando la parola causa un danno ad altri o quando rappresenta una minaccia per la società (ciò non chiarisce la questione relativa ai criteri da adottare per proibirla).³⁴¹ La finalità sarebbe strettamente connessa proprio alla necessità di proteggere la democrazia.

È infatti dal timore della tirannia della maggioranza e dall'esigenza corrispondente di proteggere la minoranza che nasce la teoria della democrazia militante o protetta: tale concetto è stato elaborato da Karl Lowenstein nell'articolo del 1937

³⁴⁰ A. Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, p. 21.

³⁴¹ D. Kretzmer, *Freedom of Speech and Racism*, p. 477.

“Militant Democracy and Fundamental Rights”³⁴², all’epoca dell’ascesa dei regimi autoritari. Con il tempo gli studiosi hanno inteso utilizzare tale espressione per riferirsi a quei regimi democratici pronti ad adottare misure preventive e illiberali per impedire a coloro che intendono sovvertire la democrazia con mezzi democratici di realizzare effettivamente tale proposito.³⁴³

Tale modello, che legittima di fatto limitazioni dei diritti fondamentali in casi emergenziali, è stato poi adottato all’interno delle costituzioni post-belliche di molte democrazie contemporanee, prima tra tutte la Germania.

Ci sono sicuramente affinità tra la teorizzazione di Lowenstein e il “paradosso della tolleranza” enunciato da Karl Popper nel 1945 nell’opera *La società aperta e i suoi nemici*. Con tale paradosso egli intende affermare che una società che accoglie appieno il principio della tolleranza indiscriminata, anche nei confronti di coloro che minacciano il valore stesso della tolleranza, è destinata a soccombere di fronte a coloro che promuovono l’intolleranza. Approfondendo meglio il pensiero di Popper con riferimento ai limiti della libertà di espressione, egli non sostiene il divieto di manifestare qualsiasi filosofia intollerante. Piuttosto, il limite va posto - se necessario anche con la forza - nei confronti di coloro che rifiutano di difendere le proprie tesi con argomenti razionali e si negano a ogni tipo di confronto. Come conseguenza di tale ragionamento, Popper afferma perciò “in nome della tolleranza, il diritto di non tollerare gli intolleranti”: “dovremmo insomma proclamare che ogni movimento che predica l’intolleranza si pone fuori legge e dovremmo considerare come crimini l’incitamento all’intolleranza e alla persecuzione (...)”.³⁴⁴ Ecco, dunque, che il limite alla libertà di espressione deve essere posto, secondo Popper, nei confronti di quei discorsi che incitando all’intolleranza e alla persecuzione, minacciano la tolleranza e i valori fondativi della democrazia. Come interpretato da Raphael Cohen-Almagor in *The Boundaries of Liberty and Tolerance* (in cui riformula e rielabora il principio del danno di Mill e il paradosso della tolleranza), possiamo sostenere che Popper intendesse riferirsi comunque unicamente a quelle espressioni che sono idonee a determinare una qualche forma di violenza fisica.

Premesso che il nesso con la democrazia riguarda unicamente il discorso pubblico, affinché possa essere valutata l’applicazione delle limitazioni, sarà necessario

³⁴² K. Lowenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*.

³⁴³ J. W. Mülle, *Militant Democracy*, p. 2.

³⁴⁴ K. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, p. 253.

preliminarmente accertare la sussistenza degli elementi essenziali del discorso pubblico. Orbene, occorre che tale nozione sia ben circostanziata, nonostante le problematiche interpretative che abbiamo sopra evidenziato. Secondariamente sarà altrettanto importante stabilire in quali circostanze le parole sono potenzialmente in grado di costituire una minaccia per la sopravvivenza e l'esistenza stessa della società democratica. Qui in realtà, la posizione di Meiklejohn sembra essere chiara: nel suo saggio egli afferma che il Primo Emendamento deve essere interpretato letteralmente: nel campo della discussione pubblica la libertà di espressione non deve essere limitata.³⁴⁵ Nel sostenere tale posizione, egli ripudia il criterio del "clear and present danger" elaborato da Holmes, per riprendere quanto espresso dal giudice Brandeis nel 1927 nella sua opinione concorrente nella sentenza *Whitney v. California*.³⁴⁶ Secondo Meiklejohn la posizione di Brandeis va accolta perché, ampliando lo spettro di protezione della libertà di espressione, va a cogliere quello che è lo spirito del Primo Emendamento della costituzione americana e dello stesso popolo: la libertà di espressione può essere soppressa solo nei casi di emergenza, in cui effettivamente non c'è spazio per il dialogo.

Ma il carattere emergenziale- intende precisare Meiklejohn che reinterpreta il pensiero di Brandeis- permette di superare il criterio del pericolo concreto, in quanto non è un fattore interno, che dipende dal contenuto pericoloso del discorso, ma un elemento esterno, cioè una situazione in cui non c'è l'opportunità di una piena discussione. In conclusione, quando si realizza una situazione di emergenza a livello civile o militare il processo di discussione pubblica è bloccato³⁴⁷ e dunque si legittima una restrizione del discorso. È chiaro che Meiklejohn e Popper sono due teorici i cui pensieri non possono essere comparati, perché sebbene storicamente coevi, appartengono a contesti politici e giuridici diversi e molto lontani; il primo si muove nell'ambito dell'interpretazione del "free speech" secondo il Primo Emendamento statunitense; mentre il secondo è saldamente legato all'esperienza dei regimi totalitari e non si può non tener conto che

³⁴⁵ A. Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, p. 37.

³⁴⁶ *Whitney v. California*³⁴⁶ 274 U.S. 357 (1927). "If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence. Only an emergency can justify repression".

³⁴⁷ A. Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, pp. 52-56.

l'opera indubbiamente risente della propria esperienza biografica.³⁴⁸ L'unico ambito su cui sembra esservi una comunione è il riferimento alle limitazioni del discorso pubblico.

Rosenfeld, approfondisce il tema dei limiti del discorso pubblico, prendendo le mosse dal contesto politico giuridico e sociale in cui viene reso, tipicamente multiculturale, multi-religioso, multietnico e improntato al pluralismo. Egli argomenta che la diversità rischia di mettere in crisi la coesione sociale, dunque, sostiene che sebbene sia importante che il discorso pubblico sia protetto, tuttavia non tutto il discorso politico merita necessariamente protezione. Infatti se il fine del discorso è il miglioramento della democrazia, allora nei casi in cui il primo non sia funzionale alla seconda, il discorso può essere legittimamente limitato.³⁴⁹ Si tratta di un limite interno alla libertà di espressione avente una giustificazione chiaramente utilitaristica.

I discorsi anti-democratici, in generale, e quelli di odio, più nello specifico, poiché non perseguirebbero alcun fine utile, si trovano al di fuori dell'alveo di protezione della libertà di espressione. In particolare, Rosenfeld si sofferma su una specifica forma di "hate speech": l'incitamento all'odio. A suo avviso, in ogni sistema politico votato al pluralismo, l'incitamento all'odio non può in alcun modo legittimo contribuire alla democrazia. Egli si oppone all'idea che una democrazia costituzionale e pluralista possa restare neutrale di fronte alle più varie forme di discriminazione; al contrario, questa deve garantire e mantenere la diversità, adottando un atteggiamento di resistenza rispetto al contenuto ostile di determinati discorsi.³⁵⁰ Riassumendo, è il valore del pluralismo - delle identità di ogni individuo e della pacifica convivenza sociale delle differenze - e la sua difesa a giustificare una limitazione della libertà di espressione.³⁵¹

Dunque, il discorso negazionista in base a tale impostazione sarebbe legittimamente ristretto non solo nel caso in cui si configurasse come incitamento all'odio, ma anche nel caso di negazionismo semplice. Vale a dire che, poiché la libertà di espressione si fonda sulla democrazia e dato che il negazionismo trasmette un

³⁴⁸ Il saggio viene infatti scritto durante il soggiorno di Popper in Nuova Zelanda, dove era emigrato dall'Austria nel 1937 (dopo l'avvento del nazismo), proprio a causa delle sue origini ebraiche.

³⁴⁹ M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, p. 1533.

³⁵⁰ Ivi, pp. 1561, 1562.

³⁵¹ Dobbiamo notare che l'argomento che Rosenfeld propone come giustificazione del diritto alla libertà di espressione è il risultato, il prodotto della sovrapposizione di diversi argomenti. Non è infatti facile distinguere nella tesi portata avanti dall'autore l'argomento della democrazia da quello dell'autonomia. I fini che perseguono le giustificazioni tendono infatti in alcuni punti a coincidere.

messaggio antidemocratico e antisemita, tale discorso ricadrebbe al di fuori del limite esterno del diritto alla libertà di espressione.

2.5 Nessi concettuali tra principio di autonomia e libertà di espressione: la giustificazione fondata sull'autonomia individuale

2.5.1 Fondamenti teorici

Al termine del precedente paragrafo abbiamo notato come l'argomento della democrazia sia stato considerato inscindibilmente legato al tema del pluralismo, in quanto elemento essenziale delle costituzioni contemporanee. Filosofi autorevoli hanno tentato di dimostrare come, allo stesso tempo, il valore del pluralismo e della diversità sia indispensabile per lo sviluppo di un'autonomia personale. In tal senso il discorso politico e l'espressione delle proprie opinioni sono manifestazione e compimento dell'autonomia individuale.³⁵² È questo il tema principale del presente paragrafo.

Come abbiamo avuto modo di riscontrare finora, gli argomenti che discendono dalla verità e dalla democrazia sono, in realtà, argomenti di natura sociale piuttosto che individuale, in quanto in base a tali precedenti argomentazioni la tutela del diritto alla libertà di espressione è volta a favorire il benessere dei consociati, ovvero della collettività nel suo insieme. Di conseguenza, la stessa tutela della libertà di opinione e di manifestazione del pensiero deve essere garantita nei limiti in cui contribuisce in modo efficace al benessere dell'intera comunità.

Al contrario, il principio fondato sull'autonomia pone l'individuo al centro,³⁵³ assicura la diversità dei consociati, garantendo al singolo individuo la libertà di esprimere opinioni dissenzienti. Dunque, l'impatto positivo o negativo sulla società derivante dalla

³⁵² R. Dworkin, *Do We Have a Right to Pornography?*, p. 352. In tale saggio egli sostiene la tesi che considera la libertà di scelta individuale come condizione essenziale dello sviluppo umano.

³⁵³ F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 61; M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, p. 1535.

libertà di espressione diventa del tutto irrilevante. L'argomentazione dell'autonomia si fonda sul pensiero del filosofo Thomas Michael Scanlon, elaborato nell'articolo *A Theory of Freedom of Expression* del 1972. Nonostante Scanlon consideri la propria teoria una naturale estensione della tesi di Mill, rispetto a quest'ultimo, però, vi è una sostanziale differenza: Scanlon non crede che il fine della libera discussione sia quello di raggiungere la verità; al contrario, la teorizzazione di Scanlon è volta a tutelare il diritto stesso alla libertà di espressione, indipendentemente da qualsiasi effetto esterno.

Una premessa va fatta rispetto alla delimitazione della categoria di “acts of expression”: secondo Scanlon vi rientrerebbero quegli atti con cui l'agente intende comunicare un atteggiamento o un'informazione.³⁵⁴ Il concetto di autonomia in Scanlon deve essere inteso nella dimensione attiva in un duplice senso: da un lato, la libertà del parlante di dire ciò che vuole; dall'altro, la libertà dello stesso di accedere a tutte le informazioni necessarie per la propria autodeterminazione³⁵⁵ (l'individuo deve essere nella condizione di valutare in modo autonomo ciò che merita interesse e ciò che, al contrario, non lo merita). Si tratterebbe, dunque, di una assoluta sovranità sulle proprie

³⁵⁴ T.M. Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, p. 206. Accogliendo questa definizione, egli interpreta il discorso come forma di comunicazione che presume la presenza di un interlocutore. La qualificazione *de quo* è stata criticata da Edwin Baker in *Human Liberty and Freedom of Speech* per diverse ragioni. Primo perché considerata troppo restrittiva, in quanto escluderebbe l'uso solitario del discorso. Infatti, se il discorso si fonda sul principio dell'autonomia, allora anche questa forma di discorso contribuirebbe nello stesso modo all'auto-realizzazione dell'individuo. Secondo, da tale specificazione sarebbero inoltre escluse quelle forme di espressione che intendono “fare cose con le parole”, e non necessariamente trasferire informazioni. Da ultimo, rispetto alla protezione fornita dal Primo Emendamento, la categorizzazione di Scanlon contrasterebbe con il senso generale del testo, in quanto pone enfasi sul contenuto del messaggio diretto verso l'ascoltatore (secondo il modello del libero mercato delle idee), piuttosto che sulla fonte del discorso, come invece sembrerebbe desumersi da una lettura più generale del testo, secondo Baker. È per tali ragioni che, in vista di una categorizzazione che si adatti ai valori e allo scopo del Primo Emendamento statunitense, Baker suggerisce una dicotomizzazione del discorso in usi auto-espressivi e creativi della lingua, anche ispirandosi alle idee del filosofo e linguista Ludwig Wittgenstein.

³⁵⁵ J. Maclure, *The Regulation of Hateful and Hurtful Speech: Liberalism's Uncomfortable Predicament*, p. 136.

scelte.³⁵⁶ La centralità che viene attribuita al concetto di autonomia³⁵⁷ comporta una concezione dell' uomo come essere indipendente nella determinazione della propria decisione, cioè sciolto da influenze esterne: questa tesi si trova pertanto in evidente opposizione rispetto al concetto di paternalismo.³⁵⁸ In altre parole, l'uomo viene considerato autonomo nella misura in cui egli è sovrano nel decidere in cosa credere e nel soppesare le contrastanti ragioni che possono determinare il suo agire.³⁵⁹

L'autonomia si lega alla libertà di espressione, poiché per potersi autodeterminare l'uomo deve essere libero di informarsi e esprimersi, e dunque di avere accesso a tutte le informazioni necessarie e alle opinioni degli altri.³⁶⁰ Dunque, se per tal verso Scanlon è d'accordo con Micklejohn (nel senso che anche qui l'essenza della libertà di espressione risiede nella libertà di informarsi e di scegliere sulla base delle informazioni acquisite), tuttavia la prospettiva privilegiata non è quella della sovranità popolare, ma individuale.

2.5.1.1 Il contrattualismo di Scanlon

Scanlon, seguendo l'impostazione di Mill, concepisce la libertà di espressione come forma di tutela del cittadino nei confronti dell'ingerenza statale: il diritto alla libertà di espressione rappresenta un limite, una barriera all'ingerenza e interferenza statale nel processo di scelta individuale. Nel trattare il rapporto tra cittadino e stato egli riprende e

³⁵⁶ Schauer nella sua opera dedicata alla libertà di espressione sottolinea che la teoria elaborata da Scanlon giustifica il diritto alla libertà di espressione fondandosi su una nozione di assoluta sovranità sulle scelte individuali della persona.

³⁵⁷ Joel Feinberg definisce il concetto di autonomia come il diritto di fare scelte e decisioni, qualificando come valore fondamentale da preservare la capacità di vivere nel rispetto delle scelte compiute da ciascuno di noi. Si veda J. Feinberg, *Harm to Self*.

³⁵⁸ Si veda più ampiamente sul tema S. Conly, *Against Autonomy*; J. Kleining, *Paternalism*, p.18. Mentre Kleining definisce *paternalism* come ogni caso in cui "X agisce per restringere la libertà di Y, affinché sia protetto lo stesso benessere di Y", Conly invece offre una diversa definizione, introducendo il concetto di "paternalismo coercitivo". Con questa formula Conly intende affermare che sarebbe legittimo un intervento dello stato non solo per indurre l'individuo ad astenersi da certe azioni, ma anche per costringerlo a compierne altre. Sarah Conly tenta infatti di dimostrare che in certi casi questo criterio risulta più accettabile rispetto a forme di paternalismo più leggere che, invece di costringere, tentano di guidare il singolo agente.

³⁵⁹ T. M. Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, p. 215.

³⁶⁰ J. Maclure, *The Regulation of Hateful and Hurtful Speech*, p. 136.

rielabora la teoria politico-filosofica del contratto sociale, che trova il suo fondamento più antico in Thomas Hobbes, partendo dal presupposto che un governo viene considerato legittimo fintanto che riconosciuto come tale dai propri cittadini. Sempre in base alla teoria del contratto sociale, la devoluzione allo stato del potere di regolare l'agire umano dipende dall'accordo dei cittadini: in mancanza del consenso, qualsiasi imposizione dello Stato risulta illegittima.³⁶¹

Ciononostante, il contrattualismo elaborato da Scanlon prevede che il diritto di espressione, parte essenziale dell'autonomia individuale, non possa essere ceduto allo stato, che dunque si trova privo del potere di stabilire cosa è vero e cosa è falso, di impedire all'individuo di formarsi un giudizio indipendente sulla verità o falsità di una data opinione o idea.³⁶² Garantire allo stato tale potere significherebbe negare la razionalità e l'autonomia proprie degli esseri umani.³⁶³ Ovviamente ponendo al centro l'autonomia individuale, la responsabilità di un determinato atto, anche se in stretta connessione causale con l'espressione di un altro soggetto, viene in via di principio ritenuta come imputabile unicamente all'agente, che resta quindi il solo responsabile della condotta da lui posta in essere.³⁶⁴ Tali limiti si spiegano alla luce del fatto che, secondo il principio dell'autonomia, l'uomo deve essere messo nella condizione di scegliere in base alle proprie ragioni: egli deve, perciò, poter accedere senza limitazioni alle informazioni al fine di autodeterminarsi. Da qui la necessità di ancorare il contrattualismo di Scanlon al principio di autonomia, che spiega quanto segue.

Quando il cittadino è sottoposto alle leggi dello stato, che richiede certi suoi comportamenti, egli resta, tuttavia, sovrano sulle proprie azioni, e libero di valutare le proprie ragioni per conformarvisi. Ad esempio, lo stato può richiedere, attraverso l'esercizio del potere legislativo, all'individuo una certa azione, avendo questi aderito al patto sociale. Lo Stato avrebbe il dovere di disciplinare specifiche situazioni in cui la minaccia di un danno è talmente grave da imporre una limitazione attraverso le leggi della

³⁶¹ T. M. Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, p. 220.

³⁶² Ivi, p. 217.

³⁶³ R. Amdur, *Scanlon on Freedom of Expression*, p. 293.

³⁶⁴ Infatti, nella nozione di danno elaborata da Scanlon, come vedremo in seguito, la fattispecie di istigazione non è considerata una condotta dannosa.

libertà personale di agire.³⁶⁵ Tuttavia, se il cittadino vi obbedirà o no dipende da quanto per lui tali ragioni siano rilevanti: in altre parole, il rispetto della legge deriva dalla valutazione individuale, che prescinde ed è indipendente da quella addotta dallo Stato.³⁶⁶ La valutazione compiuta dal singolo consiste in una stima generale delle conseguenze derivanti da un proprio adempimento degli obblighi o da una propria eventuale disobbedienza rispetto al caso particolare. In tal senso, possiamo dire che la teoria di Scanlon ha contribuito in una certa misura all'elaborazione di un diritto morale alla disobbedienza civile.³⁶⁷

Il richiamo che Scanlon fa al potere dello stato di regolare certe azioni individuali non ci deve condurre ad un'automatica estensione di tale impostazione alla libertà di espressione, che evidentemente risponde ad altre regole. D'altronde, se il cittadino devolvesse allo stato il potere di decidere ciò che è vero e ciò che è falso, permettendogli di applicare la censura, per esempio, si porrebbe la questione circa il rispetto del principio di autonomia, poiché nel restringere il diritto alla libertà di espressione lo stato compirebbe una valutazione che di fatto impedirebbe all'individuo di venire a conoscenza di determinate informazioni. La devoluzione allo stato di un tale potere avrebbe come effetto quello di limitare l'autonomia e il diritto all'autodeterminazione individuale.

Pertanto Scanlon ritiene che non sia compatibile con l'autonomia individuale l'esistenza di un potere statale che, in assenza di consenso esplicito, possa schermare con interventi legislativi la possibilità dell'individuo di accedere a determinate informazioni.³⁶⁸ Di conseguenza, anche l'autorità del governo di restringere la libertà dei cittadini al fine di prevenire danni ad altri non può implicare, anzi esclude, il potere dello stato di prevenire tali danni per mezzo del controllo delle fonti di informazioni al fine di diffondere e rinforzare determinate convinzioni.³⁶⁹

³⁶⁵ Ne consegue da questo ragionamento che nel momento in cui l'individuo dovesse cedere allo stato il potere di restringere la libertà di espressione in determinate sfere, rinunciarebbe anche alla possibilità di accedere a informazioni che gli permettono di formarsi un'opinione indipendente. Il conseguenza diretta sarebbe una rinuncia di fatto e di diritto alla autonomia dell'individuo.

³⁶⁶ T. M. Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, p. 216.

³⁶⁷ D. Lefkowitz, *On a Moral Right to Civil Disobedience*. Non sembra, quindi, totalmente inappropriato in questa sede evocare un parallelismo tra questa concettualizzazione e l'immagine di Antigone, che per rispettare le ragioni della propria coscienza disobbedisce a quelle dello stato.

³⁶⁸ T. M. Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, p. 219.

³⁶⁹ Ivi, p. 222.

Il principio di autonomia, in definitiva, impone al potere statale il non intervento nella selezione delle informazioni attraverso le quali l'individuo potrà formare le proprie scelte.³⁷⁰ Ma in che senso va interpretata la limitazione che il principio di autonomia pone rispetto alla censura di informazioni da parte dello stato?³⁷¹ A voler meglio precisare, l'argomento contro le limitazioni del diritto alla libertà di espressione non è fondato sul fatto che l'individuo deve poter avere accesso al contenuto di una certa informazione, quanto piuttosto che egli deve poter scegliere come agire, coerentemente con le proprie ragioni, senza che lo stato si sostituisca a lui nelle valutazioni che lo riguardano. L'individuo deve, cioè, avere la possibilità di adottare le proprie decisioni in modo consapevole. A questo forte argomento per l'auto-determinazione individuale si lega la decisione di suddividere le espressioni non per materia o per contenuto, ma distinguendo quelle che offrono buone ragioni per agire da quelle che invece determinano l'individuo all'azione ricorrendo ad altre modalità.³⁷² Rispetto alla prima categoria, nessuna interferenza è ammessa e tale categoria rappresenta, perciò, il limite interno alla libertà di espressione.

2.5.1.2 Dignità umana e libertà di espressione

Come abbiamo accennato in partenza, secondo Scanlon il risultato prodotto dalla scelta umana non rileva per il bene comune, ma per l'individuo in sé e per sé. Il risalto attribuito all'individuo e al valore insito nella scelta personale, in quanto intesa come espressione dell'autonomia e del diritto all'autodeterminazione individuale, rivela i principi fondamentali che sorreggono l'argomentazione della libertà di scelta: vale a dire i valori di eguaglianza e dignità.³⁷³ L'uomo è libero di scegliere perché attraverso la stipulazione di un contratto sociale si è stabilito che la dignità di ognuno venisse garantita

³⁷⁰ In questo senso, come si osserverà meglio in seguito, vi è un richiamo ai limiti posti dalla teoria di Mill all'intervento statale.

³⁷¹ F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 69; R. Amdur, *Scanlon on Freedom of Expression*, p. 289.

³⁷² T. M. Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, p. 212.

³⁷³ Rispetto ai principi di eguaglianza e dignità occorre dar conto del pensiero di quanti ritengono che questi valori debbano essere considerati come una giustificazione distinta e separata dalla giustificazione dell'autonomia. Sul punto si veda K. Greenawalt, *Free Speech Justifications*, pp. 152, 153.

anche dalla libertà di esprimere le proprie opinioni.³⁷⁴ Dunque, il legame tra dignità e libertà di espressione rivela il nesso logico tra individuo e pensiero: il valore del singolo e il riconoscimento della sua dignità in quanto uomo dipendono proprio dalla possibilità di esprimere liberamente la propria opinione. Attribuire uguale valore alle opinioni individuali significa considerare gli individui in modo eguale all'interno della società. È dall'affermazione della dignità,³⁷⁵ del rispetto reciproco e dell'autonomia individuale che discende la protezione dell'espressione individuale.³⁷⁶ Da questo ragionamento, fondato sull'assunzione che la dignità debba essere rispettata garantendo all'individuo la possibilità di esprimersi, si può desumere che chi esprime la propria opinione abbia una posizione privilegiata rispetto alla posizione che viene assicurata allo stesso soggetto dalle altre argomentazioni. La primazia del parlante discenderebbe, cioè, dallo stretto legame con l'argomento della dignità che è insito in tale teorizzazione, perché la realizzazione individuale e il rispetto di sé e degli altri si manifestano nelle opinioni personali e nella comunicazione all'esterno.

Inoltre, il legame con la dignità fa sì che la protezione di cui gode la libertà di espressione abbia una portata piuttosto ampia rispetto a quella garantita dalle altre

³⁷⁴ La considerazione dell'uomo come agente intrinsecamente autonomo e razionale trova la sua teorizzazione più alta in Kant, che viene esplicitamente richiamato da Scanlon.

³⁷⁵ È pur vero che non sono mancate argomentazioni opposte che hanno affermato che è proprio il rispetto della dignità e dell'uguaglianza a legittimare la restrizione del diritto alla libertà di espressione. Questa tesi è stata utilizzata rispetto al tema della pornografia, considerata una forma di espressione da quanti ne hanno argomentato il divieto. Tra i sostenitori più influenti vi è Catharine Mackinnon, la quale ha affermato sia nel mondo accademico sia dinanzi ai tribunali (si pensi al caso *American Booksellers Association v. Hudnut*) la necessità di vietare la pornografia, in quanto, proponendo un'immagine della donna come oggetto sessuale, rinforzava stereotipi di subordinazione e perpetuava e supportava la violenza di genere. Orbene, ho scelto di richiamare questa argomentazione per dimostrare che sostenere una tesi appellandosi al principio di uguaglianza o di dignità è sempre pericoloso, per l'ambivalenza del suo significato. In quanto principio giuridico vago, dal contenuto vuoto, esso si presta ad essere interpretato in modo diverso a seconda dell'interesse giuridico che si vuole di volta in volta proteggere e tutelare, con il rischio che tale concetto diventi una scatola da riempire di significato secondo la convenienza contingente. È, dunque, un argomento debole e quanto mai scivoloso, come dimostra il fatto che è stato al contempo invocato sia in difesa della libertà di espressione, sia contro, in diversi casi limite, come la pornografia, lo "hate speech" o ancora il negazionismo.

³⁷⁶ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*; D. Richards, *Free Speech and Obscenity Law: Toward A Moral Theory of the First Amendment*.

argomentazioni.³⁷⁷ A ben vedere una teoria così formulata si presta anche ad un'altra interpretazione, come ritiene ad esempio Edward Baker: secondo tale opinione, che per certi versi risulta meno convincente (per come è stata originariamente formulata tale teoria da Scanlon), la giustificazione dell'autonomia garantirebbe maggiore tutela all'ascoltatore trascurando l'interesse del parlante.³⁷⁸

La tesi che sostiene l'interdipendenza sopra riportata tra dignità e libertà di parola, in base alla quale si assume che la dignità stessa si realizzi e si tuteli tramite la parola, porta con sé l'esigenza di dimostrare in base a una valutazione costi-benefici che il danno causato dallo "hate speech" sia minore del danno causato dalla proibizione dello stesso (che minerebbe l'autonomia e l'autodeterminazione individuale).³⁷⁹

Tuttavia, sebbene sia supportata l'argomentazione che pone una connessione tra libertà di espressione e autonomia, secondo una parte degli studiosi sarebbe indimostrato che il libero discorso produca una maggiore autonomia e indipendenza. Sarebbe cioè priva di riscontri la sussistenza di un rapporto di causalità tra i due principi giuridici. In questo senso, secondo Greenawalt sarebbe un argomento non-cosequenzialista e normativo, perché fonda la propria tesi a prescindere da un'evidenza empirica circa il rapporto causale: la libertà di espressione verrebbe giustificata dall'esigenza stessa che gli uomini, in quanto esseri razionali e autonomi, siano trattati come tali.³⁸⁰

Al di là della struttura dell'argomentazione, che sia qualificata come non-consequenzialista o meno, una valutazione costi-benefici, condotta a livello empirico dimostra che la libertà di espressione rende gli individui più autonomi che un regime di regolamentazione e soppressione del discorso.³⁸¹ Ed in effetti la storia mostra due evidenze; primo, che la soppressione della comunicazione da parte del governo tende a diminuire l'indipendenza e l'autonomia individuale e di pensiero (l'uomo tende ad aderire all'opinione dominante o a convincersi della sua giustezza); secondo, che l'autonomia è strettamente connessa con la relativa libertà di espressione (nei regimi totalitari è

³⁷⁷ M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, p. 1535.

³⁷⁸ E. Baker, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, p. 17.

³⁷⁹ F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 62.

³⁸⁰ K. Greenawalt, *Free Speech Justifications*, p. 152.

³⁸¹ Ivi, p. 144.

facilmente verificabile che il primo tentativo di negare l'autonomia personale è restringere o negare la libertà di espressione-informazione).³⁸²

Considerato da un'autorevole dottrina³⁸³ un argomento per la libertà di comunicazione in senso stretto perché la libertà di parola non ha un fine esterno, ma è tutelata in quanto valore dell'essere ed espressione della dignità, resta problematico considerare l'argomento dell'autonomia come giustificazione della libertà di parola, senza riflettere sul rapporto che intercorre tra autonomia e parola. Risulta infatti difficile pensare che la teoria di Scanlon, fondandosi su concetti così ampi come l'autonomia e la dignità- che si riferiscono alla libertà di agire in generale – riescano a restringere la loro portata alla sola libertà di pensiero, senza rischiare di renderla che una mera componente, una specificazione della libertà di agire.³⁸⁴ Insomma, sembra complicato scindere la libertà di pensiero dalla libertà di agire in generale, se l'argomento per una sua “emancipazione” resta quello che si fonda sull'autonomia.

2.5.2 Limiti alla libertà di espressione in base al principio di autonomia

Scanlon costruisce il suo pensiero sulla libertà attorno al principio del danno di Mill, intendendolo come principio generale che regola e restringe l'azione del governo nei confronti del singolo, e che allo stesso tempo legittima l'intervento statale in certe circostanze,³⁸⁵ senza che venga lesa l'autonomia, l'uguaglianza e la razionalità degli individui sottoposti all'autorità statale. Questo stesso principio viene poi esteso anche alla libertà di espressione, in quanto considerato il più idoneo per il mancato riferimento a classi speciali di diritti, o alla manifestazione di espressioni in specifici ambiti della società (come l'argomentazione fondata sulla democrazia).³⁸⁶

Per quanto attiene ai limiti della libertà di espressione, l'autore non nega che certi danni possano essere causati unicamente da determinate espressioni, ciononostante tale

³⁸² K. Greenawalt, *Free Speech Justifications*, p. 144.

³⁸³ F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 71.

³⁸⁴ Ivi, p. 65.

³⁸⁵ J. S. Mill, *Sulla libertà*, cap II.

³⁸⁶ T. M. Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, p. 215.

eventualità non rappresenterebbe una giustificazione legittima ai fini di una limitazione legale di questi atti, che devono perciò considerarsi protetti. Tra i danni vi sono; quelli che discendono da false convinzioni formatesi per effetto di certe manifestazioni di espressione; le conseguenze dannose di atti compiuti come il risultato di parole che hanno contribuito a generare nell'agente la credenza che quelle azioni dannose andassero poste in essere.³⁸⁷ In sintesi, sono considerati come danni le false credenze e quegli effetti che derivano da azioni dannose. Questi sono per Scanlon i criteri fondamentali di quello da lui definito come principio milliano, inteso come principio fondamentale applicato al diritto alla libertà di espressione. È interessante osservare che secondo l'impostazione originaria di Scanlon- che poi verrà corretta nel suo articolo successivo "Freedom of Expression and Categories of Expression"³⁸⁸- l'incitamento all'odio sarebbe incluso nell'ambito di protezione del principio milliano, mentre al contrario ne sarebbe esclusa la diffamazione.³⁸⁹

Scanlon elabora la sua teoria a partire dal principio milliano che adatta e modifica, accordandolo al principio dell'autonomia. I criteri che egli introduce restringono, disciplinano e giustificano le limitazioni che il governo, nell'esercizio della sua autorità, può esercitare. Il fine è quello di conciliare il principio di autonomia e uguaglianza degli individui con il potere dello stato di introdurre certe restrizioni.³⁹⁰ Le ulteriori eccezioni che legittimano restrizioni alla libertà di espressione e ammettono la possibilità di introdurre politiche di governo volte alla limitazione delle manifestazioni di espressione devono rispettare i seguenti criteri: uno, se è stato effettuato un bilanciamento con un altro interesse meritevole di tutela; secondo, se c'è un'equa distribuzione dell'accesso ai mezzi di espressione; terzo, se è compatibile con il riconoscimento di certi diritti, come quelli politici.³⁹¹

Come sopra accennato, il tema più spinoso relativo alla teorizzazione del principio del danno per come formulato da Scanlon riguarda la questione se siano da punire o no quei discorsi che persuadono, incitano o incoraggiano a commettere atti dannosi.

³⁸⁷ Ivi, p. 213.

³⁸⁸ In tale articolo Scanlon rifiuterà la validità della distinzione gli strumenti per la restrizione e le ragioni della restrizione della libertà di espressione.

³⁸⁹ R. Amdur, *Scanlon on Freedom of Expression*, p. 300.

³⁹⁰ T. M. Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, p. 225.

³⁹¹ Ivi, p. 224.

Fermandoci ad un'interpretazione stretta di quanto da lui scritto, Scanlon afferma chiaramente che alcuni atti di espressione devono restare al di fuori dell'interferenza statale, nonostante questi causino danni significativi.³⁹² Dunque, dovrebbe ritenersi illegittimo qualsiasi intervento statale volto a imporre restrizioni a tali discorsi.³⁹³ Ciononostante, le opinioni in letteratura sono differenti: Schauer afferma che fintanto che tutti gli esseri umani conservano in sé il valore della dignità, e sono perciò meritevoli di eguale rispetto, il divieto di manifestare un'idea coincide con un *vulnus* dell'autonomia individuale. Un'altra parte degli studiosi afferma che Scanlon, in base al principio milliano, non riterrebbe ammissibili leggi che puniscono lo "hate speech", anche nel caso in cui tali espressioni portassero altri alla commissione di atti illegali.³⁹⁴

Al contrario, Rosenfeld³⁹⁵ sostiene che, sebbene tradizionalmente la tesi dell'autonomia sia stata interpretata unicamente come rivolta a soddisfare i bisogni individuali del parlante, un approccio meno individualista garantirebbe una prospettiva non concentrata solo su chi parla, considerando anche che l'essenza stessa del discorso e della comunicazione implica un rapporto bilaterale tra chi parla e chi ascolta: d'altra parte, non è incongruo pensare che l'argomento fondato sull'autonomia imponga anche il rispetto della dignità e dell'uguaglianza di chi ascolta, che potrebbe, al contrario, trovarsi in una relazione di subordinazione e oppressione rispetto a chi parla. Dunque, questo orientamento ritiene che una tale impostazione debba ammettere come legittima la restrizione del discorso di odio, nella misura in cui questo lede la dignità e l'autonomia dei destinatari dei messaggi.³⁹⁶

Entrambe le argomentazioni sembrano sostenibili, a seconda della prospettiva che si adotta. Se il punto di vista che si fa prevalere è quello del parlante, allora si accoglierà l'interpretazione originaria di Scanlon; diversamente, e cioè considerando altrettanto

³⁹² R. Amdur, *Scanlon on Freedom of Expression*, p. 288.

³⁹³ T. M. Scanlon, *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*, p. 199.

³⁹⁴ J. Maclure, *The Regulation of Hateful and Hurtful Speech: Liberalism's Uncomfortable Predicament*, p. 140.

³⁹⁵ M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence*, p. 1562. L'Autore scrive: "In view of the earlier discussion of the justification from autonomy, it is obvious that it goes hand in hand with a ban against hate speech so long as the autonomy of speakers and listeners is given equal weight. In other words, if autonomy is taken as requiring dignity and reciprocity, then it demands banning hate speech as an affront against the basic rights of its targets".

³⁹⁶ Ivi, pp. 1535, 1536.

importante la protezione dell'autonomia del soggetto destinatario della comunicazione, allora si dovrà ritenere ammissibile il divieto dello "hate speech", nella misura in cui sia lesivo della dignità della persona offesa. Lo stesso vale per il negazionismo, se si considera solo la prospettiva del parlante allora lo si dovrà considerare coperto dal diritto alla libertà di espressione, se si considera, invece, la prospettiva di chi ascolta allora il negazionismo potrebbe considerarsi lesivo dell'autonomia del destinatario del messaggio che sarebbe costretto ad ascoltare una versione mistificatoria della storia che lede la propria dignità, sia se appartenente al gruppo minoritario, sia in quanto essere umano.

3 Ricognizione comparatistica del trattamento giuridico in ambito europeo in tema di negazionismo: è possibile ricostruire un orientamento uniforme?

1. Introduzione. – 2. Italia. – 3. Francia e Belgio. – 4. Germania e Austria. – 5. Spagna. – 6. Giurisprudenza Cedu. -6.1. Premessa. - 6.2 L'orientamento iniziale e l'effetto “ghigliottina”. Un tentativo di non ingerenza. – 6.3. Il negazionismo come “hate speech”. Un tentativo di “distinguishing”. – 6.4. La Corte cambia orientamento e riconsidera l'applicazione dell'articolo 10 (2). – 7. Un tentativo di sistematizzazione.

3.1 Introduzione

La trattazione seguente riguarda la disciplina interna ai singoli stati in materia di negazionismo. La scelta statale di introdurre il reato di negazionismo non risponde a un obbligo di diritto internazionale. Ciononostante, il negazionismo è stato, in molti paesi, oggetto di interventi normativi di natura penale per la sua “bidimensionalità”, dovuta al “suo pendolare lungo la traiettoria storica e quella politico-ideologica”.³⁹⁷

Occorre sottolineare, però, che il diritto internazionale dei diritti umani, come sancito nei principali strumenti internazionali in materia,³⁹⁸ non attribuisce alla libertà di espressione un valore assoluto, anzi ne ammette la limitazione: è dunque in via di principio legittima sotto il profilo del diritto internazionale una norma che limiti la libertà di mettere in discussione o negare determinati eventi storici. La normativa penale in materia di negazionismo va tenuta distinta dalle c.d. “politiche memoriali”, intese come

³⁹⁷ D. Caputo, *La “Menzogna di Auschwitz”, le “verità” del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, p. 6.

³⁹⁸ Primo fra tutti l'articolo 10 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

“l’insieme degli interventi di attori pubblici, volti a produrre e imporre una memoria pubblica ufficiale alla società”.³⁹⁹

L’elaborazione di questi reati di opinione, cosiddetti “atipici”,⁴⁰⁰ si fonda principalmente sull’identificazione soggettiva dell’agente con l’ideologia razzista e nazista.⁴⁰¹ I primi ad avere introdotto una normativa volta alla criminalizzazione della condotta negazionista sono queglii stati che hanno attivamente partecipato allo sterminio degli ebrei durante la Seconda Guerra Mondiale e tale decisione va quindi interpretata come un tentativo di farsi carico della responsabilità morale per i crimini loro imputati. Il reato di negazionismo risponde a tale esigenza, garantendo il rispetto del “patto etico” sul quale questi Stati si erano costituiti nel secondo dopoguerra.⁴⁰² La fattispecie, prima ristretta alla sola contestazione della *Shoah*, ha subito, a partire dalla sua formulazione originaria, una progressiva espansione del suo campo di applicazione⁴⁰³ che ha via via ricompreso la negazione di altri eventi storici,⁴⁰⁴ fino ad assumere in diversi ordinamenti la forma di fattispecie aperta, in grado cioè di assorbire al proprio interno la negazione di altri crimini internazionali via via qualificati come tali dalle corti nazionali o sovranazionali. Tale tendenza è stata incoraggiata e supportata dal Protocollo Addizionale alla Convenzione internazionale sulla criminalità informatica⁴⁰⁵ e la decisione quadro dell’Ue del 2008 sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale.⁴⁰⁶

Vi è poi un’ulteriore dicotomizzazione che occorre porre in evidenza: da un lato, queglii stati che puniscono puramente e semplicemente il negazionismo (Francia e Austria); dall’altra, queglii stati che puniscono il cosiddetto negazionismo “condizionato”, decidendo di sanzionare solo quelle condotte espressive che realizzino o siano volte a

³⁹⁹ M. Johann, *Gouverner les mémoires*, p. 16.

⁴⁰⁰ L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione* p. 77.

⁴⁰¹ M. Manetti, *Libertà di pensiero e negazionismo*, p. 41.

⁴⁰² E. Fronza, *The Criminal Protection of Memory*, p. 179.

⁴⁰³ I primi temporalmente a compiere tale scelta sono stati la Svizzera e il Lussemburgo. La loro scelta politica di introdurre una sorta di estensione del campo di applicazione della normativa si spiega con la loro storica “neutralità” a livello geopolitico.

⁴⁰⁴ In particolare, si è assistito a tale ampliamento tra la fine degli anni ‘90 e gli inizi degli anni 2000.

⁴⁰⁵ ETS No.185. Council of Europe, Convention on Cybercrime, 23 November 2001.

⁴⁰⁶ Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008.

realizzare determinati effetti.⁴⁰⁷ In via generale, si può evidenziare che l'intero sistema europeo, sia quello convenzionale sia quello delle giurisprudenze costituzionali interne, vada verso un'uniformazione rispetto a quanto stabilito dalla Decisione Quadro del 2008 "Sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale volta a richiedere agli stati nazionali l'adozione di misure in materia di razzismo e xenofobia". L'adozione di una decisione quadro che invita gli stati a contrastare con il diritto penale il negazionismo denota una tendenza del legislatore europeo a veicolare determinati valori identitari anche attraverso l'intervento penale.⁴⁰⁸ Va, comunque, evidenziato che le sentenze costituzionali e gli orientamenti più recenti della Corte europea dei diritti umani (d'ora in avanti Cedu) corrono nella stessa direzione, mostrandosi più propensi a innalzare lo *standard* di protezione della libertà di espressione, tentando allo stesso tempo di soddisfare le istanze di politica legislativa che invece propendono per un rafforzamento dei c.d. principi di uguaglianza e dignità (contro-interessi).

3.2 Italia

La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano è sancita dall'art. 21 della Costituzione, il cui primo comma recita: "Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione."⁴⁰⁹ Ad una prima analisi, sembra che la libertà di espressione sia un diritto assoluto, immune da qualsiasi forma di limitazione, scevro di condizionamenti derivanti dalla spinta esercitata da considerazioni di pubblico interesse.⁴¹⁰ L'Italia, infatti, non rientra in quella schiera di stati che, adottando il modello della c.d. "democrazia militante", ammettono a livello costituzionale forti limitazioni dei diritti fondamentali al fine di proteggere i principi di libertà e di democrazia (anche detti limiti intrinseci alla

⁴⁰⁷ N. Droin, *Etat des lieux de la répression du négationnisme en France et en droit comparé*, p. 369.

⁴⁰⁸ T. Lozano, *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, p. 103 ss.

⁴⁰⁹ Si veda sul tema A. Pace, M. Manetti, *Commentario della Costituzione. Art 21 Rapporti civili*.

⁴¹⁰ Ivi, p. 21.

costituzione)⁴¹¹. Secondo Alessandro Pace, l'ordinamento italiano ha incorporato una concezione "conseguenzialista" per cui l'interesse generale sarebbe meglio tutelato garantendo la libera circolazione di idee, anche quando diverse o minoritarie.⁴¹² Sempre in base a tale tesi l'impalcatura costituzionale considererebbe la libertà di manifestazione del pensiero come il fondamento della democrazia, ragion per cui al discorso pubblico andrebbe garantita una tutela maggiore rispetto al discorso privato.⁴¹³ Resta comunque aperto il tema essenziale dei limiti dei diritti fondamentali, dato che il nostro ordinamento non è privo di disposizioni legislative che nel tutelare altri beni devono necessariamente restringere la libertà di manifestazione del pensiero. Se, secondo la teoria dei limiti impliciti⁴¹⁴ ogni diritto fondamentale sarebbe di per sé limitato in virtù del necessario contemperamento con gli altri, la giurisprudenza costituzionale ha spesso accolto la tesi secondo cui il legislatore sarebbe privo del potere di restringere la libertà di espressione richiamando l'esistenza di limiti "immanenti", dovendosi piuttosto ricercare un fondamento positivo di tale limitazione a livello costituzionale.⁴¹⁵

In mancanza di una norma di diritto internazionale che imponga l'obbligo agli stati di criminalizzare il negazionismo, l'Italia ha fatto a lungo parte di quella schiera di paesi che hanno scelto di non introdurre nel loro ordinamento reati di opinione volti a criminalizzare la condotta di chi manifesta in modo più o meno esplicito idee negazioniste o che comunque intendono banalizzare o minimizzare l'evento storico della *Shoah*. In altre parole, l'ordinamento italiano ha deciso per lungo tempo di non tutelare una verità storica tramite una norma penale, evitando così la cristallizzazione della verità storica in verità giuridica. Tale scelta è stata sostenuta dalla comunità scientifica, che si è fermamente opposta all'intrusione del diritto penale nel campo della ricerca storica (anch'essa tutelata dagli artt. 9 e 33 della Costituzione).⁴¹⁶

⁴¹¹ A. S. Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, pp. 281, 282. Va, ad ogni modo, precisato che anche nella Costituzione italiana sono presenti disposizioni che limitano alcuni diritti costituzionalmente garantiti al fine di proteggere l'ordinamento da derive totalitarie e dalla diffusione dell'ideologi fascista.

⁴¹² A. Pace, M. Manetti, *Commentario della Costituzione. Art 21 Rapporti civili*, p. 21.

⁴¹³ Ivi, p. 43.

⁴¹⁴ Ivi, p. 42.

⁴¹⁵ Corte cost. sent. nn. 9/1965; 120/1968; 38/1973; 11 e 106/1974; 16/1981.

⁴¹⁶ Occorre ricordare che contro l'opportunità di introdurre il reato di negazionismo si è più volte espressa la comunità degli storici, la quale nel 2007 ha formulato l'appello "contro il negazionismo, per la

La scelta dell'Italia di non criminalizzare il negazionismo potrebbe dipendere dal fatto che questa non abbia mai attivato un vero e proprio “programma di giustizia transizionale”, avente come obiettivo principale quello di creare una coscienza e una memoria collettiva su quanto accaduto durante il ventennio fascista. Ciononostante, non necessariamente l'assenza di norme in materia risiederebbe nella mancata attivazione di un processo di giustizia transizionale. Tale scelta può giustificarsi anche nella considerazione che il negazionismo non lede interessi talmente rilevanti da richiedere l'intervento del diritto penale.

Date queste premesse, come spiegare a distanza di più di sessant'anni dalla Seconda Guerra Mondiale l'introduzione della aggravante di negazionismo?

La scelta di immettere nell'ordinamento il negazionismo come aggravante della fattispecie base di incitamento a compiere atti discriminatori o della propaganda razzista risponde all'obbligo di dare attuazione alla decisione quadro dell'Ue, del 28 novembre 2008. Lo strumento della decisione quadro vincola gli stati a raggiungere il risultato previsto dalla stessa decisione,⁴¹⁷ che in questo caso richiede appunto l'introduzione di norme di contrasto alle condotte di chi neghi o banalizzi i crimini internazionali, tra cui l'Olocausto.

A ben vedere la scelta europea segue il modello minimalista,⁴¹⁸ a cui l'Italia si conforma, stabilendo un intervento penale soltanto nei casi in cui il negazionismo integri

libertà della ricerca storica” che conteneva la seguente opinione: “Come storici e come cittadini siamo sinceramente preoccupati che si cerchi di affrontare e risolvere un problema culturale e sociale certamente rilevante (il negazionismo e il suo possibile diffondersi soprattutto tra i giovani) attraverso la pratica giudiziaria e la minaccia di reclusione e condanna. Proprio negli ultimi tempi, il negazionismo è stato troppo spesso al centro dell'attenzione dei media, moltiplicandone inevitabilmente e in modo controproducente l'eco”. La ragione della loro contrarietà è tripartita: si offre ai negazionisti la possibilità di ergersi a difensori della libertà di espressione; si crea una verità di stato che rischia di delegittimare la verità storica; si finisce per attribuire una minore rilevanza storica ad altri eventi altrettanto tragici che faticano ad entrare a far parte della coscienza collettiva.

⁴¹⁷ https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/italia2014_ue_luiss_satzger.pdf.

⁴¹⁸ L'articolo 1 della Decisione Quadro prevede che gli Stati membri rendano punibile il comportamento di condonare pubblicamente, negare o banalizzare grossolanamente i seguenti crimini: (a) genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra come definiti nella Statuto della Corte penale internazionale; (b) i crimini definiti nell'art 6 della Carta del Tribunale di Norimberga.

preliminarmente la condotta di incitamento all'odio o alla violenza.⁴¹⁹ Dunque, l'Italia rinuncia ad un approccio massimalista che ammetterebbe la punizione del negazionismo "in quanto tale", lesivo della memoria collettiva della *Shoah*, intesa nella sua dimensione tabuizzata o "sacrale".

Da ciò emerge che la normativa italiana risponde all'esigenza di uniformarsi alla normativa europea, la quale appunto privilegia il ricorso al diritto penale per contrastare il fenomeno. Perciò, contro il parere della comunità scientifica, il Parlamento con legge n. 115 del 6 giugno 2016 ha introdotto tale aggravante, che però in quanto tale non incide sull'ampiezza del divieto ma solo sul trattamento sanzionatorio. Così, all'articolo 3 l. n. 654/1975⁴²⁰ è stato aggiunto il nuovo comma 3-bis, che prevede la reclusione da 2 a 6 anni nei casi in cui la propaganda, l'istigazione e l'incitamento,⁴²¹ commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondino in tutto o in parte sulla negazione della *Shoah* o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra come definiti dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale agli artt. 6, 7 e 8. L'aggravante (e dunque la sanzione più severa) troverebbe applicazione nei casi in cui venga riconosciuto che la propaganda o l'istigazione e l'incitamento siano "qualificate" dalla nota aggiuntiva del negazionismo.

È utile, inoltre, sotto il profilo ermeneutico, sottolineare che, affinché la fattispecie di negazionismo sia integrata, è necessario che la condotta in questione si fondi almeno in parte sul negazionismo. Ad ogni modo, se l'obiettivo era quello di controllare e prevenire la diffusione del fenomeno, l'efficacia di una norma così formulata risulta

⁴¹⁹ Non va peraltro trascurato il fatto che tale decisione si conforma alla sentenza *Perincek c. Svizzera*, che pur esprimendosi sul negazionismo del genocidio degli Armeni, potrebbe rivelare un orientamento europeo verso la depenalizzazione del negazionismo ovvero una tendenza verso l'innalzamento della soglia del penalmente rilevante con conseguente innalzamento dello *standard* di protezione della libertà di espressione.

⁴²⁰ Tale legge è stata introdotta nel 1975 in esecuzione alla "Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale", aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966 e ratificata dall'Italia.

⁴²¹ Si sottolinea che nel reato-base manca l'indicazione dell'incitamento: tale incongruenza genera confusione. Si tratterebbe infatti di una riformulazione integrale del reato-base, che però include più condotte rispetto a quelle individuate dal comma 3 dell'articolo 604bis. Nonostante questo, sembra doversi escludere un rapporto di alterità tra le due, dovendosi piuttosto accogliere l'interpretazione che ravvisa un rapporto di specialità tra le due condotte. Si veda sul punto Bellagamba, 18.

amputata e limitata, in quanto non carpisce tutte quelle manifestazioni espressive, tipiche del negazionismo, che contengono “dichiarazioni fredde”, prive dunque del linguaggio violento proprio dell’istigazione. Spesso, infatti, come visto in precedenza, i negazionisti tentano di diffondere e difendere le proprie tesi rivestendole di un’aura di scientificità, all’interno di testi o articoli che emulano la struttura e lo stile dei testi scientifici. L’assenza, nella maggior parte dei casi, di uno stile aggressivo e violento rende meno frequente la connessione tra negazionismo e istigazione: diviene, perciò, ragionevole affermare che un’istigazione all’odio difficilmente si fondi sul negazionismo, mentre è piuttosto verosimile che il negazionismo faccia da corollario.⁴²²

Da una parte, si cerca di assecondare l’esigenza di soddisfare un uso simbolico del diritto penale, dall’altra si mina l’effettività e l’efficacia della norma penale, se l’intento del legislatore è quello di limitare e condannare il discorso negazionista in sé e per sé.⁴²³

Dunque, l’orientamento adottato è da ritenersi restrittivo rispetto a quello che prevede un’autonoma disposizione normativa, in quanto è necessario che la condotta integri preliminarmente quella di istigazione all’odio razziale o la propaganda di idee discriminatorie. Solo laddove siano integrati tutti gli elementi della fattispecie potrà eventualmente essere applicata l’aggravante. Restano però da fare alcune precisazioni sul rapporto e le differenze tra norma italiana e decisione quadro: in primo luogo, nella normativa italiana non si tiene conto che la decisione quadro impone che la condotta venga realizzata pubblicamente; secondo, non può essere trascurato che la normativa europea non include in alcun modo la fattispecie di propaganda di idee negazioniste⁴²⁴. Per poter applicare l’aggravante è necessario che la condotta di propaganda o istigazione e incitamento sia commessa in modo che derivi il concreto pericolo di diffusione.⁴²⁵ E’

⁴²² F. Bellagamba, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d’odio all’aggravante del negazionismo: nient’altro che un prodotto della legislazione penale “simbolica”?*, p.15.

⁴²³ L. Daniele, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell’ordinamento italiano*, p. 96.

⁴²⁴ Si veda sul punto G. della Morte, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell’ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*.

⁴²⁵ Secondo una parte degli studiosi, il legislatore avrebbe inteso sostituire il criterio della pubblicità relativo alla modalità esteriore della condotta con il criterio del pericolo concreto, che invece fa riferimento agli effetti potenzialmente esterni. È dubbio se l’adattamento italiano vada inteso in senso estensivo o restrittivo del penalmente rilevante, anche se data la discrezionalità del criterio del pericolo

stato anzi detto che l'applicazione di tale criterio è innegabilmente legato ad un margine di discrezionalità troppo ampio in capo all'interprete, determinando potenzialmente una dilatazione dello spettro punitivo della fattispecie.⁴²⁶ Ciò emerge anche alla luce del fatto che, mentre per quanto riguarda l'istigazione nel reato-base il pericolo del danno è correlato alla messa in atto di comportamenti violenti, per l'aggravante di negazionismo è lo stesso legislatore a indicare, come modalità di diffusione, che il concreto pericolo deve riguardare la diffusione di idee di tale carattere.⁴²⁷ Si deve a tal proposito considerare che, mentre nel reato-base il criterio del pericolo concreto viene aggiunto in via ermeneutica dai giudici per stabilire la soglia di punibilità, il riferimento al pericolo concreto nella fattispecie negazionista rappresenta un *quid pluris* rispetto alla norma generale. In sintesi, sia il riferimento all'incitamento che al pericolo concreto sono elementi assenti nel reato-base che hanno portato una parte degli studiosi a ritenere che in realtà si tratterebbe di una fattispecie autonoma di reato.⁴²⁸

Altro elemento di particolare significatività è l'accento posto nell'ordinamento italiano alla *Shoah*, riferimento che manca invece nella decisione quadro. Il richiamo esplicito alla *Shoah* ha un valore simbolico tale da porre in una posizione di primazia questo genocidio rispetto agli altri riconosciuti come tali dalla comunità internazionale. Nonostante la circostanza aggravante abbia un impatto limitato, è innegabile che essa rappresenti comunque, per il suo alto valore simbolico,⁴²⁹ una minaccia per la libertà di espressione.

Sullo sfondo non può essere in ogni caso trascurato il collegamento tra l'introduzione della norma e la progressiva espansione del consenso internazionale verso il riconoscimento dei diritti delle vittime di eventi genocidari, un diritto alla memoria e alla verità, emersi in particolare in ambito "regionale".

concreto, l'adozione di questo criterio sembra farci propendere per un'estensione dell'area di applicabilità della normativa interna. Sul punto si veda A. Galluccio, *Modificata l'aggravante di negazionismo e inserito l'art. 3 c. 3-bis l. 654/1975 nel novero dei reati presupposto ex d.lgs. 231/2001*.

⁴²⁶ F. Bellagamba, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"?*, p. 17.

⁴²⁷ Ivi, p. 18.

⁴²⁸ Sul punto si veda A. S. Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, p. 385, 386.

⁴²⁹ D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, p. 332.

3.3 Francia e Belgio

Il diritto alla libertà di espressione in Francia si fonda sull'articolo 11 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino (riconosciuto come parte del blocco di costituzionalità): da una parte, non è possibile alcun tipo di controllo preventivo, né tramite censura, né tramite autorizzazione; dall'altra, eventuali limitazioni non possono essere introdotte se non con lo strumento legislativo (principio di legalità).

Come abbiamo avuto modo di riscontrare nei precedenti capitoli, la Francia è stata la culla del negazionismo, il primo paese in cui a partire dalla messa in discussione della versione accolta di certi eventi storici accertati e accolti dalla comunità scientifica, si è giunti fino alla negazione degli stessi, come abbiamo riscontrato nelle opere di Rassinier e Faurisson. Proprio il dilagare del fenomeno e l'esigenza statale di contrastarlo hanno spinto il legislatore ad introdurre nel Codice penale il reato di negazionismo. Il pressante bisogno di una norma contro il negazionismo è in connessione con la reazione dell'opinione pubblica all'interno del paese. La Francia si trova ad essere il primo stato che, avendo sperimentato il negazionismo, ha ritenuto necessario contrastare il fenomeno con l'arma del diritto, anche in virtù del fatto che la costituzione non garantisce un diritto assoluto alla libertà di espressione.⁴³⁰ La disposizione normativa che punisce il negazionismo ha trovato applicazione in diverse circostanze, sia nel caso Faurisson sia nel caso Garaudy, che sono stati considerati paradigmatici da molti negazionisti rispetto al raggiungimento della visibilità mediatica. Infatti, in entrambi i casi, vi è stato un grande dibattito in merito alle loro posizioni, proprio grazie al procedimento penale esperito nei loro confronti.

Si tratta dell'art. 24-bis della legge sulla libertà di stampa, introdotto dall'art. 9 della legge n. 615 del 1990 (*Loi Gayssot*) e da ultimo modificato dall'art. 5 della legge 1353 del 2014. Mentre con la *Loi Gayssot* veniva punito chi contestava l'esistenza dei crimini contro l'umanità commessi dai nazisti nella Seconda Guerra Mondiale, con la successiva modifica la fattispecie viene estesa, così da criminalizzare anche la contestazione dei crimini contro l'umanità, come definiti dall'art. 6 dello Statuto del

⁴³⁰ Al contrario, come ha sagacemente affermato Michel Troper in *La loi Gayssot et la Constitution*, gli interessi individuali sembrano quindi meritevoli di tutela quando il danno ad essi arrecato dall'espressione di certe opinioni si unisce ad un attacco l'interesse collettivo che la Dichiarazione dei diritti umani chiama ordine pubblico.

Tribunale Militare Internazionale di Norimberga. Tale norma prevede la pena fino a un anno di reclusione o l'ammenda pari a € 45.000,00. Occorre inoltre ricordare che la Francia è stato uno dei primi stati a riconoscere ufficialmente con legge il genocidio degli Armeni risalente al 1915 nel 2001. L'articolo 24bis della legge sulla libertà di stampa introdotto con la Loi Gayssot sanziona il negazionismo c.d. "semplice", in quanto è sufficiente la semplice manifestazione in uno spazio pubblico di un pensiero negazionista affinché scatti la responsabilità penale dell'autore delle dichiarazioni.⁴³¹ Occorre però tenere distinto il comportamento interdetto dalla ragione o interesse che giustifica la sanzione e cioè tra il contenuto della norma e la sua giustificazione.⁴³² Questa distinzione viene illustrata bene da Michel Troper, il quale spiega che per condotta punibile deve intendersi la diffusione di idee negazioniste, da non considerarsi come semplici opinioni, ma piuttosto come atti idonei a produrre effetti indesiderati.⁴³³

L'utilizzo nella formulazione legislativa del termine "contestazione" permette di includere nella fattispecie non solo coloro che negano espressamente la *Shoah*, ma anche coloro che si dichiarano più ambiguamente "revisionisti", ovvero che offrono versioni alternative della storia, ponendo in discussione determinati fatti.⁴³⁴ Non si tratta, dunque,

⁴³¹ A ben vedere l'analisi della giurisprudenza in materia di negazionismo mostra che la legge è stata applicata solo quando il discorso negazionista era anche diffamatorio, in quanto lesivo della dignità delle vittime o quando istigava alla violenza o all'odio nei loro confronti. Si veda sul punto, N. Mallet-Poujol, *La loi de pénalisation du négationnisme: la censure constitutionnelle ou le crépuscule des lois mémorielles*, p. 225;

⁴³² T. Hochmann, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, p. 451.

⁴³³ M. Troper, *La loi Gayssot et la Constitution*, p. 1253.

⁴³⁴ Come abbiamo avuto modo di constatare nei precedenti capitoli, la differenza tra negazionismo e revisionismo è molto sfumata e talvolta ciò che viene definito dall'autore come una tesi revisionista è in realtà una tesi chiaramente negazionista. In più, molti studiosi tendono in realtà a sovrapporre i due orientamenti: poiché anche il fine sotteso dai revisionisti sarebbe comunque quello di ridurre la gravità degli atti commessi durante la Seconda Guerra Mondiale, non sussisterebbe alcuna differenza tra negazionismo e revisionismo. Si veda tra tutti, M. Troper, *La Loi Gayssot et la Constitution*, p. 1239. Interessante è notare che anche Troper, come altri autori sopra indicati, sostiene che in Francia la battaglia contro una criminalizzazione del negazionismo è un tema condiviso dall'estrema destra e dalla sinistra antisionista, che difendono il rispetto della libertà di espressione. L'argomento invece dei liberali contro un intervento normativo in materia si lega all'argomentazione epistemico-veritativa di Mill: in base a tale argomento, se si rende necessario l'intervento della legge per affermare una verità, allora risultano legittimi il sospetto e la diffidenza rispetto alla tesi incorporata e cristallizzata all'interno di una disposizione legislativa, che sottrae la materia dal dibattito pubblico.

di una semplice legge memoriale perché è volta a punire chi nega l'esistenza di un fatto - il genocidio degli ebrei - già rivestito dell'autorità di "cosa giudicata". Alcuni commentatori hanno interpretato tale restrizione utilizzando un celebre slogan della Rivoluzione Francese del 1793 "Pas de liberté pour les ennemis de la liberté": si tratterebbe, in altre parole, di una sorta di incarnazione del "paradosso della tolleranza" di Popper.⁴³⁵ Sembra quindi una norma potenzialmente giustificabile sia ai fini della protezione della democrazia e dell'ordine pubblico sia della dignità umana.⁴³⁶ Dunque un reato di pericolo, che protegge dal rischio di eventuali violazioni di quei beni, che secondo distinti criteri di giustificazione della libertà di espressione fungono da limiti esterni all'esercizio di tale diritto.

Occorre poi dire che con la legge Boyer si intendeva modificare nuovamente la legge del 1881 sulla libertà di stampa con l'introduzione dell'articolo 24ter, teso a punire il negazionismo dei crimini di genocidio riconosciuti come tali dalla legge francese: tale disposizione era volta alla repressione di chi contesta o minimizza l'esistenza dei crimini riconosciuti dalla legge o ne contesta la loro qualificazione giuridica. Questa modifica era strumentale a reprimere anche la negazione di altri eventi storici, come il genocidio degli Armeni, che era stato riconosciuto come tale da una legge francese, ma non era stato riconosciuto o qualificato come genocidio da alcun tribunale internazionale. La differenza rispetto alla legge Gayssot è chiara: mentre questa criminalizza la negazione di un crimine riconosciuto da una giurisdizione internazionale, la seconda ha ad oggetto la negazione di un crimine riconosciuto e qualificato come genocidio da un organo legislativo.

Una norma di questo carattere risulta problematica: infatti, si attribuisce all'organo legislativo interno il potere discrezionale di stabilire quando una verità storica vada riconosciuta giuridicamente - indipendentemente dal riconoscimento da parte di tribunali internazionali - circa l'effettiva realizzazione di un genocidio. In altre parole, viene attribuito al Parlamento il potere di qualificare giuridicamente un dato evento

⁴³⁵ S. Gariban, *Droit, histoire, mémoire. Le négationnisme : exercice d'une liberté ou violation d'un droit?*.

⁴³⁶ La dignità umana è stata definita come principio dal valore costituzionale in diverse sentenze del Conseil constitutionnel francese. Si veda la sentenza 98-408 DC du 22 janvier 1999 (*Journal officiel*, 24 janvier 1999). Mi pare vada evidenziato, inoltre, che il Consiglio di Stato francese considera il valore della dignità come componente dell'ordine pubblico. Questo principio diviene sempre più spesso, dagli anni 2000 in poi, invocato come limite esterno alla libertà di espressione.

storico. La questione però non attiene alla discrezionalità che il potere legislativo può esercitare nell'attribuire a un fatto un determinato valore giuridico, quanto piuttosto alle conseguenze penali derivanti dalla negazione di un fatto riconosciuto come genocidio unicamente dal Parlamento, che invece è privo del potere di accertare un fatto e stabilire una verità giuridica, sussumendo un fatto particolare all'interno di una categoria giuridica preesistente. Vi è quindi il problema che a tale riconoscimento giuridico, proprio delle leggi memoriali, viene legata una norma penale che punisce chi contesta l'esistenza del fatto e la sua qualificazione giuridica come genocidio, da parte dell'organo legislativo.

Tale legge fu poi censurata dal Conseil Constitutionnel con sentenza 647/2012, per incostituzionalità con il diritto alla libertà di espressione sancito all'articolo 11 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino. Il Conseil Constitutionnel afferma preliminarmente che le limitazioni all'esercizio dei diritti devono essere necessarie, proporzionate e adeguate rispetto all'obiettivo perseguito. Il ragionamento si sviluppa dalla premessa che una disposizione che riconosce un fatto - in questo caso un genocidio - sarebbe priva della portata normativa propria della legge (consistente nel potere di interdire, ordinare o permettere). In altre parole, secondo il Conseil Constitutionnel una legge dal carattere meramente ricognitivo sarebbe priva di valore normativo,⁴³⁷ e di conseguenza, se ne dovrebbe dedurre, non si tratta di una vera "legge".⁴³⁸ Il problema sembrerebbe essere nell'identità tra il soggetto che riconosce e qualifica giuridicamente il fatto come genocidio e quello che punisce chi lo contesta. In realtà una parte degli studiosi ritiene che il riconoscimento di un fatto storico, se deriva da un atto del Parlamento, non possa considerarsi mai privo di normatività.⁴³⁹ Di più, una legge come quella che qualifica lo sterminio degli Armeni ha un doppio livello di normatività: perché riconosce, e perché qualifica un crimine.⁴⁴⁰ Dunque si tratta a tutti gli effetti di un riconoscimento giuridico, avente valore normativo. Più precisamente la legge determina

⁴³⁷ F. Brunet, *De la censure constitutionnelle de la loi* p. 344, 345.

⁴³⁸ L. Pech, *Lois mémorielles et liberté d'expression: de la controverse à l'ambiguïté*, p. 568.

⁴³⁹ F. Brunet, *De la censure constitutionnelle de la loi*, p. 346.

⁴⁴⁰ Ivi, p. 346.

la qualificazione giuridica di un fatto. Così, l'intervento della legge attribuisce un nuovo *status* giuridico al fatto qualificato.⁴⁴¹

Tornando al ragionamento del Conseil Constitutionnel, sembrerebbe che questa voglia fondare il suo ragionamento di incostituzionalità della legge penale sul fatto che essa è viziata alla base, in quanto si fonda e richiama una legge priva di valore normativo.⁴⁴² Tuttavia, la sua argomentazione cambia rotta tentando poi di dichiarare l'incostituzionalità della norma di criminalizzazione a prescindere dalla validità o meno della norma di riconoscimento. Il Conseil Constitutionnel, infatti, conclude sancendo l'incostituzionalità della legge con un passaggio assai ambiguo secondo cui, reprimendo la condotta *de quo* - di chi contesta un crimine riconosciuto e qualificato dalla legge stessa come tale - la legge penale avrebbe determinato una restrizione incostituzionale all'esercizio della libertà di espressione e comunicazione. Resta cioè volatile e non sufficientemente elaborato il rapporto tra la legge memoriale del 2001 di riconoscimento e la legge del 2011, che punisce chi contesta i fatti riconosciuti nella legge memoriale. Mi sembra che il giudizio di incostituzionalità del Conseil Constitutionnel vada implicitamente ricondotto al giudizio di proporzionalità, che in questo caso richiederebbe l'individuazione del fine da proteggere e una valutazione circa l'adeguatezza e la proporzionalità delle misure (penali) rispetto al fine che il legislatore intende perseguire. Ma l'*iter* logico di sviluppo del giudizio di proporzionalità in realtà non viene esplicitato dal Conseil Constitutionnel.⁴⁴³ In sintesi, il Conseil Constitutionnel considera

⁴⁴¹ Sulla concezione di normatività della legge e sul ruolo rivestito dal Conseil constitutionnel francese si veda V. Champeil-Desplats, *N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*.

⁴⁴² Nello stesso senso si era pronunciata la Cour de Cassation in una sentenza del 5 Febbraio 2013. Questa aveva dichiarato che la legge del 21 maggio 2001, detta "Loi Taubira", che riconosce la schiavitù come crimine contro l'umanità, era priva di valore normativo, avendo unicamente valore dichiarativo. La "Loi Taubira" perciò non poteva caratterizzare uno degli elementi costitutivi del delitto di apologia di crimini contro l'umanità, previsto dall'articolo 24, comma 5 della legge del 29 luglio 1881.

⁴⁴³ È stato per questo criticato in letteratura. Si veda sul punto L. Pech, *Lois Mémoires et Liberté d'Expression: de la Controverse à L'ambiguïté*; T. Hochmann, *La question mémorielle de constitutionnalité (à propos de la décision du 28 février 2012 du Conseil constitutionnel)*.

incostituzionale, perché lesiva della libertà di espressione, una norma che reprime la negazione di crimini qualificati come tali dal legislatore stesso.⁴⁴⁴

Ritengo occorra sottolineare che il Conseil Constitutionnel afferma il mancato rispetto del principio di uguaglianza sotto un duplice aspetto: primo, la norma limita la repressione ai soli genocidi riconosciuti dalla legge francese; secondo, questa discrimina tra le varie categorie dei crimini contro l'umanità, riferendosi ai soli genocidi.

La questione circa la costituzionalità della disposizione 24bis diviene oggetto di una pronuncia, *Vincent R. n° 2015-512 QPC* (Question Prioritaire de Consitutionnalité) dell'8 gennaio 2016, in cui il Conseil Constitutionnel è chiamato a valutare la costituzionalità rispetto ai due parametri del principio di uguaglianza e del diritto alla libertà di espressione. Si vuole valutare se l'espressione negazionista costituisca una violazione dei diritti altrui, inciti all'odio, alla violenza, provocando in altre parole danni tali da giustificare la sua proibizione.⁴⁴⁵ La questione di costituzionalità era stata sollevata da Vincent Reynouald, condannato per negazionismo per aver postato su YouTube nel 2014 un video in cui aveva, tra le altre cose, messo in discussione lo sterminio degli ebrei, negando la presenza delle camere a gas. Il ricorso lamenta due violazioni: una relativa alla lesione del diritto alla libertà di espressione; una relativa alla presunta lesione del principio di uguaglianza davanti alla legge penale. Rispetto al primo punto, occorre valutare se lo strumento del diritto penale e la sanzione prevista rappresentano lo strumento necessario e sufficiente a prevenire le conseguenze negative, che rappresentano dunque il "fine", che il legislatore considera necessario tutelare. Nel caso della legge Gayssot, secondo il Conseil Constitutionnel, il legislatore intendeva sanzionare le espressioni che incitano al razzismo e all'antisemitismo, interpretandole come un abuso dell'esercizio del diritto alla libertà di espressione, in quanto causano una violazione dell'ordine pubblico e del diritto dei terzi.⁴⁴⁶ Dunque il negazionismo viene criminalizzato in quanto considerato una forma di discorso d'odio, caratterizzato sia dall'elemento razzista che da quello antisemita. La restrizione della libertà di espressione sarebbe legittimata dall'esigenza di proteggere i terzi dalle conseguenze dannose che il negazionismo, inteso come discorso d'odio, sarebbe idoneo a produrre. In questo senso,

⁴⁴⁴ N. Droin, *La Conformité de l'article 24 bis de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 à la Constitution: fin de partie?* p. 502.

⁴⁴⁵ T. Hochmann, *Négationnisme: le Conseil Constitutionnel entre ange et démon.*

⁴⁴⁶ Cons. constit., 8 janvier 2016, cons. 6 et 7.

poiché il discorso negazionista per le sue caratteristiche risulta al contempo lesivo dei diritti dei terzi e dell'ordine pubblico, la libertà di espressione viene considerata recessiva rispetto ai contro-interessi in gioco.

A livello giuridico tale risultato è raggiunto attraverso l'applicazione del giudizio di proporzionalità sul modello della Corte costituzionale federale tedesca che implica, da una parte, l'individuazione dell'obiettivo, che deve essere legittimo, dall'altra, l'adeguatezza, necessità e proporzionalità delle misure adottate rispetto al risultato previsto (si intende cioè lo strumento legislativo adottato, in questo caso la Loi Gayssot). Il Conseil Constitutionnel ritiene che il bene giuridico protetto che giustifica la restrizione della libertà di espressione sia costituito dall'ordine pubblico e dai diritti dei terzi (presupponendo che il discorso negazionista è preso in considerazione in quanto discorso antisemita, come manifestazione di odio, viene da chiedersi quali siano i diritti dei terzi lesi dal negazionismo: si tratta di integrità fisica e psichica, dignità, memoria collettiva o reputazione?)⁴⁴⁷. Il discorso che nega la *Shoah* sarebbe di per sé una forma di incitamento al razzismo e all'antisemitismo - una manifestazione particolarmente grave di antisemitismo e odio razziale- il cui fine è quello di diffondere valori antidemocratici e perpetuare il mito del complotto mondiale ordito dagli ebrei.⁴⁴⁸ L'adeguatezza della misura penale sarebbe giustificata in virtù della gravità del delitto, mentre la proporzionalità sarebbe implicita nel fatto che la condotta criminalizzata è circostanziata alla contestazione pubblica.

Va evidenziato, a mio parere, che il Conseil Constitutionnel nega che una disposizione penale di tale natura limiti il dibattito storico, in quanto la legge si limiterebbe ad intervenire solo laddove la negazione costituisca una manifestazione particolarmente grave di antisemitismo e odio razziale. Dunque, il Conseil Constitutionnel sembra adottare un'interpretazione restrittiva della norma in esame che sarebbe applicata come *extrema ratio*, quindi solo nel caso in cui la condotta leda l'ordine pubblico e i diritti dei terzi. In realtà, sembra pacifico che il Conseil Constitutionnel

⁴⁴⁷ Vediamo, dunque, che dalla valutazione circa i limiti esterni della libertà di espressione, la Corte costituzionale implicitamente accoglie contestualmente più principi giustificativi, quello fondato sulla democrazia, ma anche quello riguardante il principio di autonomia, anche se apparentemente meno evidente.

⁴⁴⁸ N. Droin, *La Conformité de l'article 24 bis de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 à la Constitution: fin de partie?*, p. 505.

restringa l'ambito di applicabilità della norma alla condotta di incitamento al razzismo e all'antisemitismo escludendo la condotta propagandistica, che richiederebbe una soglia di severità più bassa.⁴⁴⁹

Per quanto riguarda, invece, il giudizio di costituzionalità in relazione al principio di uguaglianza il Conseil Constitutionnel si sottrae dal compito di valutare nel merito il rispetto di tale principio dichiarando che la negazione dei crimini contro l'umanità commessi durante la seconda guerra mondiale, in parte sul territorio francese, ha in sé una portata razzista e antisemita, implicitamente ammettendo che lo stesso non vale necessariamente per la negazione di altri crimini contro l'umanità.⁴⁵⁰ Il ragionamento e la conseguente decisione del Conseil Constitutionnel, incentrati sulla punibilità del discorso negazionista in quanto discorso odioso, intrinsecamente antisemita e razzista, ma anche sull'importanza del legame storico-geografico tra paese e crimini, rivelerebbero un implicito accoglimento dell'orientamento adottato dalla Corte europea dei diritti umani nella decisione *Perincek c. Austria*.⁴⁵¹ A ben vedere a me pare che anche la scelta del Conseil Constitutionnel di interpretare la norma come proibitiva unicamente del discorso antisemita che incita all'odio e alla violenza, quando invece ben potrebbe includere il discorso propagandistico, riflette proprio la decisione della Corte europea dei diritti umani. Si impone ancor più l'esigenza, già avvertita nella ricostruzione di diritto comparatistico portata avanti dalla Cedu, di stabilire un dialogo tra Corti superiori e Cedu nella scelta di procedere verso un'interpretazione restrittiva delle norme che limitano il diritto alla libertà di espressione, determinando così un innalzamento del livello di protezione del diritto alla libertà di espressione.

⁴⁴⁹ Va tenuto presente che alcuni commentatori hanno invece interpretato la sentenza, affermando che la Corte restringerebbe l'applicabilità ai soli casi in cui il negazionismo costituisca una forma di incitamento alla violenza e all'odio razziale e antisemita.

⁴⁵⁰ Alcuni autori, ritengono che la Corte avrebbe rinvenuto il carattere razzista del discorso negazionista sulla *Shoah* dal fatto che la condanna dell'evento storico in questione era avvenuta da parte di un organo giudiziario e di conseguenza, implicitamente che il negazionismo del genocidio armeno sarebbe privo di tale carattere non essendo stato riconosciuto come tale da parte di un tribunale internazionale. In realtà il dibattito dovrebbe vertere sulla possibilità di qualificare quel tipo di negazionismo come discorso d'odio, fondato su motivi etnici. (cfr. T. Hochmann, *Négationnisme: le Conseil Constitutionnel entre ange et démon*).

⁴⁵¹ N. Droin, *La Conformité de l'article 24 bis de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 à la Constitution: fin de partie?*, pp. 503, 511 ss.

Il Conseil Constitutionnel torna a occuparsi del negazionismo, per valutare la costituzionalità dell'articolo 173 c. 2 del progetto di legge n. 878 del 2016 che intendeva estendere i casi di punibilità del negazionismo, modificando l'articolo 24 bis della legge del 29 luglio 1881. La modifica disponeva un'estensione della criminalizzazione del negazionismo rispetto ad altri crimini internazionali, purché tali crimini fossero stati riconosciuti come tali in una condanna pronunciata da un tribunale interno o internazionale o costituissero incitamento all'odio. Tale parificazione trova la sua ratio nel tentativo di garantire l'uguaglianza tra le vittime di crimini riconosciuti e tra quelli che non hanno ricevuto ancora una condanna esplicita dalla giurisdizione, come quello armeno. Il Conseil Constitutionnel censura questa modifica e afferma l'incostituzionalità della norma laddove l'incriminazione del negazionismo costituisca incitamento all'odio: la disposizione, infatti, non rispetterebbe il principio di necessità, poiché nell'ordinamento sarebbe già presente la norma che punisce l'incitamento all'odio. Inoltre, la disposizione censurata contrasterebbe anche con il principio di proporzionalità, il cui rispetto è richiesto affinché l'interferenza nel diritto alla libertà di espressione sia legittima.⁴⁵²

Il risultato è che ancora una volta è esclusa la criminalizzazione della negazione del genocidio armeno. La decisione è stata ampiamente criticata, poiché sembra implicitamente richiedere che ai fini della costituzionalità dell'incriminazione del negazionismo sia necessario il previo riconoscimento giurisdizionale del fatto storico come genocidio.⁴⁵³

Per quanto riguarda il panorama legislativo in materia di negazionismo del Belgio, il 23 Marzo 1995 è stata adottata una legge che sul modello francese si impegnava a reprimere la negazione, la minimizzazione, la giustificazione e l'apologia del genocidio commesso dal regime nazional-socialista tedesco durante la Seconda Guerra mondiale. Si tratta, quindi, di una disposizione che era limitata alla *Shoah*, cioè allo sterminio degli ebrei compiuto dai nazisti, escludendo sia gli altri genocidi e crimini contro l'umanità,

⁴⁵² Va precisato che il Conseil constitutionnel deduce l'assenza di proporzionalità dalla vaghezza della norma, che fa riferimento in modo indefinito ai crimini negati (a fatti suscettibili di far parte del dibattito storico). Ad ogni modo, questa relazione appare inappropriata, in quanto la proporzionalità è un principio che non ha a che fare con la determinatezza della fattispecie. Sul punto si veda, T. Hochmann *Pas de lunettes sous les œillères: le Conseil constitutionnel et le négationnisme*.

⁴⁵³ Ibidem.

come ad esempio quello avvenuto in Armenia, quello dei Tutsi in Rwanda e quello in Cambogia. Risulta comunque piuttosto ampia rispetto alla formulazione della Loi Gayssot: mentre, quest'ultima si riferisce unicamente alla condotta di contestazione, la legge belga fa riferimento a quattro tipologie di condotta: negazione, grave minimizzazione, giustificazione e apologia.⁴⁵⁴ Dunque la norma è suscettibile di coprire uno spettro di azioni potenzialmente molto più ampio rispetto a quello della Francia. La legge è stata emendata nel 1999, stabilendo che chi è condannato sulla base di questa legge è privato dell'esercizio di alcuni diritti politici, come il diritto all'elettorato passivo. Inoltre, con la stessa legge il giudice può decidere che la sentenza di condanna o parte di essa sia pubblicata su uno o più giornali.

Nel 1996 l'allora Corte di Arbitrato (poi divenuta Corte costituzionale) fu chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dei termini della legge del 1995. Questa dichiarò la disposizione conforme alla costituzione, in particolare rispetto al principio di uguaglianza e non discriminazione, alla libertà di espressione, e alla libertà di insegnamento. Mentre il ricorrente lamentava l'assenza di un criterio di distinzione oggettivo degli elementi identificativi della condotta, la Corte riconosceva che i termini erano sufficientemente precisi per legittimare una restrizione penale della libertà di espressione, in conformità con i principi che regolano l'intervento penale. Fin da subito la Corte afferma che in quanto legge penale che comprime la libertà di espressione essa deve essere interpretata in senso restrittivo e non deve lasciare spazio ad ambiguità. La Corte motiva l'estensione dell'applicazione della norma anche a condotte di minimizzazione grave o di giustificazione, in ragione del fatto che nella maggior parte dei casi il genocidio non è negato, ma messo in discussione o giustificato in maniera sottile. Il termine "giustificare" viene interpretato come il comportamento di chi cerca di renderlo accettabile e di legittimare l'ideologia nazista.

Vengono individuati due principali finalità della legge in esame: la limitazione della libertà di espressione trova, cioè, due diversi livelli di giustificazione. Il primo livello di giustificazione attiene alla protezione della democrazia, la cui esistenza è minacciata dalla diffusione dell'ideologia nazista che la corte ritiene sottesa al negazionismo. Il fine evidenziato nella condotta negazionista sarebbe quello di diffondere

⁴⁵⁴ Occorre sottolineare che l'impiego dell'avverbio tende comunque a restringere di molto le condotte rientranti nella fattispecie di minimizzazione, restringendole a quelle estreme, oltraggiose o offensive.

uno specifico messaggio politico, quello della riabilitazione del regime nazista. Il secondo livello di giustificazione riguarda l'offesa di una o più categorie di esseri umani, in quanto le manifestazioni di opinione prese in considerazione sarebbero da ritenersi offensive per la memoria delle vittime del genocidio. Per quanto attiene all'elemento soggettivo della condotta, la Corte adotta una presunzione relativa all'intento di riabilitare l'ideologia nazista, ponendo in capo al giudice il compito di verificare l'assenza in concreto di tale volontà. La Corte inoltre riflette sulla necessità di intervenire con lo strumento del diritto penale in materia di libertà di espressione in ragione del fatto che i comportamenti presi in considerazione dalla legge si sono moltiplicati negli ultimi anni contestualmente a movimenti razzisti e antidemocratici. La Corte inoltre respinge ogni conflitto tra la legge presa in considerazione e la ricerca scientifica, negando che la prima possa impedire la ricerca scientifica o l'informazione.⁴⁵⁵

Nel 2007 interviene un progetto di legge volto a estendere ulteriormente il campo di applicazione della legge del 1995, includendo anche la negazione, la banalizzazione grave, la giustificazione e l'apologia dei genocidi e dei crimini contro l'umanità riconosciuti dal Tribunale Militare Internazionale o da ogni altro tribunale internazionale stabilito dagli accordi internazionali e di cui il Belgio riconosce la giurisdizione. Tale progetto di legge è sicuramente basato sul modello normativo proposto dal Protocollo addizionale della Convenzione sulla criminalità informatica, relativo all'incriminazione di atti di natura razzista e xenofobica commessi a mezzo di sistemi informatici entrato in vigore nel 2006.⁴⁵⁶ Tale accordo impone agli stati aderenti l'obbligo di adottare le misure legislative di carattere penale che criminalizzino le condotte che negano genocidi e crimini contro l'umanità, come definiti dal diritto internazionale e riconosciuti come tali con sentenza definitiva da un tribunale internazionale. Occorre precisare che in base a questa formulazione la negazione del genocidio degli armeni non è inclusa nell'ambito di applicabilità della norma in quanto questo genocidio risulta privo di un riconoscimento

⁴⁵⁵ *Cour d'arbitrage de Belgique*, 12 luglio 1996, n. 45
http://www.proyectos.cchs.csic.es/transitionaljustice/sites/default/files/maps/info/caselaw/belgium_negaitonism_full_1996.pdf

⁴⁵⁶ ETS No.185. Council of Europe, Convention on Cybercrime, 23 November 2001.

dell'autorità giurisdizionale, sebbene sia stato riconosciuto anche dal Parlamento belga nel 2015.⁴⁵⁷

Infine, con legge del 5 maggio del 2019, in conformità a quanto previsto dalla decisione quadro del 2008, viene finalmente adottata una norma che vieta anche la negazione di altri crimini, purché riconosciuti da giurisdizioni internazionali. Rispetto alla parte della legge relativa alla punizione di alcune forme di negazionismo viene sollevata una questione di costituzionalità rigettata con sentenza 4/2021: in tale occasione la Corte costituzionale afferma che non vi è alcuna violazione del principio di non discriminazione. Tale principio era stato invocato dalle associazioni rappresentanti le vittime del genocidio armeno, la cui negazione non rientrava nelle fattispecie punibili in base alla legge del 2019. La Corte poggia il proprio ragionamento sul fatto che il principio di uguaglianza non esclude un trattamento differenziato tra diverse categorie di individui, purché la differenza sia fondata su un criterio oggettivo e sia ragionevolmente giustificata. Anche qui la Corte ritiene che ai fini della conformità costituzionale debba essere valutato il fine e gli effetti della misura criticata, nonché la natura dei principi in causa: in particolare deve sussistere un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine che la misura intende perseguire.

3.4 Germania e Austria

La Germania rappresenta certamente il modello di democrazia militante per eccellenza. Questa adottò tale modello per proteggere la democrazia non solo come ordine costituzionale, ma anche come forma di società pluralista.⁴⁵⁸ La Germania rientra tra quei paesi che, avendo assunto su di sé la responsabilità materiale e morale dell'Olocausto, hanno adottato sin da subito una posizione favorevole all'utilizzo della legge penale per contrastare il negazionismo. Tuttavia, la più importante pronuncia della Corte costituzionale tedesca (BverfG) in materia non attiene alla conformità di una legge

⁴⁵⁷ Chambre des Représentants de Belgique, *Résolution relative à la commémoration du centenaire du génocide arménien*, Texte adopté en séance plénière, n° 1207/9, 23/07/2015, pp. 5-6. Secondo la critica è innegabile la portata simbolica di questo dispositivo memoriale. Si veda sul punto, G. Grandjean, *Entre droit et contraintes: légiférer sur la mémoire en Belgique (1990-2020)*, p. 119.

⁴⁵⁸ E. Heinze, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, p. 130.

che vieta il negazionismo rispetto alla Costituzione; nondimeno la stessa non si è astenuta dal trattare questioni relative al rapporto tra diritto costituzionale e negazionismo. Il caso su cui si pronuncia la Corte costituzionale tedesca scaturisce infatti da un procedimento amministrativo. Il ricorrente era un membro del partito di estrema destra NDP (National Democratic Party of Germany), non rappresentato nel Parlamento Federale. Il partito aveva organizzato nella città di Monaco un incontro con David Irving, che avrebbe trattato del presunto complotto architettato dagli ebrei per ricattare la Germania. In ragione di ciò, le autorità municipali di Monaco avevano emanato un ordine che vietava a Irving e ai partecipanti di esporre tesi negazioniste in merito alla *Shoah*. Nel caso in cui ciò fosse avvenuto, l'assemblea sarebbe stata sciolta. Il provvedimento si basava su una legge che proibiva assemblee nelle quali venivano manifestate espressioni che potevano costituire un crimine.⁴⁵⁹ Il provvedimento fu impugnato senza successo dinanzi alla giurisdizione amministrativa per poi approdare dinanzi alla Corte costituzionale per presunta violazione del diritto di assemblea e di libertà di espressione, garantiti dalla Costituzione tedesca. In altre parole, pur in assenza di una legge *ad hoc* si pose il problema del conflitto tra l'esigenza di punire il negazionismo, in Germania definito come "Auschwitz lie", e il diritto alla libertà di espressione.⁴⁶⁰

La decisione, pronunciata il 13 aprile 1994, si concentra su due aspetti: la questione del bilanciamento che interviene nel caso in cui determinati diritti fondamentali sono limitati dal diritto penale; la questione relativa alla differenza tra fatto e opinione. Tale ultimo aspetto rileva in quanto attraverso l'individuazione delle due categorie la corte tenta di tracciare i limiti della libertà di espressione e conseguentemente di effettuare il giudizio di bilanciamento, da intendersi come mezzo ai fini dell'individuazione dei limiti esterni del diritto in questione.

Il ragionamento della corte muove dal presupposto che l'opinione sia una forma di manifestazione della libertà di espressione che si caratterizza per una relazione soggettiva tra il contenuto della dichiarazione e l'individuo. Dalle opinioni vanno distinte le asserzioni riferite a fatti in cui vi è una relazione di tipo oggettivo con la realtà. Le affermazioni di fatto sono protette, secondo il ragionamento della corte, nella misura in

⁴⁵⁹ In questo caso l'autorità giudiziaria fa riferimento agli articoli del Codice penale 130 (incitamento all'odio) 185 (offesa contro l'onore personale, insulto, che in questo caso va interpretato come diffamazione nei confronti di un gruppo etnico), 189 e 194 StGB.

⁴⁶⁰ E. Fronza, *Memory and Punishment*, p. 125.

cui contribuiscono alla formazione delle opinioni, tutelate dall'art 5 della Costituzione. Secondo la Corte, infatti, le affermazioni di un fatto sono protette in quanto correlate alle opinioni: o perché sono l'oggetto di un'opinione o perché usate come elemento a sostegno o contro una certa opinione. Dunque, la loro protezione cessa nella misura in cui non contribuiscono alla formazione di opinioni: è il caso delle informazioni incorrette. Anche se viene specificato che il dovere della verità non deve inficiare il diritto alla libertà di informazione, mi sembra che un ragionamento così strutturato apra la strada a una censura delle idee sulla base del contenuto vero o falso delle informazioni trasmesse attraverso l'espressione delle idee.⁴⁶¹ Pare, perciò, naturale poter affermare che la dichiarazione falsa di un fatto goda di una protezione minore rispetto a una dichiarazione vera o a un'opinione. In estrema sintesi, secondo il ragionamento della Corte, verità o falsità godono di un diverso grado di protezione.⁴⁶² Di più, la giurisprudenza tedesca è costante nel ritenere che l'affermazione che nega un fatto, scientificamente falsa, è fuori dalla sfera di protezione della libertà di espressione.⁴⁶³ Nella categoria di dichiarazioni riconosciute come false, vi è la negazione della *Shoah*, la cui esistenza, ritiene la Corte, è da considerarsi storicamente accertata. Dunque, il primo argomento è che la negazione dell'Olocausto, essendo una tesi manifestamente falsa, è fuori dall'alveo di protezione della libertà di espressione

Il Tribunale costituzionale federale sceglie di prendere anche in considerazione la possibilità che il diniego della *Shoah* possa contribuire alla formazione di un'opinione in merito all'oggetto del dibattito che doveva aver luogo a Monaco. In tal caso, pur essendo fondata su una falsa rappresentazione della realtà godrebbe di maggior tutela rispetto al primo caso. Ad ogni modo, questa ben può essere ristretta laddove ci siano altri interessi ad essere minacciati. L'articolo 5 della Costituzione, che tutela la libertà di espressione, ammette limitazioni ai fini della protezione dell'onore personale: ed è qui che trova legittimazione la norma penale applicata dalla giurisdizione amministrativa, che aveva ristretto determinate libertà al fine di proteggere appunto l'onore di un gruppo (185 StGB) e di prevenire il crimine previsto dall'articolo 130 StGB, che criminalizza la condotta di chi, attraverso l'incitamento all'odio nei confronti di un gruppo, minaccia l'ordine

⁴⁶¹ Per una posizione opposta si rimanda alla ricostruzione della tesi proposta da Mill nel capitolo precedente.

⁴⁶² D. Grimm, *The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court*, p. 559

⁴⁶³ Bundesverfassungsgericht, 13 aprile 1994, BVerfGE 90, 274.

pubblico.⁴⁶⁴ La Corte ritiene che negare la *Shoah* costituisca un insulto nei confronti di un gruppo che ha vissuto l'esperienza del genocidio, e sia quindi potenzialmente lesiva della loro dignità: altrimenti detto, l'insulto sarebbe rappresentato proprio dalla negazione della persecuzione degli ebrei, culmine dello schema discriminatorio cui sono stati soggetti in quanto popolo. È ovvio che nonostante l'interpretazione in chiave personalistica della norma, che pone l'accento sulla lesione della reputazione e dell'onore di un gruppo, il richiamo all'articolo 130 del Codice penale tedesco rivela la volontà di porre l'accento sull'ordine pubblico.⁴⁶⁵

Secondariamente viene argomentato che nel giudizio di bilanciamento, comunque, la violazione del diritto alla personalità derivante dalle dichiarazioni negazioniste è più grave rispetto alla restrizione del diritto alla libertà di espressione. Si assiste così a una prima frattura nel ragionamento della Corte: al contempo sono richiamati come contro-interessi la personalità, l'identità e dunque la dignità di un gruppo storicamente discriminato, segnato profondamente dall'evento tragico e traumatico della *Shoah*, ma anche l'interesse generale al mantenimento dell'ordine pubblico. Di fronte a tali incertezze la Corte ci tiene a sottolineare che un intervento penale in tal caso risulta legittimo perché tutela un interesse che è coesistente all'identità di un popolo, vittima degli atti discriminatori e delle gravi violazioni dei diritti umani imputabili allo stato stesso, con l'ascesa del totalitarismo. La Corte afferma che nel giudizio di bilanciamento l'interesse concorrente rispetto alla libertà di opinione prevale *a fortiori*, allorché l'opinione espressa è fondata su assunzioni fattuali riconosciute come false. La libertà di espressione viene quindi considerata recessiva rispetto ad altri valori quali appunto l'onore e la reputazione di un gruppo etnico storicamente discriminato.⁴⁶⁶ In questa ottica, il negazionismo è considerato come una sorta di violazione del diritto alla personalità,

⁴⁶⁴ La norma prevista dall'articolo 130 del Codice penale tedesco è volta alla salvaguardia dell'ordine pubblico. Si tratta quindi di una norma che proibisce gli attacchi contro la dignità umana nella misura in cui sono idonei ad infrangere la pace pubblica.

⁴⁶⁵ Secondo un certo orientamento giurisprudenziale, ci sono potenziali fratture dell'ordine pubblico quando la popolazione nel suo insieme perde fiducia nella sicurezza dell'ordinamento, o il gruppo attaccato si sente minacciato. Si veda sul punto, E. Stein, *History against Free Speech: The New German Law against the 'Auschwitz--and Other--Lies*, p. 295.

⁴⁶⁶ L'esito del caso Deckert I è ben diverso. Il ricorrente Gunther Deckert aveva invitato il negazionista Fred Leuchter a parlare durante una conferenza. Deckert fu accusato di diffamazione e incitamento all'odio razziale, ma di fronte alla Corte Federale di Giustizia l'accusa cadde.

una forma di insulto nei confronti di un gruppo in quanto nega un evento tragico divenuto oggi parte della identità di popolo. È per questo che viene riconosciuta come una forma di diffamazione di gruppo, lesiva della dignità⁴⁶⁷ di questa minoranza etnica. In altre parole, la connessione logica tra negazionismo dell'Olocausto e attacco alla dignità di un popolo si fonda sull'importanza che l'evento ha avuto nella storia di quel popolo.

Nello stesso anno e proprio sulle fondamenta della sentenza della Corte costituzionale, che si era preoccupata di chiarire il rapporto tra libertà di espressione e diritto penale, viene introdotto il reato di negazionismo. Due sono le caratteristiche che la contraddistinguono: come la loi Gayssot, la legge si applica alla sola negazione dell'Olocausto; inoltre, la stessa trova applicazione solo nei casi in cui la condotta disturbi la pace pubblica. La legge del 28 ottobre 1994 va a modificare § 130 del Codice penale che punisce l'incitamento all'odio razziale, introducendo un terzo paragrafo che criminalizza il negazionismo. In particolare, il legislatore ha deciso di adottare una nozione ampia di negazionismo, includendo oltre alla negazione, anche la banalizzazione e la glorificazione dell'Olocausto (gli altri crimini internazionali non sono inclusi dalla norma). Dunque, anche certe forme di revisionismo particolarmente estreme potrebbero essere incluse nella fattispecie. La disposizione richiede che tali espressioni siano punite nella misura in cui alterino l'ordine pubblico o avvelenino il discorso politico. Orbene, la Germania aderisce alla schiera di quei paesi che hanno deciso di intervenire solo quando il negazionismo risulti idoneo a generare un clima di ostilità; si tratterebbe di un orientamento che attribuisce rilevanza penale al solo negazionismo c.d. "qualificato". Nel 2005 § 130 fu nuovamente modificato con l'inserimento di un nuovo paragrafo che punisce chiunque, in pubblico o in assemblea, altera la pace pubblica in modo tale da offendere la dignità delle vittime, approvando, esaltando o giustificando il nazional-socialismo.

⁴⁶⁷ Sul punto occorre fare qualche osservazione in più. L'articolo uno della Costituzione tedesca riconosce la dignità umana come inviolabile, che l'autorità statale deve proteggere e rispettare. La Corte costituzionale federale tedesca nella sentenza BVerfGE 27, 1 (6) ha interpretato la dignità come il valore più alto della costituzione. La giurisprudenza ha frequentemente fatto ricorso a tale valore per legittimare una restrizione della libertà di espressione, affermando, appunto, che nel caso in cui l'esercizio del diritto alla libertà di espressione leda la dignità, quest'ultima prevale. Si veda BVerfG, Decision, 25 February 1975, 39, 1 (67).

L’Austria nel 1992 ha introdotto una legge costituzionale che oltre a proibire la formazione del partito nazionalsocialista punisce “chiunque con un’opera di stampa, in radiotelevisione o per mezzo di altro mezzo di comunicazione di massa o in altro modo pubblico accessibile a una moltitudine di persone nega, banalizza grossolanamente, apprezza o cerca di giustificare il genocidio nazionalsocialista o altri crimini contro l’umanità commessi nazionalsocialisti”. Lo spettro di applicazione della fattispecie in esame è molto ampio: *in primis*, bisogna sottolineare che la norma punisce non solo il negazionismo “semplice”, ma anche quello “qualificato”, sebbene sia ristretta unicamente ai crimini internazionali imputabili al Nazionalsocialismo. Questa nuova norma trovò applicazione in un caso che riscosse un grande clamore a livello mediatico. Infatti, nel 2005 David Irving⁴⁶⁸ fu arrestato per banalizzazione dell’Olocausto e nel 2006 fu condannato a tre anni di reclusione. Egli aveva tenuto dei discorsi in Austria nel 1989, in cui aveva dichiarato che le camere a gas erano un’invenzione e l’Olocausto un mito.

3.5 Spagna

Il reato di negazionismo fu introdotto nel Codice penale spagnolo nel 1995, a seguito del clamore suscitato da alcuni casi di negazionismo.⁴⁶⁹ Anche in tale circostanza, infatti, come in Germania, le prime pronunce del Tribunale Costituzionale sul tema non erano legate alle questioni di costituzionalità di una norma già esistente, ma piuttosto ne anticiparono la promulgazione, evidenziando quali fossero i beni giuridici lesi, in assenza di una norma *ad hoc* che punisse la condotta negazionista.

⁴⁶⁸ Ricordiamo che lo scrittore, sedicente storico, aveva intentato una causa contro la storica Deborah Lipstadt nel Regno Unito nel 2000. Egli aveva inoltre fatto ricorso di fronte all’allora Commissione Europea per i Diritti Umani, contestando la sentenza dei giudici tedeschi che lo avevano condannato per insulto e oltraggio alla memoria degli ebrei.

⁴⁶⁹ Il caso più noto riguarda una sopravvissuta a Auschwitz, Violeta Friedman, la quale aveva citato in giudizio un ex ufficiale delle SS, Léon Degrelle, per violazione della dignità e dell’onore per avere quest’ultimo, durante un’intervista, giustificato la persecuzione degli ebrei e messo in dubbio l’esistenza delle camere a gas. Dopo essere stato rigettato nei tre gradi di giudizio, per mancanza di *locus standi*, il ricorso fu accolto dalla Corte costituzionale spagnola, la quale affermò che la reputazione di un individuo può essere lesa da offese rivolte al gruppo sociale di appartenenza e che commenti razzisti e antisemiti possono potenzialmente violare la dignità di un individuo.

Così, nel 1995 vengono incorporati nel Codice penale il reato di apologia dei crimini di genocidio di cui all'articolo 137b: questa disposizione stabilisce che il reato di negazionismo consiste nell'espressione, dinanzi a un gruppo di persone o con ogni altro strumento di comunicazione, di idee o espressioni che esaltano, negano, banalizzano o giustificano una serie di crimini, che glorificano i loro responsabili, o che mirano a ristabilire tali regimi, purché la natura e le circostanze siano tali da costituire un incitamento diretto a commettere un'offesa.

La categoria di condotte che rientrano nella fattispecie è ampia, trattandosi di una criminalizzazione generica del negazionismo: non è quindi ristretta a particolari episodi della storia ma le condotte devono integrare la fattispecie di incitamento diretto a commettere un crimine. Dunque, la soglia di severità che la condotta deve raggiungere affinché il negazionismo sia punibile risulta essere piuttosto alta.

Nello stesso anno vi fu però un'ulteriore riforma del Codice penale. L'articolo 607 ha incorporato il crimine di genocidio: nel primo paragrafo viene definito il reato nei suoi elementi costitutivi, mentre nel secondo paragrafo viene criminalizzata la condotta di chi nega o giustifica tale crimine. La struttura del reato cambia: da un lato, la condotta risulta più ristretta, perché si riferisce alla sola negazione del genocidio, dall'altro, non è più necessario che venga raggiunta la soglia di severità prevista dalla fattispecie di incitamento all'odio. La mera diffusione di idee negazioniste diviene sufficiente ai fini della punibilità della condotta.

L'interpretazione della norma in esame è stata controversa: una parte dei giuristi per garantire un più alto *standard* di tutela della libertà di espressione ha tentato di orientare l'ermeneutica della norma verso una portata più restrittiva che andasse a criminalizzare solo quelle condotte negazioniste che costituivano un incitamento diretto alla violenza, tenendo in considerazione le circostanze e il contenuto della condotta.⁴⁷⁰ Si tratta, a mio avviso, di un'interpretazione forzata volta a rafforzare la protezione del diritto alla libertà di espressione, ma che inevitabilmente manipola il testo della legge. Una norma così generica si presta ad interpretazioni espansive idonee a determinare una forte restrizione della libertà di espressione: tale costruzione normativa va però connessa

⁴⁷⁰ E. Fronza, *Memory and Punishment*, pp. 141, 142. Secondo l'autrice invece il negazionismo costituirebbe una forma di incitamento indiretto, da punire nella misura in cui genera un sentimento che determina il rischio che vengano commessi atti di odio, discriminazione e violenza.

con il contesto sociale di riferimento.⁴⁷¹ La Spagna è una monarchia parlamentare con un passato piuttosto recente macchiato dal regime totalitario di Francisco Franco. Una legge che si presta a un tale arbitrio interpretativo va analizzata tenendo conto della società in cui si inserisce, che ha sperimentato gravi limitazioni delle libertà fondamentali. Questo aspetto implica che l'ampio margine di compressione del diritto alla libertà di espressione discende dall'importanza che i contro-interessi rivestono in quel contesto politico specifico.

In ogni caso, l'articolo 607 è stato sottoposto al vaglio del Tribunale costituzionale spagnola che si è pronunciata con sentenza il 7 novembre 2007,⁴⁷² dichiarando incostituzionale il reato di negazionismo di genocidio così come formulato nel secondo paragrafo dell'articolo 607 del Codice penale spagnolo. La questione di costituzionalità - per presunto contrasto tra la disposizione che punisce il negazionismo e la libertà di espressione - fu sollevata dalla terza sezione della Corte provinciale di Barcellona dopo che un individuo aveva subito una condanna per aver distribuito materiale che negava l'Olocausto.⁴⁷³

Con tale sentenza il Tribunale costituzionale afferma che il semplice negazionismo è coperto dal diritto alla libertà di espressione nella misura in cui non costituisce una minaccia o un incitamento a commettere un genocidio. Il Tribunale costituzionale è giunto a pronunciarsi sull'incostituzionalità della criminalizzazione del mero negazionismo, partendo dalla distinzione e dalla definizione delle rispettive condotte di negazione e giustificazione del genocidio. Questo afferma cioè che per negazionismo del genocidio debba intendersi la negazione circa l'accadimento di determinati fatti storici o la loro qualificazione come genocidio, mentre per giustificazione debba intendersi la relativizzazione del fatto o il mancato riconoscimento del suo carattere illegale. Il Tribunale costituzionale, ad ogni modo, considera legittima la restrizione della libertà di espressione solo nel caso in cui il discorso negazionista possa

⁴⁷¹ E. Fronza, *Memory and Punishment*, p. 142.

⁴⁷² Tribunal Constitucional de Espana no. 235/2007; BOE-T-2007-21161

⁴⁷³ L'accusato, Pedro Valera, era proprietario di una libreria che distribuiva materiale che affermava l'Olocausto non fosse mai avvenuto.

qualificarsi come *discurso del odio*, rivalutando quindi la correttezza del bilanciamento effettuata dal legislatore in relazione al secondo comma dell'articolo 607.⁴⁷⁴

Il tratto qualificante dello “hate speech” consisterebbe nel clima ostile che un certo tipo di discorso è in grado di generare, in quanto la condotta produrrebbe un incitamento alla violenza nei confronti di un gruppo etnico. Ritengo importante, anche ai fini dei successivi sviluppi del ragionamento, porre l'accento sulla tecnica di “fertilizzazione incrociata” che caratterizza sempre più le argomentazioni delle corti costituzionali e della Cedu. Il riferimento all'ostilità del clima, ai fini della qualificazione del discorso come “hate speech”, può rappresentare per certi versi un richiamo alla giurisprudenza tedesca in materia di reati di opinione. Allo stesso tempo la decisione rappresenta un superamento della giurisprudenza tedesca: il valore della dignità non fa da corollario al ragionamento della Corte, ma ne diviene il fulcro. Viene, infatti, affermato che la dignità umana è il sistema entro il quale i diritti fondamentali sono esercitabili e il fondamento dell'ordine politico, ed è incompatibile con l'odio e il disprezzo nei confronti di un popolo o un'etnia.

Allo stesso tempo, l'interpretazione del discorso d'odio discende da una concezione della libertà di espressione come valore centrale, ripresa, anche in questo caso, da un altro sistema di protezione dei diritti fondamentali. Infatti, nel definire la libertà di espressione come pilastro della società democratica e riconoscendo che l'esistenza di un'opinione pubblica libera è una preconditione essenziale per l'esercizio degli altri diritti della società democratica il giudice delle leggi spagnolo attinge a piene mani dalla giurisprudenza Cedu in materia. Il Tribunale costituzionale riconosce quindi una forte protezione al valore del pluralismo e al libero scambio delle idee: ciò si fonda su una impostazione dell'ordine costituzionale come sistema aperto, che pone la persona al centro.⁴⁷⁵ La libertà di espressione tutelerebbe, secondo tale interpretazione, anche le opinioni soggettive che negano fatti storici, prive di commenti sulla correttezza morale o sulla legalità, purché - e qui interviene il bilanciamento- non siano superati i limiti esterni, rappresentati dalla lesione della dignità degli individui e della pacifica coesistenza dei membri della società (si tratterebbe di un generico diritto a convivere pacificamente). In

⁴⁷⁴ C. Caruso, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del tribunale Costituzionale spagnolo*, p. 636.

⁴⁷⁵ Per questo la dottrina giuridica spagnola definisce l'ordinamento costituzionale spagnolo come personalista. Si veda sul punto M. A. García Herrera, *Estado democrático y libertad de expresión (I)*, pp. 141-174.

tali statuizioni ci troveremmo al di fuori della sfera di protezione dalla libertà di espressione, così come dal diritto alla libertà di ricerca storica.

Ancora una volta possiamo riscontrare che le corti superiori legittimano restrizioni alla libertà di espressione sulla base di giustificazioni diverse, in questo caso sia la dignità sia l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico. In particolare, secondo l'interpretazione del Tribunale costituzionale spagnolo, nel caso delle semplici opinioni negazioniste non vi sarebbe danno nei confronti di alcuno, dunque mancherebbe l'effettiva lesività; e non vi sarebbe al contempo alcuna idoneità della condotta a produrre un clima di ostilità.⁴⁷⁶ Ad ogni modo, nella misura in cui tali opinioni costituiscono espressioni di natura razzista e xenofoba, integrano una forma di discriminazione di un gruppo etnico penalmente sanzionabile.⁴⁷⁷ In sostanza, se il negazionismo contiene gli elementi costitutivi dello "hate speech"⁴⁷⁸ allora andrebbe proibito e sanzionato.

Come abbiamo sopra evidenziato, in realtà il paragrafo due dell'articolo 605, non richiede che la condotta produca una modificazione dell'ambiente esterno, attraverso la creazione di un ambiente ostile. Ne consegue che secondo la Corte costituzionale, solo la giustificazione, consistendo nella relativizzazione delle atrocità naziste e nella negazione della loro illegittimità, è da considerarsi come giudizio di valore che può perciò implicare un'istigazione, ancorché indiretta, alla loro perpetrazione,⁴⁷⁹ e dunque sia rappresentare

⁴⁷⁶ In sintesi, come sottolineato da Emanuela Fronza, l'incostituzionalità si rilevarebbe sotto questo duplice profilo.

⁴⁷⁷ Come avverrebbe nel caso in cui le espressioni negazioniste fossero accompagnate da parole offensive nei confronti degli ebrei.

⁴⁷⁸ Viene definito dal Tribunale costituzionale come incitamento diretto alla violenza contro i cittadini in generale o contro un gruppo etnico o religioso in particolare. Resta, tuttavia, escluso da tale definizione un riferimento ad altri elementi, che io ho preso in considerazione precedentemente ai fini dell'elaborazione di una nozione di "hate speech": ho fatto riferimento, infatti, non solo al contenuto, ma anche al contesto e alla forma. Non mi sembra quindi che si possa *a priori* escludere che il negazionismo possa costituire una forma di discorso d'odio, premesso che, a mio avviso, il semplice negazionismo non integra mai gli elementi del discorso d'odio.

⁴⁷⁹ In realtà la stessa Cedu nel ricostruire il ragionamento della Corte costituzionale spagnola, sottolinea che il giudizio di costituzionalità avviene in base alla distinzione tra questione di fatto e questione di valore. Mentre il negazionismo, contestando l'esistenza di un evento storico, è una questione di fatto, la giustificazione attribuendo un giudizio positivo ad un fatto è una questione di valore. È sulla base di tale qualificazione che la condotta rientra o meno nell'ambito di protezione della libertà di espressione.

un danno per l'integrità fisica e la dignità delle vittime, sia costituire un rischio per l'ordine pubblico.

La distinzione, promossa dal Tribunale costituzionale, tra la semplice negazione e la giustificazione pubblica è stata oggetto di critica da parte degli stessi giudici costituzionali e da alcuni giuristi, i quali hanno evidenziato come a livello empirico sia molto complesso distinguere tra negazionismo e giustificazionismo: gli argomenti giustificazionisti che sono giudizi di valore, infatti, sono spesso utilizzati a supporto di tesi negazioniste, risultando dunque interdipendenti.⁴⁸⁰ Alla difficile rilevabilità di un'autonomia tra le due condotte si aggiunge un'ulteriore problematica. Infatti, mentre le fattispecie di istigazione e apologia sono impostate sul modello dei reati di pericolo concreto, nel caso di incitamento indiretto sembra sia sufficiente ai fini dell'integrazione del giustificazionismo una sorta di pericolo presunto,⁴⁸¹ che apre la strada alla discrezionalità e a un abbassamento della soglia del penalmente rilevante.

In realtà la legislazione sul negazionismo subisce un'ulteriore modifica nel 2015, con l'intento di conformarsi sia alla decisione quadro dell'UE, sia alla decisione della Corte costituzionale. Entrambe, infatti, prediligono la scelta di criminalizzare il negazionismo nella misura in cui essa costituisce un'istigazione ad un'ostilità generalizzata o all'odio nei confronti singole minoranze. Tuttavia, al di là dei propositi dichiarati, la formulazione della nuova norma è ben diversa, in quanto espande il campo di applicazione dell'area del penalmente rilevante. La norma viene introdotta all'interno dell'articolo 510, che punisce l'incitamento alla discriminazione razziale e sociale. Essa, infatti, prevede un'espansione delle condotte, includendo non solo la banalizzazione e la glorificazione del genocidio, ma anche la mera negazione, che nella formulazione originaria era stata dichiarata incostituzionale nella pronuncia del 2007.⁴⁸² Inoltre, anche le categorie dei crimini oggetto di negazione e falsificazione subisce un ampliamento, non riferendosi più ai soli genocidi ma anche agli altri crimini internazionali, cioè i crimini di guerra e quelli contro l'umanità. Allo stesso tempo, viene stabilito ai fini della

⁴⁸⁰ C. Caruso, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del tribunale Costituzionale spagnolo*, p. 637.

⁴⁸¹ Cfr. A. Manna, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*.

⁴⁸² Per quanto riguarda la condotta di giustificazione, questa viene considerata come condotta penalmente rilevante qualora abbia ad oggetto le offese motivate da ragioni razziste o antisemite.

punibilità che la condotta sia realizzata pubblicamente. Il riferimento al contesto pubblico è nuovo e anche questa modifica deve essere letta alla luce della normativa di riferimento.

La soglia del penalmente rilevante è però alzata in quanto la nuova disposizione richiede ai fini della punibilità che la condotta sia idonea a creare un clima di ostilità a livello sociale.⁴⁸³ Anche in questo caso il legislatore sembra tenere in considerazione quanto previsto dalla decisione quadro del 2008. Inoltre, entra a far parte degli elementi costitutivi della condotta il destinatario del messaggio d'odio: deve trattarsi infatti di una minoranza, o di un membro di un gruppo discriminato, come indicato dalla decisione-quadro dell'Unione Europea. Tuttavia, la legislazione spagnola si discosta da quanto previsto dalla decisione quadro che sul modello francese aveva ristretto la sfera di punibilità alla negazione di quei genocidi che erano stati qualificati come tali da una giurisdizione nazionale o internazionale.⁴⁸⁴ Al contrario, nel caso della Spagna, saranno i giudici del caso concreto a dover valutare se si tratta di un crimine, la cui negazione risulta meritevole di essere punita.⁴⁸⁵ In altre parole, come nel caso del genocidio degli Armeni, sarebbe sufficiente che la condotta di negazione, giustificazione, banalizzazione integri gli elementi previsti dalla disposizione, non essendo necessario la previa qualificazione del crimine come genocidio da parte di un organo giurisdizionale. Inoltre, deve sussistere l'elemento soggettivo dell'intento discriminatorio e va inquadrato, come in tutti gli ordinamenti, tra i reati di pericolo in quanto è sufficiente, ai fini della punibilità, il rischio che si venga a creare un clima di ostilità. Ben potrebbe essere interpretato come reato plurioffensivo, che ha il fine di proteggere non solo la pace pubblica, ma anche la dignità e il diritto alla non discriminazione.

⁴⁸³ Per un'analisi più accurata della legislazione spagnola in materia si veda E. Fronza, *Memory and Punishment*, p. 140 ss.

⁴⁸⁴ Ovviamente questa clausola risulta problematica ed è stata infatti aspramente criticata in quanto sembra infrangere il principio di uguaglianza, garantendo protezione giuridica solo alle vittime di quei crimini che hanno acquisito lo status di "verità giuridica".

⁴⁸⁵ G. Teruel, *La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal*, p. 35.

3.6 Giurisprudenza Cedu

3.6.1 Premessa

La Convenzione Europea dei Diritti Umani (CEDU) garantisce il diritto alla libertà di espressione all'articolo 10. Tale diritto non è tutelato in maniera assoluta. La Convenzione, infatti, prevede nel secondo paragrafo dell'articolo 10 la possibilità di stabilire limitazioni del diritto, purché siano rispettate determinate condizioni. I limiti posti dallo stato all'esercizio del diritto sono giustificati se perseguono determinati fini, che vengono così catalogati: sicurezza nazionale, integrità territoriale o pubblica sicurezza, difesa dell'ordine e prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione della reputazione o dei diritti altrui. Le restrizioni oltre a dover perseguire le già menzionate finalità, devono però essere legalmente previste e costituire misure necessarie in una società democratica. Vi sono poi limiti ulteriori, che non sono previsti all'interno dell'articolo, ma discendono, invece, dall'interazione con il resto della Convenzione, come si può ricavare, ad esempio, dall'articolo 17, che proibisce il compimento di atti volti alla distruzione dei diritti o l'imposizione ai diritti e le libertà riconosciute dalla Convenzione di limitazioni più ampie di quelle previste dalla Convenzione.

La giurisprudenza della Cedu in materia di negazionismo è la cartina al tornasole dell'orientamento generale degli Stati in materia di negazionismo, sia in virtù del rispetto del principio di sussidiarietà sia in virtù della tecnica di fertilizzazione incrociata che discende dal dialogo tra corti. L'orientamento giurisprudenziale assunto dalla Cedu rappresenta, quindi, una fonte importantissima per capire come cambia e si evolve la cultura giuridica europea. I ricorsi individuali avverso condanne statali per dichiarazioni negazioniste lamentano tutte naturalmente la presunta violazione dell'articolo 10, che ammette limitazioni alla libertà di espressione nel rispetto dei principi di necessità, proporzionalità e adeguatezza del mezzo rispetto al fine perseguito.

Punto di partenza sarà quello di valutare se la Cedu ammette tale limitazione solo di fronte al negazionismo c.d. "condizionato" oppure se reputa conforme alla convenzione anche la criminalizzazione del negazionismo c.d. "semplice". In altre parole, sembra importante stabilire se il negazionismo venga escluso dalla tutela convenzionale anche qualora vengano semplicemente negati fatti storici, oppure solo laddove sussistano

ulteriori elementi, quali ad esempio l'intento razzista o antisemita, o l'istigazione all'odio. In sintesi, si tratta di valutare se il discorso negazionista vada considerato al di fuori della sfera di protezione convenzionale (se sì in base a quale o quali giustificazioni), anche indipendentemente dal fatto che costituisca "hate speech", ovvero quando si tratta di "semplice" negazione della *Shoah*⁴⁸⁶. Non è detto che le due posizioni siano necessariamente in contrasto: queste potrebbero infatti essere una l'evoluzione dell'altra ed essere lette nell'ottica di un'interpretazione evolutiva della Convenzione.⁴⁸⁷ Inoltre, va spiegato se l'approccio iniziale della Corte, che sembra ristretto alla protezione del solo Olocausto, risulti poi estendibile ad altri genocidi o resti, invece, costante.

Ciononostante, nel trattare questioni di negazionismo, in un primo momento la Corte ha preferito non entrare nel merito del giudizio di bilanciamento operato a livello interno- in ossequio al principio di sussidiarietà - respingendo i ricorsi con una declaratoria di inammissibilità per abuso del diritto, ovvero per un esercizio del diritto alla libertà di espressione, garantita dalla Convenzione, per fini incompatibili con lo spirito e il testo della stessa.⁴⁸⁸ L'applicazione di tale clausola in materia di negazionismo dimostra una tendenza all'interpretazione espansiva della stessa, che si riscontra soprattutto rispetto alla libertà di espressione.⁴⁸⁹

La clausola relativa all' abuso del diritto, spesso richiamata nelle sentenze riguardanti la legittimità delle interferenze statali sui discorsi estremi, se letta in modo organico con la struttura della Convenzione, legittima forti restrizioni del diritto alla manifestazione del pensiero e rende così la Convenzione espressione del modello di "democrazia militante"(o democrazia "che si difende").⁴⁹⁰ Tale tesi troverebbe, inoltre, riscontro nel fatto che molti diritti convenzionali, e in particolare gli articoli 8, 9, 10, 11, possono essere legittimamente limitati al fine di preservare altri interessi,

⁴⁸⁶ Rimanda a pagina in cui definisci hate speech.

⁴⁸⁷ Si veda più ampiamente sulla teoria dell'interpretazione evolutiva della Convenzione G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*.

⁴⁸⁸ Se in alcuni casi fa riferimento a tale espressione, in altri richiama la clausola dell'abuso del diritto se l'espressione contrasta con i valori sottesi alla convenzione (*Seurot c. Francia; Pavel Ivanov c. Russia; Pastors c. Germany*)

⁴⁸⁹ A. Buyse, *The limits of Freedom of Expression from an Abuse of Rights Perspective - Articles 10 and 17 ECHR*, p. 183 ss.

⁴⁹⁰ G. Teruel, *La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal*, p. 11.

tendenzialmente di carattere generale, volti a garantire l'esistenza e il funzionamento della democrazia e dello stato stesso: tra queste vengono espressamente indicate l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale. Questa interpretazione risulta coerente con le radici e la genesi della Convenzione, nata con l'esigenza appunto di tutelare e preservare la democrazia come preoccupazione impellente.⁴⁹¹ Il modello politico proposto dalla democrazia militante (o interventista) e incorporato all'interno della Convenzione attraverso la clausola dell'articolo 17, assicurerebbe un contemperamento tra la tutela delle libertà individuali e la necessità di proteggere l'esistenza di un ordinamento democratico da eventuali torsioni antidemocratiche.⁴⁹² La Corte stessa ha riconosciuto di aderire all'idea di un sistema democratico che sia in grado di preservare e tutelare se stesso.⁴⁹³

Come accennato, la Corte ha progressivamente esteso l'uso dell'articolo 17, fino a dichiarare contrarie ai valori della Convenzione forme di espressioni estreme, tra cui appunto il negazionismo, la giustificazione e la glorificazione di determinati fatti storici, e soprattutto l'Olocausto.⁴⁹⁴ In sintesi, se inizialmente l'articolo 17 incarnava lo spirito anti-totalitario della Convenzione,⁴⁹⁵ poi la clausola di abuso del diritto è stata interpretata estensivamente fino ad applicarsi a varie forme di "extreme speech" (come la propaganda

⁴⁹¹ C'è da approfondire questo ragionamento, seguendo quanto affermato da P. Lobba, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime*. L'argomento principale usato dalla Corte per dichiarare inammissibile il ricorso invocando l'articolo 17 è che le dichiarazioni rese dal ricorrente sono contrarie al testo e lo spirito della Convenzione: la contrarietà al testo e allo spirito della legge non trova però riscontro nell'articolo 17, il quale stabilisce che sono proibite le condotte che mirano a distruggere i diritti e le libertà degli altri. Questa interpretazione proposta dalla Corte suggerirebbe che la ragione della mancata copertura da parte dell'articolo 10 risiede nella lesione dell'interesse generale alla pace pubblica e alla protezione dei valori democratici della società piuttosto che di interessi o diritti individuali, come invece si potrebbe rilevare da una interpretazione letterale dell'articolo 17.

⁴⁹² P. Lobba, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime*, p. 244.

⁴⁹³ *Vogt c. Germania* [GC] (17851/91); *Erdel c. Germania* (30067/04).

⁴⁹⁴ *Walendy c. Germania*, (21128/92); *Remer c. Germania*, (25096/94); *Hennicke c. Germania* (34889/97); *Nachtmann c. Austria*, (36773/97).

⁴⁹⁵ Non è una coincidenza se tale clausola fu applicata per la prima volta dalla Commissione europea per i diritti umani per statuire l'inammissibilità di un ricorso contro la dissoluzione del partito comunista *Communist Party of Germany v. the Federal Republic of Germany* (ECommHR, 1957).

antisemita o islamofobica, entrambe escluse dalla protezione della Cedu attraverso il richiamo all'articolo 17 della CEDU).⁴⁹⁶

La relazione tra la negazione dell'Olocausto e la clausola di abuso del diritto è – almeno inizialmente - talmente stretta che alcuni autori hanno ritenuto che si trattasse di una forma di discorso “a statuto speciale”: la Corte era solita escludere *de plano* attraverso l'applicazione dell'articolo 17 i ricorsi che lamentavano una violazione del diritto alla libertà di espressione di cui all'articolo 10, per essere stati condannati in conseguenza della manifestazione di idee negazioniste rispetto alla *Shoah*. L'applicazione di questo meccanismo a “ghigliottina” permetteva alla Corte di evitare ogni valutazione sul merito e sul contenuto delle dichiarazioni, scegliendo così di adottare un certo automatismo nell'esclusione di tali dichiarazioni da ogni forma di protezione del diritto alla libertà di espressione.⁴⁹⁷

Nella più recente giurisprudenza, si può dire che lo stesso approccio non sia stato adottato sistematicamente rispetto ad altri discorsi limite, come il discorso di odio razziale o quello che nega altri genocidi. Questa diversità di approccio può essere inserita all'interno di un percorso evolutivo della giurisprudenza, sempre tenendo a mente che la Cedu decide “case by case”, cioè in base alle specifiche caratteristiche e circostanze del caso concreto. Infatti, la stessa Cedu sembra aver mutato orientamento negli ultimi anni, garantendo una maggiore tutela della libertà di espressione. Si tratta di pronunce in cui questa ha deciso di non applicare la cosiddetta “ghigliottina”, e di valutare in concreto se la misura statale interna rispetti o meno i criteri di bilanciamento richiesti dal paragrafo 2 dell'articolo 10, utilizzando l'articolo 17 come supporto interpretativo: in questa nuova prospettiva il divieto di abuso del diritto è una “forma di attuazione dell'obbligo di esercitare il diritto in questione secondo doveri e responsabilità”.⁴⁹⁸ Infatti, escludere in blocco che le dichiarazioni negazioniste possano essere coperte da un diritto convenzionale, come eccezionalmente avviene richiamando l'articolo 17, è ben diverso

⁴⁹⁶ *W.P. and Others c. Polonia* (42264/98) (antisemitismo); *Norwood c. Regno Unito* (23131/03) (Islamofobia); *Pavel Ivanov c. Russia* (35222/04) (antisemitismo); *Hizb Ut-Tahrir and Others c. Germania* (31098/08) (incitamento alla violenta distruzione di Israele e all'uccisione dei suoi abitanti e la glorificazione di attacchi suicide); *Molnar c. Romania* (16637/06) (discorso d'odio).

⁴⁹⁷ M. Castellaneta, *Il negazionismo tra abuso del diritto e limite alla libertà di espressione in una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, p. 312.

⁴⁹⁸ C. Caruso, *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, p. 967.

dal valutare in base alle circostanze del caso concreto se la misura rientri o meno tra le legittime restrizioni della libertà di espressione. Nel primo caso, il ricorso viene respinto perché, a seguito di una superficiale valutazione contenutistica, viene qualificato come abuso del diritto e quindi incompatibile *ratione materiae*; nell'altro caso, invece, il ricorso viene eventualmente dichiarato inammissibile per manifesta infondatezza, e questo in uno stadio successivo, e cioè a seguito dell'operazione di bilanciamento *ad hoc* svolta dalla Corte, che vaglia le ragioni addotte dallo stato in questione per l'adozione di quella specifica misura. In quest'ultima ipotesi la Corte applica la clausola di cui all'articolo 17 ai fini di una valutazione circa la necessità di un'ingerenza statale, in funzione di rinforzo all'articolo 10(2).

In tutti i casi relativi al negazionismo o alla minimizzazione dell'Olocausto, ciò che emerge è che, pur mutando lo schema argomentativo - nella seconda fase la Corte tende a garantire maggior tutela al diritto alla libertà di espressione - il risultato rimane grosso modo lo stesso: il negazionismo dell'Olocausto (ma anche le questioni e le vicende storiche strettamente correlate ad esso), continua ad essere considerato come discorso "a statuto speciale". Lo *status* speciale assicurato a tale discorso viene nella seconda fase temperato con l'esigenza di attribuire maggiori spazi di tutela della libertà di espressione: ciononostante il riferimento all'articolo 17 di fatto rappresenta una potenziale valvola di ingresso dell'arbitrarietà. La scelta di innalzare lo standard di tutela va considerata come risultato di un proficuo dialogo con le corti costituzionali interne che contrariamente al legislatore hanno adottato, come abbiamo letto sopra, uno scrutinio piuttosto severo rispetto all'utilizzo del diritto penale per limitare la libertà di espressione e proteggere interessi concorrenti.⁴⁹⁹

3.6.2 L'orientamento iniziale e l'effetto "ghigliottina".

Un tentativo di non ingerenza

Come abbiamo visto, la Cedu ha fatto ampio ricorso all'articolo 17 in materia di discorsi d'odio, di incitamento alla violenza e di discriminazione su base etnica e

⁴⁹⁹ Per un tentativo di sistematizzazione dei vari orientamenti in materia adottati dalla Cedu si veda P. Lobba, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime in European Journal of International Law*, p., 237.

religiosa.⁵⁰⁰ L'applicazione della clausola che regola il fenomeno dell'abuso del diritto in materia di negazionismo e, dunque l'esclusione diretta di tale discorso dal campo di applicabilità della libertà di parola, discende dal legame che secondo la Corte sussiste tra questa forma di discorso - il negazionismo - e razzismo e antisemitismo. È proprio l'implicita sussistenza di tale legame (spesso dato implicitamente per dimostrato, così come il nesso tra nazismo e negazionismo)⁵⁰¹ che esprimerebbe, secondo la Corte, la minaccia per l'ordine pubblico, e dunque la contrarietà ai valori (di democrazia e diritti umani) cardine. Poiché, dunque, l'esercizio della libertà di parola in questo specifico campo avrebbe uno scopo estraneo alla Convenzione, questo rientrerebbe nella categoria dell'abuso del diritto.⁵⁰²

Più specificatamente, l'esclusione dall'alveo di protezione dell'articolo 10, secondo questo primo orientamento, risiederebbe nella considerazione secondo cui, poiché l'Olocausto rientra nella categoria dei "clearly established historical facts", non sarebbe più necessario un dibattito su tale evento storico; anzi, la messa in discussione di questi fatti storici può essere legittimamente punita nel caso in cui possieda un intento razzista e antisemita. Di conseguenza, la criminalizzazione delle dichiarazioni negazioniste sull'Olocausto non rappresenterebbe un'illegittima ingerenza statale, ma sarebbe, al contrario, una forma di restrizione legittima col risultato di precludere, con riferimento a queste espressioni, la possibilità di invocare la libertà di parola.

Questa impostazione si trova sviluppata inizialmente *in nuce* nel caso *Lehideux e Isorni c. Francia* dalla Commissione⁵⁰³ e poi applicata dalla Corte con riferimento al caso *Garaudy c. Francia*. Lo scrittore negazionista, pur chiedendo di essere riconosciuto come revisionista, aveva subito diversi procedimenti penali in Francia ed era stato condannato per incitamento all'odio, per diffamazione razziale e negazionismo a causa delle affermazioni contenute nel suo libro. Contro le pronunce di condanna, egli ricorre alla Cedu lamentando la lesione del diritto alla libertà di espressione. In primo luogo, la Corte

⁵⁰⁰ *Jersild c. Daminarca*, [GC] (15890/89); *Garaudy c. Francia* (65831/01); *Norwood c. Regno Unito* (23131/03).

⁵⁰¹ J. Temperman, *Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech*, p. 729.

⁵⁰² *Garaudy c. Francia*.

⁵⁰³ In tale circostanza la Commissione afferma che la clausola di abuso del diritto non può trovare applicazione nei casi che non siano storicamente stabiliti, cioè fatti su cui sia ancora in corso un dibattito storico.

ritiene fondamentale valutare se le affermazioni del condannato negavano effettivamente fatti storici: a tal fine la Corte prende in esame il fine perseguito, il metodo utilizzato e il contenuto delle stesse all'interno del libro. Ciò è dirimente ai fini dell'ammissibilità, in quanto la negazione di "clearly established historical facts"⁵⁰⁴ determina l'esclusione dalla protezione dell'articolo 10 – perché, essendo una falsità, non rientrerebbe nell'ambito della ricerca storica - e l'automatico "effetto ghigliottina" dell'articolo 17.⁵⁰⁵

Il fine perseguito sarebbe quello di riabilitare il nazionalsocialismo, e conseguentemente accusare le vittime di falsificare la storia: in altre parole, secondo la Corte le affermazioni che negano crimini contro l'umanità storicamente accertati, come l'Olocausto, avendo gli obiettivi predetti, sarebbero una forma di diffamazione razziale nei confronti degli ebrei e di incitamento all'odio nei loro confronti. Anche il contenuto risulta essere contrario ai valori promossi dalla Cedu, costituendo una minaccia per la pace. Se è vero che la tale organo giurisdizionale, non avendo adottato una nozione fissa di "hate speech", può in astratto identificarne gli elementi costitutivi nelle più diverse fattispecie, mi sembra piuttosto rischioso sovrapporre completamente lo "hate speech" con il negazionismo dei crimini contro l'umanità. La possibilità di ricondurre il negazionismo di questi crimini alla fattispecie di incitamento all'odio risiederebbe, secondo la Corte, nel fine di riabilitare il nazismo e valori antidemocratici e discriminatori, che costituiscono una potenziale minaccia per l'ordine pubblico: per questo tali discorsi sarebbero automaticamente posti al di fuori della libertà di espressione.

Ma anche con questa chiarificazione i problemi restano. Si potrebbe, come ha fatto la Corte in altre circostanze, vincolare la qualificazione di una condotta negazionista come incitamento all'odio al contesto in cui le dichiarazioni sono formulate, tenendo conto inoltre della forma, della risonanza, dei potenziali effetti esterni della condotta, aggiungendosi a ciò una maggiore determinatezza circa gli elementi costitutivi della condotta di negazionismo come discorso odioso.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ Secondo la Corte rientrano in tale categoria gli eventi che non sono soggetti a dibattito tra gli storici.

⁵⁰⁵ *Lehideux e Isorni c. Francia* [GC], §§ 53 e 47.

⁵⁰⁶ Rimango consapevole della difficoltà di rendere effettivo un tale proposito, essendo la Cedu una corte che decide caso per caso, basandosi sul precedente e sulle caratteristiche del caso concreto. Ma

Insomma, la Corte sembra da una parte dire che tutte le negazioni di fatti storicamente accertati che costituiscono crimini contro l'umanità possono essere legittimamente limitati; dall'altra attua una semplicistica, quanto mai pericolosa, equiparazione tra negazionismo e incitamento all'odio, posizione che verrà modificata nella successiva giurisprudenza. Ma in un primo momento il principio decisorio in esame, fondato sul criterio dei fatti storicamente accertati, troverà sostegno in numerose altre decisioni sul tema, che addirittura estenderanno e manipoleranno l'impalcatura iniziale.

La Cedu nella sentenza *Chauvy e altri c. Francia*⁵⁰⁷ svolge una successiva precisazione sullo spettro di protezione garantito dalla libertà di espressione. La vicenda trae origine dalla condanna per diffamazione nei confronti dei due ricorrenti, avendo questi espresso allusioni infamanti nei confronti di un movimento della Resistenza. La Corte stabilisce che ciò che non è considerato un fatto chiaramente stabilito dagli storici - come, nel caso di specie, le questioni relative alla Resistenza - può essere considerato parte del diritto alla ricerca storica ed è quindi protetto dal diritto alla libertà di espressione. Tuttavia, la Corte riconosce la validità della valutazione compiuta a livello statale circa la mancata buona fede dei ricorrenti e l'assenza di una metodologia scientifica nella ricerca operata e ritiene quindi che i requisiti che legittimano l'interferenza statale siano stati rispettati. Di conseguenza, non viene riconosciuta alcuna violazione dell'articolo 10 da parte dello Stato.⁵⁰⁸

In *Witzsch c. Germania n 2*,⁵⁰⁹ che risale al 2005, il ricorrente era stato condannato per la messa in discussione in una lettera privata, la responsabilità di Hitler e del suo partito per lo sterminio degli ebrei, senza che venisse negata l'esistenza o l'entità del genocidio. Anche questo caso viene dichiarato inammissibile per manifesta infondatezza, perché considerato come coperto dalla clausola di abuso del diritto. Due sono le distinzioni da sottolineare: primo, il campo di applicazione viene ampliato, non si tratta

di certo ciò gioverebbe a rendere più uniforme la giurisprudenza agevolando l'operatività della tecnica dell'analogia e del "distinguishing".

⁵⁰⁷ *Chauvy e altri c. Francia*, (64915/01).

⁵⁰⁸ *Chauvy e altri c. Francia*, §§ 69-73. In contrasto con questa vi è una pronuncia del 2006, *Monnat c. Svizzera* in cui la Corte condanna la Svizzera per aver applicato una forma di censura preventiva nei confronti di una produzione televisiva volta a far luce sulla responsabilità dello Stato nella Seconda Guerra Mondiale. Contrariamente al caso *Chauvy* in questa sentenza viene dato particolare rilievo all'importanza del dibattito storico, riconoscendo la violazione dell'articolo 10 CEDU.

⁵⁰⁹ *Witzsch c. Germania n 2* (7485/03).

della mera negazione di crimini contro l'umanità, ma di circostanze connesse alla *Shoah*, egualmente importanti e considerate ormai provate dagli storici. Inoltre, viene sganciata la connessione con i valori dell'antisemitismo e del razzismo - evidentemente non sussistenti nel caso di specie - imputando invece l'esclusione *de plano* dall'ombrello dell'art. 10 all'offesa rivolta alle vittime dell'Olocausto.⁵¹⁰ E di conseguenza cade anche la possibilità di fondare l'esclusione dalla sfera di protezione dell'articolo 10 sulla qualificazione del negazionismo come incitamento all'odio, anche perché la lettera aveva un carattere privato ed era quindi manifestamente inidonea a provocare esternamente un clima d'odio.

Ma la tendenza ad applicare l'“effetto ghigliottina” persiste ancora nel 2015 nel caso *M'Bala M'Bala v France*.⁵¹¹ Il ricorrente era un comico che, durante uno spettacolo in cui era ospite il negazionista Faurisson, aveva banalizzato l'Olocausto e messo in scena la deportazione degli ebrei, degradandola a macchietta comica. Così la giurisdizione interna aveva dichiarato che la condotta del comico andava qualificata come insulto pubblico nei confronti della minoranza ebraica. La Cedu ha stabilito, anche in questo caso, che la condotta era esclusa dalla copertura garantita dal diritto alla libertà di espressione e andava dunque configurata come abuso del diritto ex articolo 17, in quanto rappresentava una dimostrazione di odio e antisemitismo, che mostrava supporto alla tesi negazionista sull'Olocausto. In particolare, la Corte sembra ampliare lo spettro di applicazione della clausola *de quo*, estendendola anche alle espressioni che *prima facie* hanno l'apparenza di espressioni artistiche e che quindi non sono dichiaratamente antisemite, ma che però celano un intento negazionista.

Appare piuttosto chiaro che la rigidità iniziale mostrata dalla corte di Strasburgo attraverso l'uso della “ghigliottina” dell'articolo 17 risieda nel valore storico e simbolico che l'Olocausto ha nella cultura giuridica europea, e un tale orientamento è forse proprio teso a rafforzare l'importanza fondativa di tale valore. Si tratterebbe quindi di un approccio che la Corte ha costruito per riconoscere la responsabilità morale rispetto alla *Shoah* di quei paesi che avevano introdotto norme contro dichiarazioni negazioniste.

⁵¹⁰ Ivi, § 3.

⁵¹¹ *M'Bala M'Bala v France* (25239/13).

3.6.3 Il negazionismo come “hate speech”. Un tentativo di “distinguishing”

L'utilizzo della clausola di abuso del diritto diviene oggetto di nuove chiarificazioni nella problematica e discussa sentenza *Perinçek c. Svizzera*.⁵¹² Il caso riguardava le affermazioni rese da Doğu Perinçek, un politico, presidente del partito dei lavoratori turco, che nel 2005 in Svizzera, in occasione di alcune conferenze, aveva negato la qualificazione giuridica di genocidio del massacro del popolo armeno del 1915 e che l'Impero Ottomano avesse avuto un ruolo marginale nell'evento.⁵¹³ La vicenda giudiziaria interna si concluse con una condanna ai sensi dell'art. 261-bis (4) del Codice penale svizzero che punisce chiunque pubblicamente neghi, minimizzi grossolanamente o cerchi di giustificare un genocidio o altri crimini contro l'umanità, a prescindere dal riconoscimento del reato da parte di un organo giurisdizionale nazionale o internazionale.⁵¹⁴ Quindi si tratta di una fattispecie penale piuttosto ampia che punisce chi esprime affermazioni negazioniste in pubblico. In tale occasione, la Corte ribadisce che l'intervento penale nella limitazione del discorso ha natura di *extrema ratio*, e conseguentemente la limitazione della libertà di espressione tramite il diritto penale sarebbe ammessa solo nei casi in cui la condotta espressiva possa essere qualificata come istigazione alla violenza e all'odio razziale. Inoltre, la Corte fa presente che occorre tenere distinta la negazione di un evento storico dalla negazione della qualificazione giuridica del fatto stesso, a cui va ricondotto il caso in esame. Sarebbe questo il fattore rilevante ai fini del “distinguishing” rispetto al precedente più importante, *Garaudy c. Francia*. Va sottolineato, a mio parere, che la Corte ritiene di non avere la competenza per valutare se il massacro e le deportazioni di massa degli Armeni nel 1915 integrino o meno la fattispecie di genocidio.

⁵¹² *Perinçek c. Svizzera* (27510/08).

⁵¹³ Riproducendo qui le sue affermazioni, Perinçek aveva affermato: “the allegations of the ‘Armenian genocide’ are an international lie”.

⁵¹⁴ Il comma 4 dell'art. 261-bis recita: “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, [...] è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria”

Non trovando applicazione la clausola di abuso del diritto,⁵¹⁵ viene valutata la conformità ai criteri previsti dall'articolo 10(2) ai fini della legittimità dell'interferenza. Preliminarmente si nota che la Corte qualifica le affermazioni del ricorrente come discorso di carattere storico-politico e quindi di interesse pubblico. La Corte, inoltre, riconosce in conformità con quanto stabilito a livello interno che le dichiarazioni rese dal ricorrente non costituiscono una forma di incitamento all'odio e alla discriminazione, la cui repressione invece discende da un obbligo di natura internazionale.⁵¹⁶

Se il primo requisito, quello della previsione legislativa da parte dell'organo statale viene considerato soddisfatto,⁵¹⁷ il perseguimento del fine previsto dalla Convenzione risulta maggiormente problematico: la prima ragione risiede nel fatto che le leggi in materia di reati di opinione sono soggette a interpretazioni ambivalenti relativamente all'identificazione del bene giuridico protetto e spesso le giurisprudenze costituzionali tendono a legittimare le restrizioni alla luce di molteplici principi. Anche in questo caso la Grande Camera rinviene due fini legittimanti potenzialmente la compressione della libertà di espressione: la protezione dei diritti altrui, la prevenzione dei disordini.⁵¹⁸ Poiché la Grande Camera ritiene che le dichiarazioni non fossero idonee a rappresentare una minaccia per l'ordine pubblico, viene riconosciuto che l'interferenza, cioè la condanna, avesse lo scopo di tutelare la dignità delle vittime dirette del genocidio e dei loro discendenti. Per tutela della dignità si deve intendere la protezione dell'identità di un gruppo etnico o della reputazione dei suoi antenati: tali interessi sono stati individuati all'interno dell'ambito di protezione del diritto alla vita privata, di cui all'articolo 8 della Convenzione, diritto particolarmente suscettibile a un'interpretazione estensiva, come dimostra una certa giurisprudenza.⁵¹⁹

Dunque, la giustificazione di una restrizione della libertà di parola di Perincek troverebbe fondamento nella finalità di proteggere, da una parte, la dignità della

⁵¹⁵ La sua applicazione viene esclusa sulla base di tre rilievi: le dichiarazioni non risultano offensive, non sono connotate da odio o disprezzo rispetto alle vittime; non hanno ad oggetto la negazione di un fatto ma la sua qualificazione giuridica.

⁵¹⁶ Vedi la Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale. L'obbligo di reprimere l'incitamento all'odio e alla violenza (diverso da incitamento al genocidio) trova la propria fonte sia nel diritto internazionale consuetudinario sia in quello pattizio.

⁵¹⁷ *Perincek c. Svizzera* [GC], § 137 ss.

⁵¹⁸ *Ivi* § 146 ss.

⁵¹⁹ *Aksu v Turkey* (4149/04, 41029/04); *Putistin v Ukraine* (16882/13).

minoranza armena, che include il diritto al rispetto dell'identità di un'etnia, di cui l'evento storico è parte; dall'altra, la reputazione degli antenati massacrati a causa della violenza dell'Impero Ottomano.⁵²⁰ Da un lato, troviamo un bene giuridico che ha una dimensione collettiva, in quanto considera il gruppo discriminato nel suo insieme, dall'altro lato, troviamo invece un diritto che ha portata individuale in quanto si riferisce alla reputazione dei singoli rimasti vittime durante il massacro.

Insomma, a mio avviso l'articolo 8 diventa, secondo questa ricostruzione, un calderone in cui vengono fatti rientrare al contempo beni di natura assai diversa, quali sono appunto la dignità, il diritto all'identità e alla reputazione.⁵²¹ Si dovrebbe accogliere l'interpretazione secondo cui la dignità include in sé il valore dell'identità e della reputazione? Oppure questi ultimi devono essere considerati in modo distinto in quanto i titolari di questi beni sono differenti? (vittime dirette del genocidio nella loro individualità, da una parte, vittime indirette, ovvero i discendenti nella loro dimensione collettiva, dall'altra)

Il diritto alla verità e alla memoria collettiva sono i grandi assenti: sebbene richiamati dai ricorrenti, dalle terze parti e nelle opinioni separate dei giudici, la sentenza nella parte decisoria esclude questi beni (che appartengono invece *iure condendo* al diritto convenzionale) da qualsiasi valutazione. Insomma, la Corte rifugge dal risolvere il dibattito storico sul tema, questione che, forse implicitamente, era in realtà obbligata ad affrontare e che avrebbe sicuramente chiamato in campo il diritto alla verità⁵²² e il correlato diritto ad una memoria collettiva.

Sebbene il carattere della personalizzazione dell'interesse tutelato (ovvero della concretezza della tutela dell'interesse in capo beneficiario) potrebbe ritenersi più sfumato nei casi di negazione della qualificazione giuridica di un fatto storico come genocidio,⁵²³ tuttavia mi pare non condivisibile l'affermazione secondo cui la messa in dubbio della qualificazione giuridica di genocidio rispetto allo sterminio degli Armeni non costituisca

⁵²⁰ *Perincek c. Svizzera* [GC], § 228.

⁵²¹ Si sottolinea inoltre che secondo la ricostruzione della Corte i titolari di questi contro-interessi sono diversi: il popolo armeno, da una parte; le vittime dirette del genocidio, dall'altra.

⁵²² Si veda sul tema J. Sweeney, *The Elusive Right to Truth in Transitional Human Rights Jurisprudence*.

⁵²³ M. Pelissero, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*.

una lesione della dignità del gruppo.⁵²⁴ L'opinione secondo cui in tale circostanza non vi sarebbe alcuna lesione della dignità contrasta con la tesi, sostenuta in relazione alla *Shoah*, secondo cui l'essenza dell'evento risiede proprio nel riconoscimento del suo carattere genocidario. Tale elemento è caratterizzante della gravità del fatto. Ritengo, quindi, che sia da respingere un'argomentazione che assume la mancata violazione della dignità dal fatto che le affermazioni del ricorrente fossero rivolte alla qualificazione giuridica dei fatti.

Per quanto attiene l'ultimo *step* relativo al giudizio di proporzionalità tra la misura (la sanzione penale) e il fine perseguito, ovvero se la misura penale adottata sia proporzionata rispetto al fine di tutela dei diritti altrui, è necessario operare un giudizio di bilanciamento tra la protezione del diritto alla libertà di espressione e quello della dignità rispettivamente ricadenti nell'ambito di protezione degli articoli 10 e 8 della CEDU. La Corte compie tale giudizio richiamando diversi criteri: la natura delle dichiarazioni; il contesto; la gravità della lesione dei diritti degli Armeni; l'esistenza di un *consensus* tra le parti sulla misura penale; l'esistenza di un obbligo internazionale; il metodo utilizzato dalla giurisdizione interna per stabilire la condanna del ricorrente; la gravità della sanzione. Ma più di tutto, ciò che sembra essere chiave nella ponderazione degli interessi in gioco è la valutazione del contesto. In particolare, per la Cedu i fatti, la cui negazione giustifica la criminalizzazione, non sono selezionati in base al precedente criterio del "clearly established historical fact", ma in base a un legame diretto tra il fatto negato e la società in cui la condotta si inserisce sia a livello storico che geografico. Se lo stato decide di criminalizzare il negazionismo della *Shoah*, tale scelta potrebbe essere considerata la risposta ad un bisogno sociale impellente in paesi che hanno vissuto l'esperienza di quel genocidio, che sono quindi legati ad un passato di discriminazione nei confronti di quella minoranza, ma non in paesi lontani geograficamente dal luogo in cui si è verificato il tragico evento. La negazione di quell'evento allora non potrebbe quindi essere considerato in modo neutrale dalla società, in quanto invariabilmente legato all'ideologia antidemocratica e all'antisemitismo, che ha reso il genocidio possibile.⁵²⁵ Si tratta di un ragionamento teso a supportare il tentativo della Cedu di compiere un "distinguishing" tra la negazione dell'Olocausto e la negazione degli altri genocidi.

⁵²⁴ *Perincek c. Svizzera* [GC], § 156

⁵²⁵ *Perincek c. Svizzera* [GC], § 242, 243.

Per tornare al criterio geografico, la Corte ritiene che le affermazioni contro la minoranza armena rese in Svizzera non siano idonee a produrre effetti dannosi in Turchia.⁵²⁶ Inoltre, nell'applicare il concetto di proporzionalità, la Corte afferma che deve sussistere una connessione ragionevole tra mezzo e fine, cioè le misure adottate devono essere ragionevolmente idonee a perseguire il risultato. Tale criterio deve essere interpretato nel senso che eventuali misure preventive rispetto a fenomeni discriminatori devono essere applicate nel luogo in cui concretamente tali episodi possono verificarsi, in questo caso non vi sarebbe alcun nesso tra la misura adottata e il luogo in cui potenzialmente potrebbero verificarsi fenomeni discriminatori (la Turchia).

Anche il criterio temporale mi sembra essere poco convincente: il fatto che siano trascorsi molti anni dall'evento storico oggetto della negazione non può essere addotto come motivo per giustificare l'assenza di proporzionalità della misura. *A fortiori* questo ragionamento risulta poco solido se ammettiamo, come fa la Corte, che il bene giuridico protetto è la dignità di ogni membro dell'intera comunità, essendo il genocidio divenuto parte integrante dell'identità di quella minoranza, come è stato espressamente riconosciuto in relazione alla *Shoah* per il popolo ebraico.⁵²⁷ E dunque, al contrario, il decorrere del tempo dall'evento storico può essere anche invocato a favore, cioè per

⁵²⁶ Nell'opinione dissenziente i giudici Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis, e Kfiris affermano che vincolare la valutazione degli eventuali effetti al luogo in cui vengono rese le dichiarazioni non tiene conto dell'universalità dei diritti umani. A ciò va aggiunto il dato empirico che nell'era globale le idee possono essere velocemente condivise in tutto il mondo in tempo reale; quindi, il requisito dello spazio non mi sembra possa essere un criterio adatto a valutare l'adequatezza di una misura restrittiva della libertà di espressione. Ciononostante, non concordo con l'opinione di quanti ritengono che poiché la negazione di un genocidio è solo l'ultimo stadio dell'intero iter di realizzazione di un genocidio ed è quindi da considerarsi di gravità pari al genocidio stesso, allora dovrebbe applicarsi il principio di giurisdizione universale. Non si può, infatti, trascurare che i beni giuridici colpiti dalle due condotte - quella di genocidio e quella di negazione del genocidio - sono ben diversi, essendo in un'eventuale gerarchia dei diritti umani il diritto alla vita, superiore a quello leso dal negazionismo (reputazione, memoria collettiva). *Contra* si veda S. Nashalian, *A Critique of Perincek v. Switzerland: Incorporating an International and Historical Context is the More Prudent Approach to Genocide Denial Cases*, pp. 168, 169.

⁵²⁷ Si pensi ad altri genocidi o altri gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani: il caso delle sparizioni forzate, come emblema delle gravi violazioni dei diritti umani subite da parte dei regimi totalitari in America Latina, è un esempio di evento tragico, divenuto parte dell'identità di quei Paesi, tanto che non solo esistono legislazioni memoriali, ma anche norme penali che criminalizzano la negazione delle sparizioni forzate.

legittimare l'introduzione di queste leggi: il decorrere del tempo lascerebbe emergere, infatti, il bisogno di mantenere intatto il ricordo e la verità circa l'accadimento di un certo evento, sulla cui esistenza le vittime dirette non possono più testimoniare.

L'inadeguatezza di tale criterio può essere dimostrata *a contrario* dal riscontro che la severità della Corte di fronte a casi di negazionismo dell'Olocausto non è in realtà diminuita, come si vedrà nel paragrafo successivo. Una delle ragioni a favore della criminalizzazione potrebbe proprio essere ricondotta alla necessità di preservare una memoria collettiva, laddove vi sia un allontanamento temporale dagli eventi storici di riferimento.⁵²⁸ La validità di tale argomento potrebbe trovare supporto nella prassi: molti stati (tra cui l'Italia o l'Irlanda che sta approvando una legge al tempo di chi scrive) hanno introdotto una legge che criminalizza la condotta negazionista solo negli ultimi tempi. Per sintetizzare la Corte sta affermando che tanto più l'evento negato è lontano nel tempo e nello spazio rispetto alle dichiarazioni negazioniste, tanto meno la sanzione penale può risultare conforme al principio di proporzionalità rispetto al fine di tutela della dignità delle vittime.⁵²⁹

Insomma, trovo che l'invocazione del criterio temporale non sia un elemento dirimente nella determinazione del "se punire": la distanza-vicinanza temporale dal fatto storico resta un criterio ambivalente, potendosi presentare come argomento a favore o contro la necessità di un intervento del diritto, benché forse ritengo che il passare del tempo e il venir meno della testimonianza diretta di coloro che sono sopravvissuti supporti meglio un'argomentazione a favore di un eventuale intervento del diritto.

È chiaro che la fattispecie penale prevista dal Codice penale svizzero è formulata in modo piuttosto ampio, in quanto criminalizza un negazionismo semplice, ponendosi in contrasto con la Decisione quadro che invece prevede l'introduzione di una norma che criminalizzi il solo negazionismo qualificato, ovvero quello in grado di produrre tangibili conseguenze negative. Inoltre, ai fini di una valutazione del livello di severità della misura interna, la Corte prende in considerazione anche rimedi civili, che sarebbero meno

⁵²⁸ Si veda sul punto M. Castellaneta, *Il negazionismo tra abuso del diritto e limite alla libertà di espressione in una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, p. 313. In realtà l'autrice propende per un'interpretazione che va verso un innalzamento dello standard di tutela delle dichiarazioni negazioniste.

⁵²⁹ L. Daniele, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, p. 93.

invasivi e quindi maggiormente rispettosi del principio di proporzionalità previsto dalla CEDU. Viene, quindi, affermata la possibilità che negazionismo possa essere contrastato con i rimedi risarcitori previsti dal diritto civile per i danni causati alle vittime.⁵³⁰ Secondo questa impostazione, essendo i discendenti delle vittime titolari del diritto al riconoscimento di un fatto come genocidio, il mancato riconoscimento dello stesso costituirebbe una forma di diffamazione nei loro confronti, meritevole di risarcimento.⁵³¹

In sintesi, la Corte implicitamente adotta la tesi secondo cui il negazionismo può essere legittimamente punito solo nei casi di negazionismo dell'Olocausto perché presuntivamente e implicitamente legato all'antisemitismo sia a livello storico che culturale,⁵³² a prescindere dalla volontà di commettere il reato o dagli effetti che potenzialmente potrebbe causare la condotta.

Al contrario, andrebbe esclusa la compatibilità con la CEDU delle misure volte alla repressione penale delle affermazioni che negano altri genocidi e crimini contro l'umanità, specialmente nei casi in cui la condotta non costituisca una forma di incitamento all'odio e alla violenza.⁵³³ La Corte, affermando che il negazionismo dell'Olocausto contiene sempre l'elemento antisemita, compie una grave identificazione e sovrapposizione tra il semplice negazionismo della *Shoah* e discorso odioso. Abbiamo visto che il negazionismo, di qualsiasi tipo, non coincide sempre con la fattispecie di "hate speech" richiedendo quest'ultima un *quid pluris* – l'incitamento all'odio - non necessariamente presente. L'incitamento all'odio è un'espressione vaga che lascia ampio

⁵³⁰ Come sottolinea Cascione, ciò pone il problema di individuare i danni risarcibili, quali strumenti utilizzare per quantificarli, chi ha diritto al risarcimento. In realtà sarebbe possibile agire anche con sanzioni amministrative. Si veda C. M. Cascione, *Genocide denial and freedom of expression in the Perinçek Case: A European overruling or a new approach to negationism?*

⁵³¹ Il caso francese riguarda uno storico che aveva negato pubblicamente che lo sterminio degli armeni potesse qualificarsi come genocidio. La Corte di Appello di Parigi lo condanna al risarcimento dei danni, ordinandogli di pagare un franco, a titolo simbolico, all'Associazione rappresentativa del popolo armeno. TGI Paris, 21.6.1995, PA, 29.9.1995, no 117, 17

⁵³² Dunque, è come se in questi casi l'incitamento all'odio e all'intolleranza fosse presunto per via della natura e della finalità antisemita delle dichiarazioni.

⁵³³ Alcuni commentatori hanno interpretato questa pronuncia come la manifestazione di una sorta di schizofrenia della Corte in materia di gestione della memoria, per cui solo la negazione dell'Olocausto sfugge al paradigma della libertà di espressione. Si veda sul punto U. Belavusau, *Perinçek v. Switzerland: Between Freedom of Speech and Collective Dignity*. In particolare, viene considerato grave il fatto che la Corte ha trascurato l'ideologia anti-armena presente in Turchia.

marginale alla discrezionalità perché fa riferimento alla sfera dei sentimenti. La sentenza lascia intendere che l'intervento penale in materia di negazionismo non sarà sottratto allo scrutinio della Corte che valuterà se si tratta di forme di "hate speech", legittimamente censurabili.⁵³⁴ La tendenza ad attribuire rilevanza giuridica solo qualora costituisca una forma di negazionismo qualificato deve essere intesa nella prospettiva di un dialogo tra Corti: in particolare è chiaro il richiamo in tal senso alla giurisprudenza sopra esaminata della Corte costituzionale spagnola, ma anche alla decisione quadro del 2008.

C'è quindi in sostanza il rischio di un doppio standard di tutela - come ha evidenziato gran parte degli studiosi⁵³⁵ - che però può essere superato dalla riflessione sulla quale poggia la stessa differenziazione del grado di tutela stabilito dalla Corte. Il fatto che la *Shoah* sia così indissolubilmente legata alla storia e alla cultura giuridica europea, ma soprattutto alla nascita della stessa CEDU, offre una valida spiegazione, che certamente non assurge a scriminante, dell'inclinazione della Cedu a legittimare compressioni della libertà di espressione in materia di criminalizzazione della *Shoah*.⁵³⁶ Si tratterebbe, tuttavia, della promozione di una pericolosa funzione pedagogica del diritto penale simbolico.⁵³⁷

3.6.4 La Corte cambia orientamento e riconsidera l'applicazione dell'articolo 10 (2)

La Corte, discostandosi dal proprio orientamento generale in materia di forme di discorso estreme, aveva scelto di considerare le dichiarazioni negazioniste come una categoria distinta che godeva di un regime speciale, prima escludendole dalla protezione ricorrendo alla clausola di abuso del diritto, poi utilizzando l'abuso del diritto in chiave

⁵³⁴ P. Lobba, *Testing the "Uniqueness": Denial of the Holocaust vs Denial of Other Crimes before the European Court of Human Rights*, p. 16.

⁵³⁵ C. M. Cascione, *Genocide Denial and Freedom of Expression in the Perinçek Case: A European Overruling or a New Approach to Negationism*, p. 16.

⁵³⁶ Tale orientamento risolverebbe il giudizio di bilanciamento in questi ultimi casi - quando viene operato - sempre in favore di una prioritizzazione della dignità (onore e reputazione) e dell'ordine pubblico (anche nella dimensione più ampia della giustizia e pace sociale) sulla libertà di espressione.

⁵³⁷ C. Caruso, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del tribunale Costituzionale spagnolo*, p. 639.

ermeneutica. Tale orientamento rappresentava un'eccezione rispetto alla più generale tendenza della Cedu a garantire uno *standard* di tutela della libertà di espressione particolarmente intenso.

Sulla scorta di tali considerazioni è possibile comprendere il *revirement* volto ad offrire un vero e proprio giudizio di bilanciamento, nel rispetto del classico *test* a tre tappe di cui all'articolo 10(2), inaugurato nella sentenza *Handyside v. United Kingdom*⁵³⁸: legalità, perseguimento di uno scopo legittimo, necessità in una società democratica. Compie tale passo nella recente sentenza *Pastörs v Germany*,⁵³⁹ riguardante le affermazioni ad oggetto la negazione dell'Olocausto rese da un parlamentare durante un dibattito nel Parlamento del Land Meclemburgo-Pomerania Occidentale. La Corte decide di trattare la questione sotto l'articolo 10 e dichiara il ricorso inammissibile per manifesta infondatezza, riconoscendo l'eccezionale applicabilità dell'articolo 17, che utilizza per valutare la necessità dell'interferenza. Ciononostante, possiamo facilmente riscontrare una certa ambivalenza nel decidere sulle questioni di negazionismo (non c'è più l'inammissibilità diretta per incompatibilità *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione alla luce dell'articolo 17; ma si preferisce dichiarare l'inammissibilità per manifesta infondatezza attraverso l'utilizzo dell'articolo 10(2), supportato nell'interpretazione dall'articolo 17).

Infatti, la Corte spiega che l'articolo 17 è applicabile solo quando l'esercizio di tale diritto ha fini contrari ai valori della Convenzione, cioè se le dichiarazioni verbali o non verbali incitano all'odio o alla violenza; oppure quando qualcuno utilizza la protezione della Convenzione per compiere atti che ledono i diritti e le libertà degli individui.⁵⁴⁰ In ogni caso - ribadisce la Corte - nei casi di negazionismo, l'applicabilità dell'articolo 17 va valutata caso per caso, tenendo in considerazione le circostanze del caso concreto. E sono proprio le circostanze del caso a indurre la Corte a dichiarare che l'ingerenza determinata dalla legge tedesca è legittima perché risponde alla necessità di proteggere la dignità delle vittime:⁵⁴¹ a tale tesi è giunta al termine del giudizio di

⁵³⁸ *Handyside c. Regno Unito* [GC], (5493/72).

⁵³⁹ *Pastörs v Germany*, (55225/14).

⁵⁴⁰ *Pastörs v Germany*, §§ 36, 37.

⁵⁴¹ Sul bene giuridico della dignità sono numerose le sentenze da richiamare. Intanto, secondo la Corte le dichiarazioni negazioniste costituirebbero un attacco alla memoria delle vittime che lede la dignità individuale e collettiva. Su questo si veda, *Fatullayev c. Azerbaijan*, (40984/07) §§ 81, 98; *Fáber c.*

bilanciamento necessario in questo caso, in quanto, trattandosi di un discorso politico, lo *standard* di protezione della libertà di espressione è generalmente considerato molto alto.⁵⁴² Ad ogni modo, nel caso di specie, trattandosi di un paese che aveva sperimentato le atrocità del regime nazista, lo stato si presume abbia una responsabilità morale rispetto alle vittime delle atrocità commesse, e un intervento anche penale, di limitazione dei diritti fondamentali, è dunque giustificato se funzionale a proteggere la dignità degli ebrei. Insomma, la pronuncia sembrerebbe porre in risalto l'esigenza di proteggere lo spirito e il testo della Convenzione.⁵⁴³

Anche in un'altra decisione risalente sempre al 2019, *Williamson v Germany*⁵⁴⁴, la Corte ritiene il ricorso inammissibile per manifesta infondatezza. Il caso trae origine dalla condanna per incitamento all'odio resa nei confronti di un ecclesiastico che, durante un'intervista in Germania a un'emittente svedese, dichiarava che non c'erano prove che sei milioni di ebrei fossero stati deliberatamente uccisi su ordine di Hitler nelle camere a gas, negando, inoltre, espressamente l'esistenza delle stesse. Egli era stato condannato ai sensi dell'articolo 103(3) del Codice penale che punisce chi nega o banalizza la *Shoah*, pubblicamente o in assemblea, in modo idoneo a disturbare la quiete pubblica.

Il fatto che il ricorrente avesse utilizzato il diritto alla libertà di espressione per fini esterni a quelli previsti dalla Convenzione induce la Corte a ritenere l'interferenza necessaria per contrastare idee contrarie allo spirito e al testo della Convenzione. La Corte ribadisce che nel valutare la presenza di un bisogno sociale urgente ai sensi dell'articolo 10(2) bisogna sempre tenere in considerazione il contesto storico (in questo caso un paese che ha vissuto il Nazismo). Quindi tale decisione rende manifesta la propensione della Corte per un giudizio di compatibilità alla Convenzione che segua il triplice *test* previsto per valutare la conformità alla Convenzione dell'interferenza statale contestata.

In conclusione, convengo con chi afferma che l'applicazione dell'articolo 17 riflette un atteggiamento "deferenziale" della Corte rispetto alle normative interne, che rivela una sorta di "pluralismo militante", per cui al fine di proteggere un ordine pubblico

Ungheria, (40721/08) § 58; *Leroy c Francia*, (36109/03), §§ 27, 43; *Lehideux e Isorni c. Francia*, (24662/94) §§ 43, 55.

⁵⁴² Si veda in tal senso sia *Wingrove c. Regno Unito*, (17419/90) §58.

⁵⁴³ <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/pasto%cc%88rs-v-germany/>

⁵⁴⁴ *Williamson c. Germania* (64496/17).

“ideale” si ammettono anche forti restrizioni dei diritti costituzionalmente garantiti.⁵⁴⁵ Tuttavia, sebbene i risultati cui la Corte perviene a seguito del bilanciamento siano diversi, non si può fare a meno di riconoscere un innalzamento dello standard di tutela della libertà di espressione anche in materia negazionismo, persino dell'Olocausto.

3.7 Un tentativo di sistematizzazione

Da quanto esposto sinora, emerge un quadro legislativo e giurisprudenziale frammentato, che può essere interpretato come un mosaico, in cui ogni frammento ha un proprio disegno e allo stesso tempo è interdipendente dagli altri se si vuole dare una spiegazione corretta delle scelte giurisprudenziali. In effetti, alla base vi è l'esperienza della Seconda Guerra Mondiale e della deportazione degli ebrei comune ai vari paesi: questo passato rende il tema talmente sensibile, sia per il legislatore nazionale sia per quello europeo, da giustificare un arretramento della soglia di tutela persino rispetto a un diritto ben consolidato nella tradizione giuridica europea come quello alla libertà di espressione (sebbene non rivesta lo stesso valore che gli è attribuito dall'esperienza statunitense).

Dobbiamo, infatti, rilevare che alle scelte del legislatore e dei giudici fa da sfondo una Decisione Quadro europea molto importante, che - pur non avendo l'Unione Europea competenza autonoma in materia penale - impone un obbligo in capo agli stati membri di inserire una norma penale che punisca “l'apologia, la negazione, la minimizzazione di crimini internazionali, crimini contro l'umanità e genocidi definiti dall'articolo 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”. Dunque, gli elementi costitutivi della fattispecie sono: le tre tipologie di condotte; il contesto, che deve essere pubblico; il destinatario, che deve essere un gruppo definito per il tramite dei classici “ground” di discriminazione; la modalità

⁵⁴⁵ C. Caruso, *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, p. 973.

attuativa, che deve essere idonea a istigare alla violenza o all'odio contro un singolo o il gruppo.

Il fulcro della norma risiede nella soglia di severità richiesta: le condotte sono punite solo nella misura in cui esse raggiungano la soglia dell'istigazione alla violenza o all'odio. Con questa formulazione il legislatore europeo rinuncia a punire la condotta laddove non ci sia una connessione sufficientemente stretta tra la condotta e gli effetti esterni potenzialmente producibili. Non basta, quindi, la semplice negazione del fatto accertato. Nondimeno, l'ingerenza nell'autonomia statale è forte, così come la pressione esercitata sulle Corti superiori, che si trovano comunque vincolate a un'interpretazione che non contrasti con il diritto europeo, nel senso di non poter garantire un innalzamento dello *standard* di protezione del diritto alla libertà di espressione a scapito dell'efficacia di tale norma.

Sebbene, quindi, le pronunce delle varie corti sovranazionali vadano tutte verso la direzione tracciata a livello europeo, l'operazione ermeneutica da loro seguita varia e riflette la diversa gerarchia valoriale esistente all'interno del proprio ordinamento, nonché il panorama politico e il *background* storico su cui tale decisione si inserisce. In particolare, l'aspetto più complesso riguarda l'individuazione del bene giuridico protetto dalla norma che punisce il negazionismo.

Ad esempio, in Germania il negazionismo è stato ricondotto sotto diverse figure di reato, tra cui il c.d. "incitamento all'odio" previsto da § 130 ed il bene giuridico protetto è stato interpretato dalla Corte costituzionale federale come coincidente con la reputazione di un gruppo. In Francia, invece, secondo il Conseil constitutionnel, il bene giuridico protetto dalla norma che criminalizza il negazionismo coinciderebbe in via prioritaria con l'ordine pubblico, bene che, secondo questo organo, il discorso negazionista – da intendersi di per sé come una forma di incitamento al razzismo e all'antisemitismo – minaccia. Il Tribunale costituzionale spagnolo, invece, ha fatto riferimento a due beni giuridici diversi per legittimare la restrizione della libertà di espressione: la dignità e l'ordine pubblico.

Dunque, possiamo dire che le varie corti superiori nelle loro operazioni ermeneutiche fanno riferimento a criteri di giustificazione diversi, molto spesso ricorrendo anche a più criteri di giustificazione nella stessa sentenza.

Altro aspetto che richiede chiarezza e che ha causato un ampio dialogo sia in letteratura che in giurisprudenza (soprattutto quella francese e quella della Cedu) è quello relativo alla necessità di un riconoscimento giuridico del genocidio armeno affinché

L'area di punibilità della norma si estenda ad includere anche tale forma di negazionismo. La Cedu utilizza il criterio dei "fatti storici chiaramente stabiliti" per tracciare il confine tra ciò che è dentro e ciò che è fuori del diritto alla ricerca scientifica e che quindi può essere messo in discussione. Sul genocidio degli Armeni non ritiene sia stato raggiunto tale livello di certezza, e tale convinzione sembra implicitamente discendere dalla mancanza di un riconoscimento giuridico circa la qualificazione di genocidio da parte di un organo giurisdizionale. Lo stesso Conseil constitutionnel francese lascia intendere che la declaratoria di incostituzionalità del progetto di legge n. 878 del 2016 - che estendeva il negazionismo anche al genocidio degli armeni, qualora avesse raggiunto la soglia dell'incitamento all'odio - si sia fondata proprio sul mancato preventivo riconoscimento del crimine di genocidio da parte di un organo giurisdizionale sovranazionale.

Dunque, da un lato, assistiamo a una tendenza dell'Ue ad arretrare il confine di tutela della libertà di espressione per prevenire la formazione di un clima di odio all'interno della società, interferendo con l'autonomia statale, dall'altro, osserviamo la posizione di alcuni tribunali, come la Cedu e il Consiglio costituzionale francese, che vanno ancora più lontano in termini di restrizioni della libertà di espressione e ammettono la criminalizzazione della "semplice" negazione della *Shoah*, sulla base di un'implicita e rischiosa equiparazione del discorso che nega la *Shoah* con l'incitamento all'odio razziale. Tale posizione non appare condivisibile perché porta a snaturare la fattispecie di incitamento alla violenza e apre la strada ad un ampliamento della sua applicazione, con uno slittamento indietro verso condotte che non sono in realtà idonee a produrre effetti esterni potenzialmente dannosi.

Infatti, la semplice negazione non rientra nella nozione di "hate speech" – categoria di discorso in cui, invece, rientra l'incitamento all'odio - che abbiamo sopra identificato come ogni manifestazione di pensiero che «diffonde, incita, promuove o giustifica l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza, che includono: intolleranza espressa da aggressivo nazionalismo e etnocentrismo, discriminazione e ostilità contro minoranze, migranti e persone di origini straniera (immigrata)». In sintesi, si può dire che impiegare l'argomentazione che intende assimilare il negazionismo all'incitamento alla violenza non è altro che una *slippery slope*.

La valutazione circa lo stato di benessere della libertà di espressione a livello europeo non può comunque prescindere dalla più recente giurisprudenza della Cedu in materia che va verso una maggiore tutela della libertà di espressione, a cui si oppone

Capitolo 3

invece la legislazione degli stati membri UE con il recepimento della decisione-quadro del 2008.

4 Aspetti problematici della criminalizzazione del discorso negazionista

1. Introduzione. - 2. La questione del bene giuridico protetto (memoria e dignità, da un lato, sicurezza e democrazia, dall'altro). - 2.1. Perché punire. - 2.1.1. Bilanciamento tra ordine pubblico e libertà di espressione (nel reato di propaganda razzista). - 2.1.2. Bilanciamento tra dignità e libertà di espressione. - 2.1.3. Negazionismo e bilanciamento: un approccio speculativo. - 2.2. Quando punire (criteri di incriminazione). - 2.2.1. Il pericolo concreto e la propaganda discriminatoria. - 2.2.2. Il pericolo concreto e l'aggravante di negazionismo. - 3. Rapporto tra verità storica e verità giuridica. - 3.1. Premessa. - 3.2. Il giudice e lo storico. - 3.3. Verità, memoria, giustizia. Dal processo penale alla giustizia di transizione. - 4. Contrasto della fattispecie penale con i principi di offensività in materia di diritto penale. - 5. Questioni di politica del diritto ed efficacia della norma penale sotto il profilo preventivo. - 5.1. Premessa. - 5.2. Efficacia preventiva e in termini di costi benefici. - 5.3. Diritto penale e sentimento. - 5.5. Quali misure adottare? - 5.4.1- Il contro-parlato. - 5.4.2. Il “negazionismo di terza generazione” e il “content warning”.

4.1 Introduzione

Nel secondo capitolo ci siamo dedicati all'approfondimento delle *rationes* giustificative della libertà di espressione, con la correlata individuazione dei suoi limiti interni e dei limiti esterni – e cioè i contro-interessi potenzialmente idonei a limitarla. Questo approccio è servito a testare la resistenza del discorso negazionista di fronte ai valori di volta in volta considerati come legittimanti una sua possibile restrizione. Come abbiamo visto, una proibizione di tale tipo di discorso sarebbe priva di fondamento logico-giuridico unicamente nel caso in cui la giustificazione della libertà di espressione venga ravvisata nella ricerca della verità, secondo l'interpretazione di Mill. Potendo tale proibizione trovare, invece, secondo le altre *rationes*, un legittimo fondamento nella tutela di contro-interessi ritenuti potenzialmente prevalenti o prioritari in caso di conflitto.

Nel terzo capitolo ci siamo occupati, invece, di valutare come la giurisprudenza abbia reagito di fronte alla criminalizzazione del negazionismo. Abbiamo riscontrato l'assenza di una reazione omogenea: lo standard di tutela della libertà di espressione è stato ristretto o ampliato a seconda del contesto storico-culturale di riferimento.

Il seguente capitolo sarà dedicato a vagliare le principali problematiche che sono emerse nelle sentenze delle corti costituzionali interne e in quella della Cedu. Tali temi riguardano il giudizio di bilanciamento, che non può mai prescindere dall'individuazione degli interessi da bilanciare; ma anche il tormentato rapporto tra il giudice e lo storico (e in particolare quali sono le conseguenze e i rischi quando la verità storica viene "giuridificata"); i problemi relativi al rispetto dei principi costituzionali in materia penale in caso di formulazione di una fattispecie autonoma di negazionismo o di reato di istigazione o propaganda aggravate da negazionismo. Da ultimo, verranno valutati i risultati - in termini di efficacia preventiva della norma - derivanti dall'effettiva applicazione della stessa.

4.2 La questione del bene giuridico protetto (memoria e dignità, da un lato, sicurezza e democrazia, dall'altro)

Le corti superiori (nazionali o sovranazionali) nell'esercitare il giudizio di bilanciamento tra diritti confliggenti hanno tentato preliminarmente di identificare i beni in conflitto, e interpretare la scelta del legislatore rispetto al bene tutelato dalla norma. La giurisprudenza, come abbiamo visto nel caso *Perincek c. Svizzera*, ha prodotto un risultato disomogeneo: nella sentenza citata, per esempio, l'organo giudicante ha individuato nella norma penale nazionale che puniva il negazionismo la volontà del legislatore di proteggere al contempo diversi beni giuridici.⁵⁴⁶

⁵⁴⁶ Più nello specifico, nella sentenza *Perincek c. Svizzera*, la Cedu, nello stabilire quale fosse il bene protetto nel caso concreto dall'interferenza interna, individua come potenziali finalità sia la prevenzione dei disordini che la dignità della comunità armena, beni entrambi astrattamente idonei a legittimare l'interferenza statale, se lesi da una data condotta negazionista.

Dunque, in astratto la norma interna svizzera - oggetto del giudizio di convenzionalità - pur limitando la libertà di espressione, è stata considerata idonea a proteggere due beni giuridici dalla portata e dalle implicazioni giuridiche totalmente differenti: da una parte, la sicurezza e l'ordine pubblico⁵⁴⁷ che poggiano le loro fondamenta teoriche sul concetto di "democrazia militante", dall'altra, la dignità che ha come *ratio* la tutela dell'essenza più profonda della personalità umana e che è divenuta valore-simbolo della protezione delle minoranze discriminate. Il caso *Perincek* è utile a comprendere meglio che il dibattito su quale sia il bene giuridico protetto può essere suddiviso in questi due filoni argomentativi.

A livello teorico, l'orientamento che individua nella dignità il bene giuridico protetto, convive, infatti, con l'orientamento che intravede l'ordine pubblico come bene da proteggere. Tale dualismo si riscontra soprattutto in relazione alla criminalizzazione della negazione della *Shoah*, che nell'esperienza europea, è facilmente associabile ai due argomenti. Tuttavia, la giurisprudenza della Cedu - la cartina al tornasole dello stato di salute generale della libertà di espressione in Europa e dunque anche dei suoi limiti - riflette la tendenza a interpretare il negazionismo della *Shoah* soprattutto come minaccia di matrice autoritaria per l'ordine pubblico immateriale.⁵⁴⁸ In base a tale orientamento, le figure di reato create *ad hoc* per contrastare il negazionismo troverebbero una giustificazione comune nella necessità di contrastare il pericolo astratto che si venga a creare un clima di ostilità, un sentimento di odio nei confronti delle minoranze, tramite la diffusione di tali idee. Ma bisogna ancora ricordare che in altri casi il *vulnus* è stato rinvenuto anche nella dignità della minoranza offesa.

Scorrendo lungo queste due linee direttrici e assumendo come punto di vista non solo il negazionismo della *Shoah*, ma i cosiddetti "discorsi limite" in generale, avremo modo di constatare, in realtà, che l'ordine pubblico è stato da sempre invocato per legittimare qualsiasi forma di censura o di limitazione della libertà di espressione.

⁵⁴⁷ Sull'abuso del concetto di pubblica sicurezza in tema di legittimazione dell'intervento del diritto penale si veda più ampiamente Fiandaca, *Sul bene giuridico*, secondo il quale tale fenomeno ha contribuito ad un rafforzamento del diritto penale come strumento di rassicurazione simbolica, cui si lega una dilatazione del concetto stesso.

⁵⁴⁸ L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, p. 83.

Secondo questa impostazione, affinché la violazione dell'ordine pubblico si realizzi, è sufficiente che la parola risulti idonea a indurre al compimento di determinati reati.⁵⁴⁹

Al contrario, le problematiche relative al conflitto con la dignità sono state definite “di nuova emersione”⁵⁵⁰ e, come abbiamo detto sopra, tale valore è stato utilizzato come argomento a favore, ma anche contro.⁵⁵¹ Il problema centrale, relativo al richiamo alla dignità come contro-interesse, attiene all'individuazione del suo contenuto concettuale, che resta molto controverso.⁵⁵² A questo si aggiunge un altro fattore che ha contribuito alla difficoltà definitoria: il bene-dignità è stato spesso associato ad altri concetti giuridici, come per esempio la reputazione, l'identità, il principio di uguaglianza, ma anche la memoria storica fondante l'identità di un gruppo. Quindi la dignità assume un valore al contempo individuale e universale; inoltre, il suo connotato storicamente relazionale (si pensi al principio di pari dignità) rende il suo contenuto di difficile definizione.

⁵⁴⁹ A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa*, p. 110.

⁵⁵⁰ Pare opportuno evidenziare che la dignità è un “costrutto storico”, il cui contenuto muta con il cambiare del parametro etico e culturale. Inoltre, il suo carattere trasversale a tutti i settori dell'ordinamento determina un contenuto ancora più vago. Nel ricostruire le ragioni della “popolarità” del valore di dignità, Fiandaca propone due motivazioni: da un lato, la sua forte carica emozionale; dall'altra, la crescita di consenso attorno al concetto, all'aumentare dell'indeterminatezza del contenuto. Questa crescita di consenso non è, quindi, secondo l'autore, necessariamente da valutarsi in una prospettiva positiva, ma deve piuttosto essere considerata come una concausa all'interno del processo di progressivo svilimento del bene e, dunque, anche della sua scarsa efficacia in termini di legittimazione dell'intervento penale. G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consumo critico*, p. 79 ss.

⁵⁵¹ A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa*, p. 106. Infatti, la dignità può essere tanto invocata al fine di tutelare la libertà di esprimersi, sia come argomento a supporto del diritto a essere trattati come pari all'interno di una società democratica.

⁵⁵² Sulla vaghezza e sulla dimensione assiologica del concetto di dignità si veda A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*. La dignità è stata, infatti, identificata come clausola generale che si presta ad avere un contenuto che discende dalla gerarchia valoriale di volta in volta adottata. Alessandra Galluccio parla di “formula vuota” che si riempie di valori diversi a seconda del contesto di riferimento (p. 134). È il caso di sottolineare che queste critiche riflettono una problematica già individuata ampiamente da Giovanni Fiandaca. L'Autore spiega come questi scetticismi nei confronti di beni superindividuali (come può essere considerata appunto la dignità) sono sollevati in particolare dai penalisti di fede liberale che criticano tali beni perché sfuggenti e ad ampio spettro, dal carattere generale e astratto. Si veda G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consumo critico*, pp. 28, 29.

4.2.1 Perché punire

4.2.1.1 Bilanciamento tra ordine pubblico e libertà di espressione (nel reato di propaganda razzista)

Abbiamo avuto modo di osservare in precedenza che il fenomeno del negazionismo ha carattere principalmente parascientifico e che nella prassi non sempre risulta assorbito nella condotta di propaganda razzista. Le due condotte vanno considerate separatamente, tenendo in considerazione che il negazionismo, al ricorrere di determinate circostanze, può sovrapporsi alla fattispecie di propaganda. Ma, appunto, affinché questo si realizzi, devono sussistere ulteriori elementi propri della seconda condotta criminosa.

L'articolo 604bis del Codice penale italiano punisce “chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”. L'interpretazione di tale disposizione non è pacifica, specialmente per ciò che concerne la definizione di condotta propagandistica. La Corte costituzionale nel 1966 ha adottato un'interpretazione (poi richiamata dalla Corte suprema di cassazione) che ha incluso nella nozione di propaganda non solo l'elemento della diffusività, che consisterebbe in una condotta volta a divulgare informazioni, ma anche quello dell'invito a terzi a aderire alle idee diffuse.⁵⁵³ Si tratterebbe, secondo questo orientamento, di un'azione tesa ad influire sulla psicologia altrui e che deve, quindi, essere idonea a raccogliere consensi intorno all'idea promossa.

Lo schema che seguiremo, in assenza di una cospicua giurisprudenza di legittimità in materia di negazionismo, sarà quello di individuare quali sono stati i criteri di incriminazione utilizzati dalla Corte di cassazione in materia di reati di propaganda razzista e incitamento ad atti discriminatori. Queste, lo ricordiamo, sono la fattispecie base cui si applica la circostanza aggravante del negazionismo, intesa come specifica manifestazione del discorso d'odio.⁵⁵⁴

⁵⁵³ Corte costituzionale sent. n. 87 del 1966.

⁵⁵⁴ Come si dirà in seguito, va specificato che essendo un fattore aggravante c'è un ulteriore bene giuridico che viene considerato meritevole di tutela. Si tratta, a ben vedere, di un bene la cui identificazione non è pacifica in letteratura, ben potendosi trattare al contempo di verità storica, memoria collettiva, dignità, ordine pubblico. Sul punto si veda A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa*, p. 355.

Preliminarmente occorre, però, chiarire che la propaganda razzista rientra tra i reati di pericolo.⁵⁵⁵ Si tratta, quindi, di individuare il bene tutelato e il criterio di incriminazione utilizzato per bilanciare la libertà di espressione e il contro-interesse che legittima la restrizione del diritto fondamentale. Prenderemo come punti di partenza casi-limite, nei quali la Corte si è dimostrata oscillante rispetto al criterio di incriminazione da applicare.

Sul piano legislativo, il delitto di propaganda discriminatoria e istigazione a commettere atti discriminatori si inserisce all'interno del capo riservato ai delitti contro la libertà individuale e, più specificatamente, nella Sezione I bis "Dei delitti contro l'uguaglianza".

L'introduzione di questi reati all'interno della sezione dedicata ai delitti che ledono il principio di uguaglianza va letta nella prospettiva del diritto internazionale pattizio - la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (d'ora in avanti Convenzione di New York)⁵⁵⁶ ratificata dall'Italia - che introduceva l'obbligo di inserire questa normativa proprio a tutela del principio di uguaglianza e di non discriminazione.

Occorre qui sottolineare che a differenza di quanto suggerisce il testo introdotto dal legislatore, che ha inserito questi reati nella Sezione I bis preposta alla tutela dei delitti contro l'uguaglianza, giurisprudenza e dottrina hanno invece ravvisato il bene giuridico tutelato dalla norma nella protezione dell'ordine pubblico. La ragione di tale posizione viene rintracciata nello stretto legame che sussisterebbe tra l'articolo 604bis che punisce propaganda, istigazione e associazione e il lessico utilizzato nel Titolo V del Codice penale dedicato proprio ai delitti contro l'ordine pubblico.⁵⁵⁷

L'ordine pubblico, il cosiddetto *Öffentliche Ordnung*, è entrato nell'ordinamento penale come bene giuridico oggetto di autonoma tutela, che la giurisprudenza costituzionale ha qualificato come bene meritevole di protezione perché strumentale alla tutela dell'ordinamento democratico.⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ Alcuni autori ritengono, perciò, che per i reati aventi tale struttura il principio di offensività sia soddisfatto allorché sussista il rischio di un'effettiva lesione del bene giuridico protetto.

⁵⁵⁶ Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, entrata in vigore il 4 gennaio 1969.

⁵⁵⁷ G. Puglisi, *La parola acuminata*, p. 1331.

⁵⁵⁸ Corte cost. 8 marzo 1962, sent. n. 19.

Innanzitutto, occorre premettere che non vi è uniformità a livello dottrinale sull'interpretazione da attribuire al concetto di ordine pubblico. Autorevoli studiosi⁵⁵⁹ hanno tentato di riprendere e chiarire la distinzione tra ordine pubblico materiale e ideale: l'ordine pubblico sarebbe, infatti, un concetto "composito" che, nel primo senso, va inteso come tranquillità pubblica, "riferito ai compiti originari di polizia e di sicurezza interna propri dello 'Stato-persona'",⁵⁶⁰ mentre nel secondo senso dovrebbe essere inteso come insieme organico di determinati valori e principi imputabili allo 'stato-ordinamento' e che sono oggetto di protezione.⁵⁶¹

Dopo questi brevi cenni in merito al contenuto dell'ordine pubblico, ritorniamo al rapporto nascosto tra questo bene e l'articolo 604bis. Se oggi sembra ormai pacifico, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità,⁵⁶² che l'ordine pubblico sia tutelato dal delitto di propaganda razzista - nella sua qualità di reato plurioffensivo - solo in via secondaria rispetto al bene della pari dignità (dignità e uguaglianza), quando è stata introdotta la legge 654/1975 (Legge Mancino) che recepiva la Convenzione di New York era ben diversa la relazione con l'ordine pubblico, che veniva considerata stretta.⁵⁶³

⁵⁵⁹ V. Grevi, *Garanzie costituzionali, ordine pubblico e repressione della delinquenza*. Sulla stessa distinzione riposano altri autorevoli commentatori quali Fiandaca-Musco. Non possono, però, essere tralasciate le opinioni di quanti, al contrario, problematizzano questa netta differenziazione e soprattutto la loro rispettiva ed esclusiva utilizzazione in settori diversi dell'ordinamento. Sulle problematiche connesse rispetto alla differenziazione e definizione di ordine pubblico materiale e normativo si veda G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, p. 25 ss.

⁵⁶⁰ Per una definizione di ordine pubblico materiale si può anche richiamare la giurisprudenza. Si veda per esempio, Trib. Verona sent. n. 2203/2004 in cui il concetto viene richiamato in senso stretto con riferimento unicamente al "buon assetto e regolare andamento del vivere civile", rispetto quindi al mantenimento della "pace pubblica".

⁵⁶¹ V. Grevi, *Garanzie costituzionali, ordine pubblico e repressione della delinquenza*, p. 345. Va sottolineato che l'Autore individua un rapporto di natura strumentale tra questi due aspetti, poiché l'ordine pubblico materiale è uno strumento posto a tutela dell'ordine pubblico ideale. La sussistenza di questo rapporto di strumentalità si espleta in un obbligo della polizia di tutelare quei principi e valori incarnati dalla Costituzione, che al contempo costituiscono un limite, una garanzia rispetto all'attuazione delle regole di prevenzione e repressione.

⁵⁶² Non mancano comunque pronunce in materia (Trib. Verona sent. n. 2203/2004) che continuano a sottolineare la rilevanza di tale bene giuridico.

⁵⁶³ G. Pavich, A. Bonomi, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, p. 31.

Secondo alcuni autori, la normativa attuativa della Convenzione di New York aveva come sfondo l'ordine pubblico in senso oggettivo, in quanto l'istigatore veniva punito principalmente per il clima di abrasione dei principi democratici che produceva, a nulla rilevando la dimensione personalistica.⁵⁶⁴ In altre parole, un certo orientamento dottrinale era dell'opinione che la normativa antirazzista svolgesse le funzioni di tutela dell'ordine pubblico ideale.⁵⁶⁵ Tale tesi trova riscontro in via ermeneutica anche nella giurisprudenza della corte di legittimità.⁵⁶⁶

4.2.1.2 Bilanciamento tra dignità e libertà di espressione

Le considerazioni finora svolte vanno però poste in relazione con una certa evoluzione della giurisprudenza di legittimità che ha tentato di recidere il legame consolidato con l'ordine pubblico,⁵⁶⁷ come fonte di legittimazione della limitazione della libera manifestazione del pensiero, in favore della protezione della dignità umana (*Menschenwürdigkeit*).⁵⁶⁸ La dignità sarebbe, quindi, utilizzata come “posta” del giudizio di bilanciamento ancorato agli articoli 2 e 3 della Costituzione.⁵⁶⁹ Tale nuova tendenza si

⁵⁶⁴ L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, p. 197.

⁵⁶⁵ In questo senso può dirsi che all'epoca l'ordinamento italiano era organico e uniforme rispetto a quello tedesco che prevede il reato di incitamento all'odio come preposto alla tutela dell'ordine pubblico (§ 166 Codice penale tedesco).

⁵⁶⁶ A titolo esemplificativo, rispetto al divieto di attività razziste, possiamo richiamare diverse sentenze della Corte di Cassazione. Nella prima, risalente al 1993 (Cass. pen., 29 ottobre 1993 n. 3791, in *Riv. Pen.* 1994, 900 ss), nel tessere le fila del rapporto tra legge Scelba⁵⁶⁶ che punisce il reato di apologia del fascismo (dunque esclusivamente preposta alla tutela dell'ordine pubblico e dei valori democratici) e la legge Mancino, che recepisce la Convenzione di New York, viene affermato che: “La lettera e la *ratio* delle due leggi s'identificano [...]. Ciò che si vuole impedire è che ideologie contenenti il germe della sopraffazione od enunciazioni filosofico-politico-sociali (quali il primato delle razze superiori, la purezza della razza) conducano a discriminazioni aberranti col pericolo che ne derivi odio, violenza, persecuzione”.⁵⁶⁶ Dello stesso avviso in merito all'identità di *ratio* tra l'apologia di fascismo e propaganda razzista è la sentenza del 2001 (Cass. pen., 28 febbraio 2001, in *Foro It.* 2001, II, 457 ss.).

⁵⁶⁷ Da molti autori il richiamo a questo bene è stato criticato perché incapace di esprimere alcun interesse concreto, suscettibile di una lesione empiricamente verificabile. Sul punto si veda L. Picotti, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, p. 1967.

⁵⁶⁸ L. Picotti, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, p. 1968.

⁵⁶⁹ L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, p. 242.

rinviene in un orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia di propaganda razzista, il quale, pur definendo il reato *de quo* come plurioffensivo, afferma che l'ordine pubblico è un bene tutelato solo in via indiretta. Il rischio di una tale impostazione è che l'interprete attribuisca alla dignità il peso di un "meta-principio", che si pone nel punto più alto della gerarchia assiologica dell'interprete, rendendo inoperante o comunque ineffettivo il giudizio di bilanciamento.

L'individuazione della dignità come bene giuridico protetto è però l'esito di una lunga discussione anche sul piano dottrinale: l'opinione maggioritaria ritiene infatti che, con l'introduzione della legge Mancino, la finalità della norma sia cambiata, determinando un definitivo superamento della precedente e più ambigua impostazione. In primo luogo, ci pare opportuno evidenziare che con tale riforma vengono estesi i "ground", ovvero le motivazioni della discriminazione da parte del soggetto agente, alle quali viene aggiunta anche quella relativa alla sfera religiosa, con un conseguente ampliamento dell'intervento repressivo anche in tale direzione. La nuova formulazione del reato di propaganda discriminatoria e razzista viene interpretata, in questa ottica, come preposta alla tutela del bene giuridico della persona umana. Tale tesi troverebbe supporto nell'esclusione di qualsiasi riferimento al rischio che si generi un clima di ostilità tale da turbare la tranquillità sociale.⁵⁷⁰ Questa ricostruzione ermeneutica in chiave personalistica confermerebbe che il bene giuridico tutelato risiede nella pari dignità, come confermato da una certa giurisprudenza di legittimità.

Il valore della dignità viene principalmente inteso come diritto a non subire discriminazioni razziali (non solo in riferimento al singolo individuo direttamente coinvolto, ma all'intera etnia o gruppo di appartenenza), in base al combinato disposto degli articoli 3 e 2 della Costituzione. Il bene dignità viene richiamato come bene giuridico tutelato dal reato di propaganda discriminatoria nella sentenza n. 37581/2008 (Mereu) riguardante la diffusione per mezzo di alcuni siti *web* di invettive nei confronti del popolo ebraico: secondo la Corte di cassazione la compressione del diritto alla libertà di espressione può avvenire, in base alla teoria dei limiti impliciti accolta dai giudici, qualora gli individui siano trattati in modo discriminatorio sulla base della razza, sì da violare il principio di pari dignità che accomuna gli esseri viventi.

⁵⁷⁰ Ivi, p. 204 ss.

La successiva sentenza n. 47894/2012,⁵⁷¹ sempre in materia di propaganda razzista, riguardava le dichiarazioni rese da un consigliere comunale durante una seduta, con le quali aveva manifestato - con toni sprezzanti e poco consoni alla sua funzione - la sua contrarietà rispetto alla generalizzata attitudine delle popolazioni Rom e Sinti a non mandare i figli a scuola e aveva, perciò, proposto di sottrarre i bambini di queste etnie alle loro famiglie. Ancora una volta la Suprema Corte attribuisce prevalenza al bene-dignità. Tuttavia, il ragionamento si fa più articolato perché la Corte si sofferma sul criterio di incriminazione, ovvero tenta di rispondere all'implicita domanda "quando punire". Nel rispondere a tale quesito la corte di legittimità distingue tra discriminazione "per l'altrui diversità" e discriminazione "per l'altrui comportamento".

La Corte dichiara che, anche laddove si faccia riferimento a prassi comportamentali e attitudini criminogene, queste risultano discriminatorie, e quindi censurabili, se non trovano riscontro nella realtà dei fatti, e cioè in mancanza di riferimenti a casi specifici. Di conseguenza, la condotta *de quo*, esprimendo un pensiero di avversione generalizzata, produceva un effetto discriminatorio nei confronti dell'intera etnia Rom ed era perciò da qualificarsi come propaganda razzista, lesiva della dignità dell'intero gruppo. La lesione prodotta dalla propaganda razzista si configurerebbe quindi come una sorta di offesa alla reputazione di un gruppo, in quanto rivolta in maniera indiscriminata a tutti i suoi membri, senza trovare riscontro in prassi comportamentali empiricamente verificabili.

Vi è poi un'altra sentenza, la n. 36906 del 2015,⁵⁷² che merita di essere qui analizzata e che va nella stessa direzione. La vicenda trae origine dalla distribuzione di volantini con la scritta "Basta usurai – Basta stranieri" in bella evidenza, insieme all'immagine di un'Italia "assediate da soggetti di colore dediti allo spaccio di stupefacenti, da un Abramo Lincoln attorniato da dollari, da un cinese produttore di merce scadente, da una donna Rom – pronta a depredare una donna italiana – e da un soggetto musulmano, con una cintura formata da candelotti di dinamite". Tale sentenza ha il merito di circoscrivere la nozione di dignità e, di conserva, quella di propaganda razzista. A partire dall'identificazione del bene giuridico protetto nella dignità, vengono riconosciuti come soggetti passivi, potenzialmente lesi dalla condotta, sia le persone specificatamente individuate o individuabili nelle manifestazioni verbali sia l'intero gruppo etnico, in

⁵⁷¹ Cass. pen., 22 novembre 2012, n. 47894, G.E., in *Cass. pen.* 2012.

⁵⁷² Cass. pen., 14 settembre 2015, n. 36906.

maniera indifferenziata. Assumere la dignità a bene giuridico da tutelare determina un ampliamento dei confini del reato di propaganda razzista che include tanto le aggressioni verbali a sfondo razzistico individuali, quanto quelle rivolte all'intera collettività, sotto forma di diffamazione di gruppo.⁵⁷³

Nella sentenza n. 32862/2019,⁵⁷⁴ riguardante un parlamentare europeo che, nel corso di un'intervista ad un programma radiofonico (noto per i suoi toni dissacranti), si era lasciato andare ad esternazioni di dileggio e disprezzo nei confronti di alcuni esponenti della comunità Rom e Sinti e contro le stesse comunità nel loro insieme, viene ribadita la centralità del valore della pari dignità nel giudizio di bilanciamento.

Anche la sentenza della Suprema Corte n. 1602/2020⁵⁷⁵ riflette sulle stesse questioni ermeneutiche: la vicenda trae origine dall'esposizione da parte dei due ricorrenti di un manifesto collocato su un camion pubblicitario di proprietà di uno dei due ricorrenti. Il manifesto ritraeva un uomo di pelle scura, accusato di aver commesso un triplice omicidio, con accanto una ghigliottina e una scritta che riportava il seguente messaggio: "*clandestino uccide tre italiani a picconate-pena di morte subito*". Anche in questo caso è il bene della dignità a svolgere la funzione di contro-interesse alla libertà di manifestazione del pensiero.⁵⁷⁶

In sintesi, possiamo dire che se la dignità viene costantemente riconosciuta come valore tutelato dal reato di propaganda razzista, tuttavia dall'analisi dei singoli casi emerge che, a determinare un giudizio di bilanciamento in favore di un bene o dell'altro, non è un'astratta e aprioristica adesione o appiattimento al meta-valore della pari dignità,⁵⁷⁷ quanto piuttosto una valutazione caso per caso secondo criteri diversi, che analizzeremo qui di seguito.

⁵⁷³ C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico* pp. 156-157.

⁵⁷⁴ Cass. pen. 7 maggio 2019, *Foro it.*, 2019, II, 549.

⁵⁷⁵ Cass. pen. 24 gennaio 2020 n. 1602.

⁵⁷⁶ In realtà, il richiamo alla dignità ha valore unicamente ornamentale, perché, non risultando accertata la concreta idoneità della condotta a generare comportamenti discriminatori, nel giudizio di bilanciamento tale valore non risulta messo in pericolo.

⁵⁷⁷ Come ha opportunamente sottolineato Alessandra Galluccio, quando richiamiamo il bene dignità si fa comunque riferimento a un macro-bene giuridico a carattere normativo-ideale, proprio come il bene sicurezza/ordine pubblico. A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa*, p. 366.

4.2.1.3 Negazionismo e bilanciamento: un approccio speculativo

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, si pongono le seguenti questioni rispetto al negazionismo e al negazionismo come aggravante. Occorre, cioè, chiarire qual è l'interesse che viene protetto e che giustifica, in sede di determinazione del *quantum* di pena, un suo aumento. Occorre premettere che le nostre valutazioni saranno, in assenza di una giurisprudenza italiana in materia, prive di carattere descrittivo e prescrittivo. Le osservazioni che seguiranno, quindi, avranno l'obiettivo di offrire una bussola all'interprete rispetto all'applicazione del fattore aggravante di negazionismo, così come incorporato nell'ordinamento interno.

Per prima cosa, va affermato che il fattore aggravante interviene sul piano sanzionatorio, laddove siano stati preliminarmente integrati gli elementi essenziali della fattispecie-base su cui, come abbiamo detto, la circostanza aggravante si innesta. Dunque, l'aggravante introdotta con la legge 115/2016 troverà applicazione laddove la propaganda e l'istigazione all'odio razziale si innestino in tutto o in parte sulla negazione di quei determinati fatti storici (tra cui Olocausto e altri crimini internazionali riconosciuti dallo statuto della Corte penale internazionale). In tali ipotesi, dunque, i beni giuridici protetti sono due, la dignità, che abbiamo riscontrato essere il bene di prioritaria protezione, e un ulteriore bene, la cui lesione giustifica l'aggravamento di pena.

Il dibattito su quale sia il bene protetto è aperto. Alcuni hanno ritenuto che tale aggravante avesse come finalità la protezione dell'ordine pubblico;⁵⁷⁸ altri, hanno individuato il bene tutelato dalla norma nella memoria dell'Olocausto, in quanto elemento che salda e fortifica il "patto etico" che sostiene la società democratica e promuove i valori su cui è fondata.⁵⁷⁹ La maggior parte degli studiosi è concorde sul fatto che tale

⁵⁷⁸ Vi è, infatti, chi ritiene che il bene giuridico tutelato vada individuato nell'ordine pubblico, nell'ottica quindi di una tutela delle istituzioni democratiche. Si veda in tal senso G. Insolera, *Tempo, memoria e diritto penale, quale memoria per quale diritto penale?*, p. 7. A questa posizione si avvicina quella di Balbi, il quale ritiene problematico identificare il bene giuridico con la dignità del popolo ebraico perché risulta troppo astratto ed eccessivamente volatile, oltreché riduttivo, in quanto trascurerebbe la stretta connessione tra il genocidio degli ebrei e la nascita dello stato costituzionale di diritto.

⁵⁷⁹ C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, p. 242. È ovvio che tale discorso non vale nel caso in cui, come in Italia, l'aggravante non punisce unicamente il negazionismo dell'Olocausto.

aggravante sia stata posta a tutela della dignità.⁵⁸⁰ Si tratterebbe della dignità propria del gruppo vittima di quel crimine negato, poiché quell'evento storico in tutta la sua tragicità avrebbe contribuito a formarne l'identità. Ma il bene dignità può essere inteso non solo nella sua dimensione identitaria, bensì anche nella sua dimensione universale, se intendiamo la negazione della sofferenza delle vittime come offesa alla dignità di ogni essere umano,⁵⁸¹ nella sua capacità di soffrire.

Quest'ultima posizione, per quanto affascinante, sembra tuttavia talmente evanescente da risentire di un *deficit* di determinatezza, come ha riscontrato una parte degli studiosi.⁵⁸² Inoltre, un bene giuridico così costruito creerebbe seri dubbi in merito al rispetto del principio di offensività, poiché l'offesa al bene protetto non sarebbe accertabile dall'interprete. Circoscrivere, invece, il bene giuridico alla dignità delle vittime di quei fatti storici negati permetterebbe anche di valutare meglio l'effettiva offesa, nei limiti delle difficoltà di accertamento propria dei reati di opinione.

⁵⁸⁰ 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*, p. 263 ss.; D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, p. 325 ss.; v. i rilievi critici di G. Balbi, *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, p. 29 ss. Contraria a tale tesi è la posizione di M. Donini, *Negazionismo e protezione della memoria. L'eredità dell'Olocausto e la sua sfida per l'etica pubblica e il diritto penale*, pp. 11, 12. Secondo l'autore la dignità dovrebbe restare fuori dall'oggetto specifico della norma penale, dovendosi individuare come bene protetto il principio di non discriminazione, anche in ragione del fatto che questo sarebbe il bene tutelato dalla fattispecie-base. Ancora, c'è chi afferma che l'intervento penale non sarebbe in alcun modo giustificato, in assenza di un bene giuridico legittimamente tutelabile: ne consegue, secondo questa impostazione, che l'incriminazione va spiegata in un'ottica securitaria. Si veda sul punto G. Balbi, *Il negazionismo tra falso storico e post-modernità*.

⁵⁸¹ 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*, p. 40.

⁵⁸² S. De Flammineis, *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": Offensività della condotta e valori in campo*, p. 4.

4.2.2 Quando punire (criteri di incriminazione)

4.2.2.1 Il pericolo concreto e la propaganda discriminatoria

Il secondo quesito a cui si vuole tentare di dare risposta è in quali circostanze si ritiene necessario l'intervento dell'apparato punitivo. Questo è decisamente l'aspetto più problematico perché la scelta del criterio di incriminazione influisce sullo *standard* di tutela che viene garantito alla libertà di espressione.

Il punto di partenza sarà quello della qualificazione, cioè dell'identificazione della natura del reato di propaganda razzista; il punto di approdo sarà quello di valutare, quale criterio sia più opportuno utilizzare ai fini dell'applicazione dell'aggravante di negazionismo.

È pacifico tanto in letteratura⁵⁸³ quanto in giurisprudenza⁵⁸⁴ che il reato di propaganda razzista vada inquadrato come reato di pericolo; ciò significa che il modello di incriminazione previsto per tali reati impone un forte arretramento della soglia della tutela, che coincide con la semplice messa in pericolo del bene sopra individuato. I reati di pericolo, dunque, sono strutturati in generale per tutelare interessi considerati, nella gerarchia assiologica del legislatore, in una posizione di particolare rilievo.

Quando l'interprete si trova di fronte a un caso limite, cioè a un caso dalla risoluzione incerta, in cui si palesa una tensione o un conflitto tra diritti fondamentali, diverse possono essere le soluzioni. Nel caso della propaganda discriminatoria il bene protetto viene individuato dalla giurisprudenza maggioritaria nella dignità.

Una possibile via d'uscita rispetto all'onere del bilanciamento - che evita quindi l'operazione stessa - è rappresentata dalla teoria che prevede una gerarchia tra principi costituzionali. Secondo tale teoria, la fisionomia del bene dignità e la sua posizione all'interno di un ordine assiologico predeterminato - che vede tale bene in cima alla scala valoriale - precluderebbero al giudice qualsiasi giudizio di bilanciamento. In altre parole,

⁵⁸³ A. Trappolini, *Propaganda politica e discriminazione razziale: i paletti della Suprema Corte* http://www.iurisprudenzia.it/public/sentenze/635880650016822188_Discriminazione%20razziale.pdf.

⁵⁸⁴ La differenza rispetto ai reati di danno risiede nel differente grado di impatto lesivo sul bene protetto richiesto dalla legge. Occorre però sottolineare, riprendendo l'osservazione di Fiandaca, che tale distinzione sfuma con il crescere dell'intangibilità e consistenza del bene protetto. Sul punto si veda G. Fiandaca, *Sul bene giuridico*, p. 42. È il caso per l'appunto del bene dignità.

in base a quest'impostazione, derivante dalla teoria sull'ordine oggettivo dei valori di matrice tedesca, il contenuto del diritto sarebbe in grado di escludere il suo bilanciamento con altri valori.⁵⁸⁵

A impedire il bilanciamento vi è l'impiego della tecnica argomentativa della "categorizzazione" di derivazione americana, che consiste nell'individuare *ex ante* e in astratto i limiti impliciti di ciascun diritto, ovvero il campo di applicazione dello stesso.

Ma, nonostante la teorizzazione di modelli argomentativi che tentano di rifuggire il conflitto, la prassi in materia di propaganda discriminatoria ci dimostra come, specialmente nei casi-limite (ovvero quelli di dubbia risoluzione), il conflitto sia tutt'altro che apparente. È allora che l'interprete fa ricorso a criteri di incriminazione nel tentativo di risolverlo attraverso un giudizio di bilanciamento.

In realtà, quando l'interprete afferma di compiere un bilanciamento attraverso l'utilizzo del criterio del pericolo astratto si sta implicitamente sottraendo da un effettivo bilanciamento. Ad una più attenta osservazione, infatti, il criterio del pericolo astratto (rispetto all'insorgere di un clima di ostilità nei confronti delle minoranze) rappresenterebbe una preclusione all'effettivo svolgimento di un giudizio di bilanciamento, una sorta di pseudo-bilanciamento che rivela una preferenza per una concezione "oggettiva" della dignità.⁵⁸⁶ L'interprete sta di fatto riconoscendo che il discorso razzista rientra nella categoria dei discorsi proibiti, considerato punibile perché lesivo in via presuntiva della dignità,⁵⁸⁷ e applica così un ordine gerarchico astratto, che rivela le proprie preferenze ideologiche.⁵⁸⁸ In altre parole, sta di fatto sottraendosi all'onere del bilanciamento tramite il ricorso alla strategia argomentativa della categorizzazione.

Laddove, invece, il bene dignità non venga considerato aprioristicamente prevalente sul piano gerarchico oppure non siano stati predeterminati in termini astratti i limiti del diritto alla libertà di espressione, allora l'interprete può effettuare una valutazione circa la sussistenza di un pericolo concreto per la lesione del bene protetto.

⁵⁸⁵ G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, p. 13 ss.

⁵⁸⁶ A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, p. 54. L'autore fa riferimento al caso Tosi in cui il Tribunale di Verona afferma che la dignità è un diritto che preesiste alla costituzione.

⁵⁸⁷ Ivi, p. 59.

⁵⁸⁸ C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, p. 133.

Tale tecnica di incriminazione tenta di misurare, facendo riferimento a una serie di fattori che variano a seconda del caso concreto- il grado di distanza, o meglio la vicinanza in termini di causalità, tra la condotta posta in essere e l'effettiva realizzazione della lesione del bene protetto.

In altre parole, tale criterio impone di valutare se vi sia l'idoneità concreta della condotta a produrre comportamenti discriminatori, alla luce di determinati elementi che indichino con un sufficiente grado di certezza gli effetti che in concreto potrebbero prodursi. Qualificare una parola come "pericolosa" significa considerarla idonea a produrre comportamenti discriminatori⁵⁸⁹ e l'utilizzo di una tale qualificazione implica l'accertamento circa la sussistenza di un rischio concreto e attuale che comportamenti violenti o discriminatori trovino supporto nella condotta propagandistica dell'agente, tenuto conto anche del contesto in cui questa si realizza e di una serie di altri elementi, che sono stati con il tempo catalogati dalla giurisprudenza.⁵⁹⁰

Ma nell'attingere alla giurisprudenza italiana in materia di propaganda scopriamo che possiamo ricostruire altri criteri.⁵⁹¹ Si può infatti rilevare un altro orientamento giurisprudenziale, come si vedrà meglio qui di seguito, in base al quale l'incriminazione avviene attraverso una valutazione del contenuto. Più specificatamente, tale criterio di bilanciamento si fonda su un test, dotato di duplice fondamento: aderenza alla realtà delle dichiarazioni, forma espressiva utilizzata (con ciò si intenderebbe il tono dell'espressione, l'aggressività intrinseca del messaggio). Si tratta di un criterio di bilanciamento ispirato al modello creato per contemperare diritto di critica e libertà di espressione e che una parte dei commentatori ha definito "content-based",⁵⁹² perché fa riferimento al tenore letterale delle manifestazioni.⁵⁹³

⁵⁸⁹ La china su cui si muove tale argomentazione è scivolosa, in quanto finisce per configurare il reato di propaganda come un mero "doppione" del reato di istigazione, rendendo le due fattispecie praticamente sovrapponibili. Tra tutti si veda la posizione di A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, p. 123.

⁵⁹⁰ Il criterio del pericolo concreto è di derivazione angloamericana, in quanto ispirato al "clear and present danger" test (inteso come pericolo chiaro ed imminente di lesione di un interesse pubblico essenziale) ed è stato definito "effect-based", poiché misura il rischio in base agli effetti concretamente idonei a prodursi.

⁵⁹¹ Si veda la ricostruzione proposta da Alessandro Tesauro.

⁵⁹² A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, p. 101.

⁵⁹³ A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa*, p. 418.

In effetti, scegliere un certo modello di bilanciamento rileva nella misura in cui rappresenta il parametro di riferimento per determinare il punto in cui si stabilisce il raggiungimento di un equilibrio tra i due valori confliggenti (nel nostro caso da un capo avremo la libertà di espressione, dall'altro, la dignità). Inoltre, occorre evidenziare che il criterio di giudizio privilegiato non è mai neutrale sul piano ideologico, perché nell'individuare tale punto necessariamente si tende ad anteporre un diritto all'altro.

La prima sentenza che riportiamo ad esempio riguarda l'intervento di un consigliere comunale durante una seduta consiliare che conteneva affermazioni discriminatorie ai danni della comunità Rom e Sinti.⁵⁹⁴ Qui risulta abbastanza chiaro come la corte decida di privilegiare il criterio "content based", nel far riferimento al contenuto delle dichiarazioni, e in particolare nell'attribuire alle stesse una mancata aderenza alla realtà fattuale (si trattava di offese che non erano rivolte ai singoli membri della comunità e che mancavano del riferimento a casi specifici). Ciò giustifica una limitazione della libertà di espressione, dovuta alla lesione della dignità dei destinatari del messaggio di odio.

Al contrario, nella sentenza che abbiamo sopra richiamato, avente ad oggetto la diffusione di volantini in occasione di una campagna elettorale,⁵⁹⁵ si richiama il criterio del pericolo concreto, affermando il principio secondo cui il giudice deve caso per caso valutare se la condotta costituisca reato, facendo riferimento al rischio concreto che si producano comportamenti discriminatori e a condizione che siano tenute in conto anche le caratteristiche intrinseche del messaggio e il contesto in cui questo viene diffuso. La corte conclude che nel caso di specie il diritto alla libertà di espressione deve considerarsi prevalente. Si tratta di un esempio di bilanciamento ibrido, a metà strada tra quello che si fonda sugli effetti della condotta e quello che fa riferimento al contenuto del messaggio.

Una valutazione simile, ma con esito diverso, sembra trovare applicazione nel caso Borghezio.⁵⁹⁶ Il contesto viene preso come parametro per valutare la concreta pericolosità che si verificano comportamenti discriminatori. Nonostante l'ampio richiamo alla giurisprudenza Cedu come coadiuvante argomentativo, sembra in realtà che ancorare il criterio del pericolo concreto al contesto, piuttosto che ad altri elementi (come il contenuto delle dichiarazioni), non risulti idoneo ad accertare il rischio di

⁵⁹⁴ Cass. 22 novembre 2012, n. 47894, G.E., in *Cass. pen.* 2012

⁵⁹⁵ Cass. 23 giugno 2015, n. 36906, Salmé, in *Cass. pen.*, 2016, 1000.

⁵⁹⁶ Cass. 7 maggio 2019, Borghezio, *Foro it.*, 2019, II, 549.

comportamenti discriminatori. A ben vedere, pare che il riconoscimento da parte del giudice di legittimità della violazione del principio di “pari dignità” non sia il risultato di un’effettiva operazione di bilanciamento, ma discenda dall’applicazione mal celata di una prognosi di pericolo astratto.⁵⁹⁷

Le accese dichiarazioni rese in un programma radiofonico, pur ricalcando stereotipi denigratori nei confronti di determinati membri del gruppo e dell’intera etnia Rom, non sembrano di per sé idonee a generare comportamenti discriminatori e, del resto, la prognosi di idoneità delle parole a trasformarsi in azioni non pare sia supportata da argomenti convincenti. L’approdo verso il pericolo astratto pare, perciò, essere motivato, come ha sottolineato una parte degli studiosi, proprio dall’impossibilità di accertare l’idoneità e la potenzialità lesiva di una condotta,⁵⁹⁸ ovvero dall’impossibilità di effettuare un giudizio prognostico - circa il verificarsi di un evento - che sia dotato di un sufficiente grado di certezza.

La sentenza della Suprema Corte n. 1602/2020 richiede una riflessione ancora diversa: la vicenda trae origine dall’esposizione da parte dei due ricorrenti di un manifesto collocato su un camion pubblicitario di proprietà di uno dei due ricorrenti. Il manifesto ritraeva un uomo di pelle scura, accusato di aver commesso un triplice omicidio, con accanto una ghigliottina e una scritta che riportava il seguente messaggio: “*clandestino uccide tre italiani a picconate-pena di morte subito*”. In tal caso la sentenza di condanna in appello viene annullata dalla Suprema Corte proprio perché secondo la stessa era stato applicato un modello di bilanciamento basato non sulla pericolosità in concreto, ma sulla pericolosità presunta: questo esito rivela, ancora una volta, l’inadeguatezza di tale modello argomentativo nella sua concreta utilizzazione da parte dei giudici di merito. L’impressione è che sia arbitrario per i giudici scegliere a quali parametri ancorare la valutazione della pericolosità in concreto, rendendo del tutto insondabile e incontrollabile la scelta da parte dei giudici di legittimità: in altre parole, gli ampi margini di discrezionalità del giudice di merito rendono impossibile un controllo successivo.⁵⁹⁹

Non possiamo astenerci dal riconoscere il fallimento del criterio del pericolo concreto, non solo per la sua imprevedibilità, ma anche per la sua apertura alla gerarchia assiologica dell’interprete.

⁵⁹⁷ A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa*, p. 364.

⁵⁹⁸ Ivi, p. 394.

⁵⁹⁹ C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, p. 248.

La configurazione del reato secondo il criterio del pericolo astratto avrebbe il vantaggio di sottrarre parte della discrezionalità al giudice di merito che, in tal caso, si troverebbe nella posizione di dover unicamente sussumere dalla fattispecie concreta gli elementi previamente individuati nella fattispecie astratta. Tuttavia, dato un ineliminabile grado di imprevedibilità circa le fattispecie che possono concretamente realizzarsi, risulta ardua per l'organo incaricato la tipizzazione *ex ante* dei connotati delle fattispecie generalmente idonee a determinare un pericolo. Ne consegue che un certo margine di discrezionalità in capo all'interprete del caso di specie è ineliminabile.⁶⁰⁰

4.2.2.2 Il pericolo concreto e l'aggravante di negazionismo

È interessante notare come, nonostante le problematiche relative all'applicazione del criterio del pericolo concreto, il legislatore abbia previsto, ai fini dell'applicabilità della circostanza aggravante, l'accertamento del concreto pericolo di diffusione di idee discriminatorie che si fondano sul negazionismo. Il tenore letterale di una disposizione così formulata sembra lasciare poco spazio all'interpretazione e alla discrezionalità dell'organo giudicante che sarà vincolato a valutare la concreta pericolosità che si diffondano idee fondate sul negazionismo. Dunque, sarà necessario valutare il concreto pericolo che la propaganda e l'istigazione o l'incitamento, fondati sul negazionismo o la minimizzazione o sull'apologia di determinati crimini, trovino una certa diffusione. A ben vedere, tale formulazione crea un'incongruenza rispetto al reato-base, in quanto questa disposizione ridefinisce gli *standard* di punibilità: tale disposizione richiede esplicitamente, come modalità attuativa della condotta, la concreta pericolosità di diffusione, laddove invece lo stesso criterio non è richiesto per l'accertamento del reato base.

In altre parole, se nei casi di propaganda discriminatoria almeno una parte della giurisprudenza ha ritenuto necessario provare la concreta pericolosità delle esternazioni razziste, per l'applicazione dell'aggravante si potrebbe dire che sia necessario dimostrare il pericolo che le idee trovino adesione - oltre all'elemento della concreta pericolosità rispetto a comportamenti discriminatori richiesto dalla giurisprudenza. La previsione del requisito del concreto pericolo di diffusione può, come riconosciuto da una parte degli studiosi, essere considerato un semplice richiamo al criterio elaborato in via

⁶⁰⁰ In tal senso, Tesauro, Visconti.

giurisprudenziale ai fini dell'applicazione dell'articolo 604bis codice penale.⁶⁰¹ In realtà, la scelta del legislatore di adottare la clausola del “concreto pericolo di diffusione” con riferimento alla circostanza aggravante non pare inappropriata, se pensiamo che nell'applicazione della fattispecie-base, invece, la giurisprudenza è più propensa a accertare la pericolosità in concreto di comportamenti discriminatori piuttosto che limitarsi a una prognosi di pericolosità in concreto circa la sola diffusione delle idee discriminatorie.

4.3 Contrasto della fattispecie penale con i principi di offensività in materia di diritto penale

Abbiamo già accennato alle problematiche relative al rispetto del principio di offensività, dovute alla fisionomia (impalpabile) del bene individuato come oggetto di tutela, ovvero la dignità. Tale principio impone che la condotta produca un'offesa- intesa come lesione o come messa in pericolo - per il bene giuridico tutelato. Il principio di offensività, secondo la Corte costituzionale ha due profili: esso si configura in astratto nella misura in cui la fattispecie legale deve essere formulata in modo che il comportamento possa risultare offensivo per il bene tutelato, in concreto nella misura in cui il giudice deve valutare se sia stata raggiunta la soglia di offensività richiesta.

Dobbiamo innanzi tutto circoscrivere le problematiche relative al rispetto del principio di offensività in relazione al bene giuridico-dignità, e alla accezione che intendiamo conferirgli. Il bene in esame andrebbe identificato con l'identità del gruppo e dei singoli appartenenti al gruppo, lesa dal mancato riconoscimento della storia delle vittime e dei loro discendenti.⁶⁰² Si tratterebbe, secondo questa interpretazione, della memoria non come bene giuridico autonomo ma come elemento costitutivo dell'identità, a sua volta integrata nel bene dignità, del gruppo e dei singoli appartenenti al gruppo.

⁶⁰¹ G. Puglisi, *A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, p. 34.

⁶⁰² A. Cavaliere, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, p. 1007.

Tale impostazione contrasta con quella che vede il negazionismo come lesione dell'onore e della reputazione individuale. Una parte degli studiosi si è opposta a questo orientamento affermando che l'offesa alla negazione della vittimizzazione non costituirebbe un'offesa alla reputazione e di conseguenza difficilmente potrebbe essere concepita come un'offesa penalmente rilevante. L'inadeguatezza rispetto all'idoneità del negazionismo a costituire una lesione per l'onore risiede nella distinzione che sussiste tra il negare "*l'offesa a una persona*" e il negare "*il valore di una persona*".⁶⁰³

Vi è poi la questione dei soggetti a cui è rivolta l'offesa, consistente nella negazione della vittimizzazione: i destinatari dell'offesa non sono le vittime nella loro dimensione individuale ma nella loro qualità di soggetti appartenenti a una collettività, a un gruppo che ha vissuto l'evento e che si sente offeso nella sensibilità e nel ricordo. Dunque, se da un lato, riconosciamo una dimensione collettiva del gruppo *target* del genocidio, dall'altra anche la dimensione individuale assume rilievo nella misura in cui la negazione costituisce un'offesa all'onore o alla reputazione dei sopravvissuti. Il rischio è che rendendo più ampio l'oggetto della negazione l'offesa, se intesa come rivolta a un gruppo di persone, diventi più impalpabile e dunque mini il rispetto del principio di offensività. Il rispetto dell'offensività in concreto resta comunque un elemento problematico, ad avviso di chi scrive, in quanto la conformità è difficilmente verificabile nei casi in cui il bene dignità sia inteso in una dimensione astratta o comunque collettiva.

Una volta circoscritto il contenuto del bene dignità, occorre distinguere, da una parte, il piano dei rapporti tra principio di offensività in astratto e negazionismo "semplice", e, dall'altra, principio di offensività in astratto e negazionismo "qualificato". Occorrerà poi introdurre un'ulteriore distinzione, che si incrocia con la prima, tra negazionismo della *Shoah* e altri tipi di negazionismi (per quanto alla stregua dell'ordinamento italiano questa distinzione risulta inutile, data la sostanziale parificazione tra le diverse forme di negazionismo).

Per quanto riguarda il negazionismo "semplice", ovvero la negazione priva di tinte antisemitiche, il rispetto del principio di offensività è scontato, in quanto non si ritiene che la condotta produca un danno così severo da raggiungere la soglia richiesta per limitare la libertà di espressione secondo il principio del danno. Al contrario, se ammettiamo (come sembra implicitamente fare il legislatore italiano) che il negazionismo

⁶⁰³ Ibidem.

vada punito laddove costituisca una forma di propaganda lesiva della dignità delle minoranze discriminate, la questione, rispetto al principio di offensività, atterrà all'accertamento dell'effettiva lesione della dignità della persona offesa in sede di applicazione dell'aggravante: dunque, l'accertamento del concreto pericolo di diffusione (in grado di determinare un convincimento e un'adesione altrui alle idee discriminatorie),⁶⁰⁴ non arriva ad indicare con sufficiente precisione il grado di prossimità richiesto tra la causa e l'evento congetturato come possibile. Insomma, il parametro del concreto pericolo di diffusione è piuttosto vago, rende piuttosto basse le effettive *chances* di accertamento, limitandosi a richiedere che la condotta sia in una certa misura pubblica. Se in astratto il principio di offensività è soddisfatto, in quanto la condotta risulta potenzialmente lesiva della dignità, in concreto il giudice dovrà verificare la lesione del bene giuridico protetto (è sufficiente la sua messa in pericolo) e che vi sia concreto pericolo di diffusione. L'obbligo di questa duplice verifica garantirebbe una maggiore aderenza della condotta punibile al principio offensività.

Come messo in luce da una parte della letteratura,⁶⁰⁵ l'aspetto più critico risiede proprio nella scelta dei criteri da adottare per asseverare il nesso tra la manifestazione del pensiero e l'adesione all'opinione espressa; tale scelta ricade su parametri di probabilità logica, o meglio su leggi sociali di copertura a base statistica.⁶⁰⁶

Abbiamo, inoltre, già avuto modo di costatare come l'inadeguatezza del criterio, emersa dalla sua applicazione ai casi concreti, abbia suscitato altre perplessità sul rispetto del principio di determinatezza⁶⁰⁷ in materia penale, stante la vaghezza e l'assenza di chiarezza circa il contenuto del criterio dell'idoneità. Quindi tale aspetto rende la norma carente anche sotto il profilo della tassatività, che richiederebbe una formulazione della legge rigorosa che elimini, o quantomeno riduca, la discrezionalità interpretativa del giudice.

⁶⁰⁴ S. De Flammineis, *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": Offensività della condotta e valori in campo*, p. 5.

⁶⁰⁵ A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa*, p. 378.

⁶⁰⁶ L. Risicato, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, p. 75.

⁶⁰⁷ A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa*, p. 381.

4.4 Rapporto tra verità storica e verità giuridica

4.4.1 Premessa

Tra storia e diritto non esiste una rigida separazione, ma, come la criminalizzazione del negazionismo dimostra, si possono trovare in stretta connessione e talvolta la “fluidità” dei loro confini può generare un cortocircuito. Possiamo, pertanto, definire il rapporto tra storia e diritto come avente natura “bidirezionale” in quanto implica, da una parte, l’influenza della storia sul diritto; dall’altra, l’influenza del diritto sulla storia. In relazione a questo secondo aspetto, l’esperienza ci mostra, infatti, che spesso i giudici utilizzano la storia per supportare le loro argomentazioni e che, allo stesso tempo, i giudici si sono improvvisati storici e hanno preteso di surrogare l’attività dello storico nel tentativo di accertare determinati fatti legati all’oggetto del giudizio.⁶⁰⁸

Per meglio comprendere l’influenza che il diritto esercita sulla storia, possiamo prendere a caso paradigmatico Norimberga. Si tratta di un classico esempio in cui il giudice accerta la storia facendo scaturire conseguenze giuridiche da tale accertamento.⁶⁰⁹ Il processo di Norimberga rappresenta in tal senso il simbolo di un mutamento di paradigma per la storiografia.⁶¹⁰ In questa sede si realizza, infatti, una prima trasformazione del rapporto tra storiografia e diritto, tra verità storica e verità giuridica, in particolare, sotto lo specifico profilo dell’utilizzo da parte della storiografia dei documenti raccolti ai fini del processo, instauratosi per la condanna dei responsabili del genocidio degli ebrei durante la Seconda Guerra Mondiale.⁶¹¹

⁶⁰⁸ G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Judicial Truth and Historical Truth: The Case of the Ardeatine Caves Massacre*, p. 846.

⁶⁰⁹ G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *La storia giuridificata*, p. 15.

⁶¹⁰ Ivi, p. 23. Gli autori riscontrano che tale evento storico coincide con una crescita nell’uso pubblico della storia: ciò determina una maggiore attenzione della diligenza professionale e alle modalità della ricerca storica e la conseguente predisposizione/formalizzazione di un insieme di regole che disciplinano la ricerca storiografica.

⁶¹¹ Inizialmente, infatti, gli unici elementi probatori per la ricostruzione storica dei fatti sono proprio gli archivi del Tribunale di Norimberga: ad esempio, alla base degli studi di Raul Hilberg ci sono proprio questi volumi raccolti durante il processo. Sul punto si veda A. Wiewiorka, *Justice, histoire et*

È proprio per la mole di documenti storici raccolti che il processo di Norimberga è stato considerato come il primo esempio di “tribunalizzazione della storia”.⁶¹² Con tale espressione si vuole indicare non solo l’ingresso della storia nei processi e la sua definizione da parte dei giudici,⁶¹³ ma anche l’influenza che tali fattori esercitano sulla scrittura e l’interpretazione della storia dentro e fuori dai tribunali. È interessante notare, infatti, che quando la storia viene cristallizzata in una decisione, l’interpretazione che di una vicenda viene data finisce per vincolare le decisioni di altri tribunali in cui è implicato il medesimo contesto storico. Si pensi al contenzioso di natura civile e penale legato all’attentato di via Rasella e alla strage delle Fosse Ardeatine: in tali casi, secondo Giorgio Resta e Vincenzo Zeno-Zencovich, le corti si sono riferite a fatti storici così come ricostruiti nei precedenti processi e li hanno utilizzati come base per ulteriori indagini.⁶¹⁴ Sempre in relazione a fatti della Seconda Guerra Mondiale emerge lo stesso intreccio in una pronuncia⁶¹⁵ con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto delle vittime dei crimini di guerra e contro l’umanità, perpetrati sul territorio dello Stato italiano, ad ottenere il risarcimento del danno dallo Stato tedesco. La rilevanza di tale sentenza risiede nel fatto che, in conflitto con quanto stabilito dalla Corte Internazionale di Giustizia,⁶¹⁶ consente ai tribunali di condannare al risarcimento dei danni uno Stato estero, che abbia commesso crimini di guerra o contro l’umanità, senza che lo Stato possa avvalersi del principio dell’immunità civile per *acta iure imperii*, principio che non può operare di fronte a gravi violazioni dei diritti umani.

Il caso rileva sotto il profilo esaminato in quanto le questioni storiche relative alla vicenda giudiziaria in esame fanno da fondamento e da sfondo all’iter logico-giuridico seguito dalla Corte. Tali questioni rappresentano la valvola di ingresso della storia nel

mémoire. De Nuremberg à Jérusalem, pp. 62, 63; A. Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, p. 193.

⁶¹² A. Melloni, *Per una storia della tribunalizzazione della storia*, p. 30.

⁶¹³ Si pensi, ad esempio, ad alcune importanti sentenze della Corte Edu, come *Janowiec e altri c. Russia* e *Varnava e altri c. Turchia*, in cui la Corte ha accertato e ricostruito fatti storici determinanti ai fini del riconoscimento e dell’attribuzione della responsabilità statale per la violazione di diritti umani, quale il diritto alla vita e quello a non subire trattamenti inumani o degradanti.

⁶¹⁴ G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Judicial Truth and Historical Truth: The Case of the Ardeatine Caves Massacre*, p. 881.

⁶¹⁵ Corte cost. 22 ottobre 2014, sent. n. 238.

⁶¹⁶ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, ICJ Reports, 3 febbraio 2012.

campo del diritto, per il tramite della loro qualificazione giuridica come crimini contro l'umanità e genocidi, e prima ancora, sotto il profilo etico-giuridico, come lesione del principio di dignità umana. In altre parole, tali tragici eventi richiamano quel nucleo essenziale di valori che sono stati umiliati durante la Seconda Guerra Mondiale.⁶¹⁷ Tale sentenza ha, quindi, un importante valore simbolico, anche perché porta con sé la memoria di sofferenze lontane, legate a lesioni profonde dei diritti fondamentali dell'uomo, che non possono essere soggette né a prescrizioni né a immunità.

Quando parliamo dell'interazione complessa tra storia e diritto dobbiamo in realtà introdurre alcune distinzioni preliminari. Innanzitutto, occorre premettere che il giudizio sulla storia è cosa ben diversa dal giudizio sulla storiografia: solo nel primo caso i mestieri del giudice e dello storico si sovrappongono, determinando la cosiddetta "giuridificazione della storia", vale a dire la tendenza a rendere "giustiziabili" avvenimenti storici;⁶¹⁸ nel secondo caso parliamo sul piano teorico di un processo epistemico definito come "giuridificazione del discorso sulla storia", ovvero di quell'inclinazione a disciplinare attraverso norme giuridiche il rapporto con il passato.⁶¹⁹ Si tratta più specificatamente di un sindacato giudiziale sull'interpretazione e sulla ricostruzione dei fatti: tale sindacato viene esercitato dal giudice nel momento in cui, ad esempio, è chiamato a valutare se sia stato negato o meno un evento riconosciuto come vero dalla storiografia ufficiale.

In tali casi, nonostante il giudice sia chiamato a considerare una data interpretazione dei fatti, dovrebbe astenersi da una valutazione sul contenuto della ricostruzione e giudicare attraverso un controllo da riferirsi unicamente alla metodologia utilizzata.⁶²⁰ Ma la possibilità di un'intromissione del giudice nei fatti trattati dallo storico resta,⁶²¹ specialmente per ciò che concerne l'interferenza di regole legislative con quelle

⁶¹⁷ F. Rimoli, *Il diritto, la storia, la memoria. La Corte costituzionale e i crimini nazisti come paradigma dell'irredimibile*, p. 6.

⁶¹⁸ Tale tendenza si sostanzia nel chiamare lo storico è chiamato a svolgere la funzione di consulente del giudice o testimone della Pubblica Accusa. Ne è un esempio il ruolo svolto dallo storico Evans nel processo *Irving c. Penguin Books e Lipstadt*. Sul punto si veda M. Borrello, *Sul Giudizio. Verità storica e verità giudiziaria*, p. 246 ss.

⁶¹⁹ G. Resta, *Le ferite della storia e il diritto privato riparatore*, p. 419.

⁶²⁰ G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Judicial Truth and Historical Truth: The Case of the Ardeatine Caves Massacre*, p.885.

⁶²¹ Si pensi al lavoro di ricostruzione svolto dal giudice Charles Grey nel caso *Irving v Lipstadt*. Anche se è vero che non si trattava di un caso di reato di negazionismo, l'affermazione di tesi negazioniste

della ricerca storica. Alla fonte della giuridificazione del discorso sulla storia troviamo disposizioni normative che tentano di veicolare un certo significato legato a un determinato evento storico, come le leggi memoriali o quelle che proibiscono la negazione di determinati fatti storici.⁶²²

Alla problematica dell'interferenza è logicamente connessa la questione relativa a chi dei due si trovi in una posizione gerarchicamente superiore, cioè chi dei due sia nella posizione di vincolare l'altro.⁶²³ Come si evita il rischio che il giudice nel decidere sulla corretta ricostruzione data dalla storiografia su un determinato fatto storico non vada a limitare la libertà di ricerca storica e precluda che su determinati fatti il dibattito scientifico prosegua?

La questione della gerarchia tra storia e diritto si presenta poi, non solo in relazione all'accertamento del fatto, ma anche in relazione alla qualificazione del fatto stesso, cioè chi tra il giudice e lo storico sia deputato a qualificare un fatto in base a una stessa categoria giuridica (per esempio il genocidio), sia pure sotto angolazioni prospettive e statuti disciplinari differenti.

Altrimenti detto, il cortocircuito tra storia e diritto e la conseguente problematica circa la gerarchizzazione tra verità storica e giuridica possono verificarsi nelle seguenti circostanze: quando, ad esempio, ci si trova a dover valutare una condotta negazionista che nega un fatto non ancor accertato dalla comunità scientifica, su cui cioè non è stata ancora condivisa una ricostruzione del fatto da parte della stessa (in tal caso la sovrapposizione con il mestiere dello storico è chiara) o, al contrario, quando i fatti sono stati accertati dagli storici, ma non è ancora intervenuta una pronuncia del giudice che li

ha comunque imposto al giudice di compiere un'ampia ricostruzione storica, tanto che si è parlato di un vero processo alla storia. Il giudice Grey si è avvalso in larga parte della ricostruzione dei fatti fornita da un perito, lo storico Arthur Evans, che si è appunto preoccupato di valutare la fondatezza delle affermazioni di Irving, attingendo direttamente alle fonti storiche. La sua ricostruzione si è dimostrata fondamentale ai fini del giudizio finale e si è rilevata centrale ai fini di un'analisi critica dei fatti.

⁶²² R. D'Orazio, *La memoria doverosa. L'esperienza francese delle Lois Mémoires*, p. 412.

⁶²³ Un tema ancora differente, che non verrà analizzato in tale sede, riguarda poi l'uso pubblico delle verità giuridiche, ovvero l'impatto che le ricostruzioni storiche contenute nelle sentenze hanno sulla collettività (e sulla sua identità) ma anche, e in particolare modo, sul discorso mediatico. Sul punto si veda G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Judicial Truth and Historical Truth: The Case of the Ardeatine Caves Massacre*, p. 882.

abbia qualificati giuridicamente⁶²⁴ (si pensi al genocidio armeno, sulla cui qualificazione giuridica non vi è accordo completo tra gli storici).

4.4.2 Il giudice e lo storico

Un modo per provare a distinguere tra verità storica e verità giuridica è quello di analizzare i compiti e le funzioni dei soggetti incaricati di accertare un fatto come verità storica o giuridica, e cioè lo storico e il giudice.

Molti autorevoli studiosi - fra tutti Piero Calamandrei - hanno evidenziato le affinità metodologiche esistenti tra il mestiere del giudice e quello dello storico,⁶²⁵ specialmente per ciò che concerne la posizione di terzietà e neutralità che, sebbene in momenti diversi, questi devono assumere, così come la pretesa oggettività con cui devono osservare la realtà e formulare un giudizio. Entrambi, inoltre, devono trarre informazioni attingendo a documenti e a testimonianze,⁶²⁶ al fine di proporre una possibile ricostruzione dei fatti attraverso l'utilizzo del metodo induttivo.⁶²⁷ Come sottolinea Piero Calamandrei, rispetto all'accertamento del fatto i metodi di indagine del giudice e dello storico sono gli stessi. Allo stesso tempo, sebbene le prospettive e il campo di indagine siano diversi (potenzialmente illimitato, quello dello storico, ristretto alla domanda delle parti o all'accertamento di responsabilità personale, invece, quello del giudice), alcuni autori sottolineano come sia nel processo che nella ricerca storica la verità emerga sul modello della "dialettica socratica", intesa come contraddittorio o confronto tra le differenti versioni e ricostruzioni.⁶²⁸

Il lavoro del giudice si interseca con quello dello storico soprattutto nel processo penale. In tale sede attraverso l'accertamento probatorio il primo è incaricato di ricostruire un fatto passato, che poi viene cristallizzato nella decisione. La decisione, così,

⁶²⁴ D. Brunelli, *Attorno alla punizione di negazionismo*, p. 991.

⁶²⁵ G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Judicial Truth and Historical Truth: The Case of the Ardeatine Caves Massacre*, p. 884.

⁶²⁶ P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, p. 107. Pare opportuno sottolineare però che mentre per il raggiungimento della verità storica lo storico ricorre maggiormente alla prova documentale, il giudice fa riferimento piuttosto alla prova dichiarativa.

⁶²⁷ C. Caruso, *Memoria, verità, pena. È ancora il tempo della libertà di espressione?* p. 167.

⁶²⁸ F. Hulak, *Le tribunal de l'histoire? Vérité historique et vérité judiciaire*.

diventa deposito di memoria storica.⁶²⁹ Tale elemento è ancor più preponderante nella giurisprudenza della Corte penale internazionale, ma soprattutto nei contesti di giustizia transizionale, in cui l'intersezione tra verità storica e giuridica, memoria, giustizia è inscindibile.

Le differenze tra lo storico e il giudice riguardano sia il metodo sia le tecniche impiegate.⁶³⁰ Pare *in primis* opportuno sottolineare che la verità storica è considerata raggiunta quando più elementi probatori convergono verso la medesima ipotesi di ricostruzione dei fatti; il giudice nel processo penale, invece, riconosce un fatto come accertato quando rispetto al suo accadimento viene raggiunto un certo *standard* di certezza probatorio, che nell'ordinamento italiano coincide con il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio.⁶³¹ L'adozione di tale criterio implica che l'imputato debba essere assolto in caso di insufficienza o contraddittorietà della prova.

Inoltre, mentre la verità storica è dinamica e ogni fatto può essere continuamente oggetto di ricerca (una data ipotesi viene ritenuta vera fino a quando nuovi elementi non lasceranno propendere per una diversa ricostruzione), la verità giuridica, una volta che la sentenza sia passata in giudicato e ricevuto così "il suggello di autenticità e definitività", non può più essere modificata e assume quindi un carattere statico e stabile, al fine di soddisfare un obiettivo di certezza. Ma la differenza non è soltanto in termini di vincolatività del risultato, ma anche di procedimento e di forma: è il rispetto della forma e delle regole a cui è vincolato il giudice che determina e garantisce il raggiungimento di

⁶²⁹ G. Insolera, *Tempo, memoria e diritto penale*, p. 3.

⁶³⁰ Si veda più ampiamente G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Judicial Truth and Historical Truth: The Case of the Ardeatine Caves Massacre*, p. 84.

⁶³¹ È evidente che lo *standard* probatorio richiesto ai fini del raggiungimento della certezza circa l'accadimento del fatto è ben diverso: un fatto è certo a livello storico quando questo è adeguatamente supportato da una convergenza di prove e indizi ed un fatto può essere accolto come verità storica nonostante sussistano alcuni elementi che risultano incoerenti con l'intera ipotesi ricostruttiva. Occorre, però, aggiungere che specialmente negli ultimi decenni, anche il metodo della ricerca storica ha subito una sorta di formalizzazione proprio al fine di garantire maggiore autenticità e attendibilità dei risultati raggiunti dalla ricerca storiografica. La principale critica che si muove all'introduzione di questi nuovi canoni, metodi e tecniche di lavoro è che possa provocare la restrizione della libertà di ricerca. Sul punto si veda anche D. de Bellecize, *L'autorité du droit sur l'histoire*, pp. 51-84. Questo nuovo *modus operandi* trova riscontro nella giurisprudenza: come affermato dai giudici francesi nella sentenza sul caso Faurisson (Daloz 1982 Trib gr inst Paris 1981), affinché le tesi siano coperte dal diritto alla ricerca scientifica devono rispettare determinati criteri metodologici, ovvero l'obbligo di prudenza, oggettività, neutralità intellettuale.

quel risultato. Tali formalismi investono la ricerca della prova, l'oggetto della decisione (il *thema decidendum*),⁶³² le modalità di valutazione della prova, che è quindi relativa e temporanea (anche se poi diviene definitiva) - perché circoscritta a quel dato momento storico.⁶³³

Orbene, possiamo affermare che, se in una prima fase del processo relativo all'accertamento di un fatto passato la funzione del giudice è affine a quella dello storico, nella successiva fase decisoria, che coincide con la formulazione del dispositivo, il lavoro del giudice si allontana da quello dallo storico.⁶³⁴ La ricerca della verità è per il giudice la premessa per lo svolgimento dell'attività di qualificazione giuridica del fatto.⁶³⁵ Di più, la verità si identifica col giudizio, e le due polarità al termine del procedimento decisorio finiscono per sovrapporsi; al contrario, per lo storico la verità rimane esterna al giudizio, che è un momento distinto e separato, permeabile alla natura dinamica della verità storica,⁶³⁶ dunque mai definitivo e stabile. Questa diversa struttura epistemologica coincide con una differenza sintattica: il tempo del giudizio penale è il participio passato, il tempo della storia è il condizionale⁶³⁷ che indica un grado di probabilità che il giudizio penale non tollera.

Contrariamente al giudice, lo storico è totalmente libero nella ricerca e nella valutazione dei fatti, non ha l'obbligo di rispondere a un quesito posto da qualcun altro. Tuttavia, come la verità giuridica, anche la verità storica ha, per certi versi, una pretesa,

⁶³² P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, p. 109. Secondo la ricostruzione dell'Autore il giudice è vincolato nell'accertamento del fatto alle rappresentazioni della realtà proposte dalle parti, così come sono le parti a definire il tema e le circostanze sulle quali il giudice deve pronunciarsi; allo stesso modo, nel decidere sul fatto il giudice deve dimenticare le proprie conoscenze extraprocessuali e può ricorrere unicamente a procedimenti logici catalogati; da ultimo, egli è libero di valutare discrezionalmente gli elementi probatori e l'attendibilità delle informazioni raccolte solo entro certi limiti, in quanto il principio del libero convincimento trova comunque un limite nell'obbligo di motivazione e giustificazione razionale. Anche in questo senso il compito del giudice è finito: egli deve attenersi a una logica binaria, che si muove tra la pronuncia di condanna e quella di proscioglimento, *tertium non datur*. Non si tratta quindi del solo limite della domanda, ma anche del limite dato dalla pronuncia a rime obbligate. Sul punto si veda meglio, M. Borrello, *Sul Giudizio. Verità storica e verità giudiziaria*, p. 27.

⁶³³ B. Edelman, *L'office du juge et l'histoire*, p. 54.

⁶³⁴ P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, p. 119.

⁶³⁵ E. Cartier, *Histoire et droit: rivalité ou complémentarité?* p. 516

⁶³⁶ M. Borrello, *Sul Giudizio. Verità storica e verità giudiziaria*, p. 25.

⁶³⁷ Ivi, p. 30 ss.

un'ambizione, di neutralità nel momento in cui lo storico, come lo scienziato, esamina tutti gli elementi fattuali raccolti e tutte le possibili ricostruzioni dei fatti per poi presentare i fatti e porre in evidenza i dubbi e le domande aperte, senza che venga formulato un giudizio di valore, contrariamente a quanto richiesto al giudice. A questa pretesa di neutralità, segue però una presa di posizione nel momento in cui questi sceglie e accoglie una data ricostruzione fattuale (allo storico non è preclusa l'adozione di una tesi opposta all'opinione dominante, purché il dubbio sollevato rispetto a quella sia motivato e fondato).⁶³⁸

La differenza, poi, interviene anche sul piano degli obiettivi: in tal senso possiamo richiamare il pensiero di Antoine Garapon, che in *Peut-on réparer l'histoire? Colonisation, esclavage, Shoah* afferma che mentre la giustizia penale- quella che si trova di fronte a casi di crimini di massa – ha come obiettivo di “fare giustizia” e di porre rimedio a un evento che ha leso la comunità nel suo insieme, la storia si pone come finalità la ricostruzione fedele e la spiegazione di eventi passati,⁶³⁹ e la distinzione tra fatti e interpretazione degli stessi non è netta come per la giustizia penale.⁶⁴⁰

Ci pare, tuttavia, di dover sottolineare che specialmente nel processo penale, il crescente ingresso delle competenze scientifiche e la crescente proclività della giurisdizione alla subordinazione alla scienza abbiano per certi versi mutato anche il carattere della verità giuridica, che è sempre più divenuta verità “scientifica”. Da ciò ne deriva che il giudice, nonostante il principio del libero convincimento permanga, sia sempre meno *peritus peritorum*.

Alcuni autori hanno tentato di superare il cortocircuito tra verità storica e verità giuridica rappresentando tale rapporto in termini di complementarità.

Tale rapporto avrebbe natura complementare, in virtù del giudizio a cui il diritto sottopone la storia nel momento in cui compie una valutazione rispetto al metodo impiegato.⁶⁴¹ Ci pare, tuttavia, che la spiegazione in termini di complementarità non

⁶³⁸ B. Edelman, *L'Office du juge et l'Histoire*, p. 55. La fondatezza del dubbio è essenziale nel lavoro dello storico. E questo è sicuramente un tratto distintivo *a contrario* delle tesi negazioniste, le quali si caratterizzano per l'insinuazione del dubbio su certe ricostruzioni, senza che tale dubbio sia fondato su argomentazioni solide.

⁶³⁹ A. Garapon, *Peut-on réparer l'histoire? Colonisation, esclavage, Shoah*, p. 58.

⁶⁴⁰ Ivi, p. 197.

⁶⁴¹ E. Cartier, *Histoire et droit: Rivalité ou complémentarité?* p. 521.

risolva la questione circa la parità delle parti (in questo caso storia e diritto), in quanto, sebbene abbiano campi e metodi di applicazione diversi, suggerisce che sia la storia ad essere sottoposta alla giurisdizione e alla pronuncia dei tribunali.

I dubbi, insomma restano aperti se consideriamo i due seguenti livelli di ingerenza del diritto nella storia: il primo livello riguarda la cosiddetta storia “giuridificata”,⁶⁴² cioè il contributo che il giudice dona nella ricostruzione di fatti storici (provvede all’accertamento dei fatti e all’attribuzione di responsabilità e successivamente alla sussunzione del fatto in una categoria giuridica predeterminata)⁶⁴³; vi sono poi casi in cui il processo e il giudizio, come nelle vicende processuali concernenti il negazionismo, abbiano ad oggetto una presunta verità storiografica. Qui, in realtà, il giudice è chiamato a valutare il procedimento e la tecnica seguita, deve cioè certificare o constatare un’errata ricostruzione dei fatti. In tali circostanze, insomma, vi è il rischio che il giudice si inserisca nel dibattito e nelle controversie tra gli storici e giudichi la veridicità dei risultati raggiunti dalla storiografia attraverso la ricostruzione delle cause di dati eventi.

Possiamo, in conclusione, affermare che la frizione tra questi due campi della conoscenza è incentivata dalle norme penali che proibiscono il negazionismo sotto un duplice profilo: primo, in quanto presuppongono nella maggior parte dei casi che vi sia o vi sia stato un riconoscimento giuridico di un dato evento storico, così da richiedere di fatto una preventiva “giuridificazione” della storia, poi, in quanto demandano al giudice una valutazione sulla qualificazione della tesi esposta come negazione, il che implica l’utilizzo di una serie di competenze che sono al di fuori dell’area di *expertise* del giudice. Come specificato da alcuni autori, la categoria di genocidio non è un concetto solamente legale e la sua applicazione non dovrebbe essere preclusa al lavoro dello storico.⁶⁴⁴

⁶⁴² Antoine Garapon afferma che si può parlare di storia “giuridificata” nella misura in cui la storia è interpretata sotto il paradigma del processo.

⁶⁴³ Y. Thomas, *La vérité, le temps, le juge et l'historien*, p. 22.

⁶⁴⁴ R. Smith, *Legislating against Genocide Denial: Criminalizing Denial or Preventing Free Speech?* p. 133.

4.4.3 Verità, memoria, giustizia. Dal processo penale alla giustizia di transizione

Il processo di Norimberga è stato il primo processo nella storia incentrato sull'accertamento della violazione di crimini di massa commessi da membri di un regime totalitario nei confronti di un'etnia. È stato, dunque, il punto di riferimento per lo sviluppo di un modello di giustizia volto all'accertamento di crimini internazionali o sistematiche violazioni dei diritti umani. Ci si è chiesti allora che ruolo abbiano o possano avere i tribunali internazionali nella scrittura della storia.⁶⁴⁵ Alcuni autori hanno ribadito l'importante ruolo svolto dai tribunali nella scrittura della storia, proprio in funzione del loro obiettivo di costruire una memoria collettiva in funzione pedagogica,⁶⁴⁶ sebbene vada ribadito che dinanzi ai tribunali internazionali ciò che si tenta di stabilire in primo luogo è la responsabilità o l'innocenza dell'accusato di crimini internazionali. Tale aspetto rappresenta un vincolo in capo ai tribunali penali internazionali rispetto al raggiungimento della verità storica, in quanto la loro prospettiva sarà limitata a tutti i fatti e solo quei fatti che contribuiscono all'accertamento della responsabilità dell'imputato⁶⁴⁷ anche se questo potrà far emergere critiche su una giustizia parziale.

Un altro vincolo rispetto al raggiungimento di una verità storica è rappresentato dal criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio che i tribunali devono rispettare nell'accertamento dei fatti: tale criterio comporta che vengano inevitabilmente selezionati solo quei fatti considerati come veri a livello giuridico, mentre altri che non soddisfano tale *standard* ma che potrebbero avere un ruolo a livello storico vengono cancellati o comunque trascurati con il rischio che nella ricostruzione vi siano dei punti ciechi.

Dunque, nonostante importanti casi dinanzi a tribunali internazionali dimostrino che la funzione di ricerca della verità resta un obiettivo fondamentale della giustizia

⁶⁴⁵ Tale questione è stata sollevata per la prima volta da Hannah Arendt nel suo libro *La banalità del male* sul processo tenutosi in Israele nei confronti di Eichmann.

⁶⁴⁶ M.J. Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, p. 3.

⁶⁴⁷ A questo limite circa lo spettro di cognizione del giudizio si legano critiche rispetto a una presunta parzialità del giudizio. Sul punto si veda A. Zammit Borda, *History in International Criminal Trials*, p. 553.

penale internazionale⁶⁴⁸ - essendo la natura stessa di tali istituzioni ad essere volta alla produzione di conoscenza e verità sui conflitti - lo scopo primario di *giurisdicere* ovvero di fare giustizia incide sull'effettivo raggiungimento di una verità storica dinanzi ai tribunali penali internazionali.⁶⁴⁹

Ma dalla giustizia penale internazionale nasce un altro modello di giustizia che ha ambizioni più alte della semplice individuazione e punizione dei responsabili. Tra gli altri, tale nuovo modello si pone l'obiettivo di ricostruire e di portare sulla scena pubblica l'intero sistema delle violazioni, basandosi su quattro pilastri: pace, giustizia, riparazione e non ripetizione.⁶⁵⁰

Intendiamo riferirci a quegli esempi di giustizia riparativa, sorti in contesti di transizione dall'oppressione verso la democrazia e a seguito di gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani, come l'America Latina e il Sud Africa: anch'essi, come Norimberga, ma in misura diversa, rappresentano uno scardinamento del classico modello di processo penale, incorporato nella dialettica e nella tensione tra accusa e difesa. Nelle circostanze sopra menzionate si è verificato, infatti, un ribaltamento delle posizioni: è la vittima ad essere posta al centro del processo, non il carnefice, in quanto l'obiettivo primario è riparare le gravi violazioni sistematiche e di massa,⁶⁵¹ conciliare il passato con il presente, attraverso il pubblico riconoscimento delle violazioni commesse,⁶⁵² consegnare la memoria del passato alle generazioni future come garanzia di non ripetizione.

L'approdo verso tali modelli rappresenta un punto di svolta rispetto all'affermazione della giustizia come strumento di riparazione. In tal senso la ricostruzione della verità ne costituisce il presupposto, la premessa per ogni forma di riparazione necessaria per il raggiungimento della pace sociale: è per questa ragione che

⁶⁴⁸ Sentencing Judgment, Sikirica et al. (IT-95-8-S 70), 13 November 2001, § 149. Addirittura, alcuni casi sono stati interpretati come esempi di prioritizzazione della storia sulla giustizia penale. Sul punto si veda K. Bárd, *The Difficulties of Writing the Past through Law*, p. 37.

⁶⁴⁹ A. Zammit Borda, *History in International Criminal Trials*, p. 566.

⁶⁵⁰ A. Ceretti, *Il perdono, riparazione e riconciliazione*, p. 2.

⁶⁵¹ Si veda tra tutti P. De Grief, *The Handbook of Reparations*.

⁶⁵² Sulla giurisprudenza in materia si veda U. Belavusau, A. Gliszczynska-Grabias, *Law and Memory. Towards Legal Governance of History*.

la ricostruzione della verità viene anteposta rispetto alla punizione dei responsabili.⁶⁵³ E non è un caso se è proprio nei contesti di transizione (e in particolare con riferimento alle sparizioni forzate in America Latina) che è emerso il diritto alla verità.⁶⁵⁴ Tale diritto, del cui *status* si dibatte in diritto internazionale, è stato creato deducendolo in via ermeneutica da altri diritti umani preesistenti.⁶⁵⁵ In particolare è stata la Corte interamericana dei diritti umani⁶⁵⁶ ad aver contribuito al consolidamento di tale diritto.⁶⁵⁷ Si tratterebbe di un diritto di nuova emersione di cui sono titolari non soltanto le vittime dirette delle gravi violazioni dei diritti umani, ma anche le vittime indirette e la società nel suo insieme, cui corrisponde secondo la struttura del diritto internazionale dei diritti umani un obbligo dello stato di intraprendere tutte le azioni necessarie per il raggiungimento della verità e di contribuire e favorire la ricostruzione del passato attraverso indagini che rispettino il canone di *due diligence*.⁶⁵⁸ In queste circostanze, il rischio è che nello stabilire la verità si adotti il punto di vista delle vittime, le quali per il loro vissuto e per le violenze subite incorporano una certa memoria collettiva propria del gruppo di appartenenza,⁶⁵⁹ un punto di vista (parziale) sulla storia.⁶⁶⁰

⁶⁵³ È qui che si inserisce il dibattito sulla questione delle amnistie e dell'impunità e la loro compatibilità rispetto ai contesti di giustizia transizionale.

⁶⁵⁴ Sul rapporto tra verità, diritto alla riparazione e memoria collettiva si veda S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, p. 218 ss. Per una più ampia problematizzazione del concetto di verità e dei diritti ad esso connessi si veda F. D'Agostini, *Diritti aletici*.

⁶⁵⁵ Pare importante sottolineare che nel sistema europeo di protezione dei diritti umani gli studiosi non sono concordi nel ritenere che il diritto alla verità abbia natura consuetudinaria e non sono pochi gli autori che negano la cristallizzazione di tale nuovo diritto. La stessa giurisprudenza Edu non è chiara nel riconoscere un'autonomia al diritto alla verità. Si veda caso *El Masri c. Italia*, ma anche *Janowiec e altri c. Russia*.

⁶⁵⁶ Primo e più importante fra tutti in relazione a tale tema è la sentenza *Velázquez Rodríguez c Honduras* del 1988.

⁶⁵⁷ A. Jacqmin, *When Human Claims Become Rights*, p. 1259.

⁶⁵⁸ G. Resta, *Le ferite della storia e il diritto privato riparatore*, p. 454.

⁶⁵⁹ Si veda A. Pugiotto, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, p. 15.

⁶⁶⁰ È su tal punto che il giurista Emmanuel Cartier evidenzia il pericolo che la storia perda la propria oggettività (che si sostanzia in quella che Paul Ricoeur chiama "*mise en distance*") e rischi, così, di confondersi con la memoria collettiva del gruppo sociale, fino alla confusione e sostituzione della storia con la memoria del gruppo sociale vittima delle discriminazioni subite durante i regimi totalitari. A tal proposito viene riportato come esempio l'adozione delle leggi memoriali in Francia, criticate, appunto, perché rappresenterebbero un pericoloso *mélange* tra diritto, memoria e storia. Tale tendenza viene indicata

L'ingresso della testimonianza della vittima nelle commissioni istituite all'interno di processi di transizione verso la democrazia, infatti, comporta un duplice rischio: da una parte, l'appiattimento della giustizia sulla versione della vittima, sul suo diritto alla verità e l'alterazione della finalità di giustizia (volta non più all'imputazione delle responsabilità come previsto dai tribunali penali internazionali, ma alla riconciliazione), dall'altra, il conseguente ripiegamento della giustizia sulla memoria, senza che la singola testimonianza sia inserita all'interno di un contesto che permetta di sviluppare l'aspetto argomentativo, che invece è proprio del processo penale.⁶⁶¹

È per questo che il concetto di memoria va tenuto distinto tanto dalla nozione di "verità" quanto da quella di "storia": mentre la memoria è una fonte della storia, la prima crea un collegamento tra passato e presente attraverso il ricordo, ed è, dunque, filtrata dall'esperienza individuale, che enfatizza la percezione del vissuto della collettività o del singolo; la storia, invece, fissa e rispetta un ordine cronologico di eventi che tendono ad essere ricostruiti in modo oggettivo e fondati su elementi probatori verificabili. La memoria, inoltre, presuppone una partecipazione emotiva, mentre, come abbiamo osservato, la ricostruzione storica richiede distanza e terzietà ai fini di una ricostruzione attendibile dei fatti.⁶⁶²

Inoltre, poiché la storia è uno strumento di conoscenza che indaga le causalità all'interno di un contesto generale, la ricerca di una verità storica dovrebbe astenersi tanto dalla volontà - propria, invece, del giudizio - di fare giustizia, quanto dall'interferire col diritto delle vittime di ricostruire una propria memoria e identità collettiva, anche in funzione della non ripetizione dei crimini. Ma è, tuttavia, la storia a dover prevalere sulla memoria, nel caso in cui ci si trovi di fronte a verità occultate e ci si ponga come obiettivo

dall'autore come "*dérive historicide du droit*". La Loi Gayssot, invece, viene definita come una legge che stabilisce una presunzione assoluta di verità "*présomption irréfragable de vérité*", in quanto condanna chi esprime un'altra versione della storia. Tali opposti tentativi, da un lato la scrittura della storia (la Loi Gayssot), dall'altro la costruzione di una memoria (le leggi memoriali), si ritrovano anche nel processo a Gerusalemme nei confronti di Eichmann, come sottolineato dalla storica Annette Wieviorka nel suo articolo sopra citato. Dunque, ci troviamo di fronte a una tensione tra ricostruzione storica oggettiva e tentativo di fare giustizia attraverso l'accoglimento della versione delle vittime e l'attribuzione delle responsabilità laddove possibile.

⁶⁶¹ Sul punto si veda A. Garapon *Des Crimes qu'on peut ni punir ni pardonner*, p. 167 ss. L'Autore parla di un capovolgimento dei principi cardine del processo penale.

⁶⁶² Ivi, p.167 ss.

una ricostruzione oggettiva dei fatti. In tali circostanze, attribuire questa prevalenza significa evitare un “adattamento del passato in funzione delle necessità del presente”.⁶⁶³

Al termine di questo paragrafo è possibile sollevare la seguente osservazione: posto che a livello teorico e generale c'è una sufficientemente chiara distinzione tra il giudice e lo storico e dunque anche tra verità storica e verità giuridica, lo stesso non vale nei processi che vengono istituiti in contesti di transizione democratica o a seguito di sistematiche violazioni dei diritti umani, dove non ha senso stabilire una distinzione tra le due alla luce dei criteri sopra visti utilizzati. La verità storica risulta essere difficilmente separabile da quella giuridica o istituzionale ed è perciò necessario riconcepire la nozione stessa di verità raggiungibile in queste circostanze⁶⁶⁴. Occorre, infatti, ricordare che la verità raggiunta nel corso dei processi di transizione da parte degli organi giurisdizionali diventa verità statale e ufficiale, essendo cristallizzata da interventi legislativi e da riconoscimenti pubblici e trasformandosi allo stesso tempo in memoria, oggetto di celebrazioni e commemorazioni così da poter essere veicolata alle generazioni future. Questo aspetto, come in tutti i casi in cui viene imposta una verità legale, è altamente problematico, in quanto incentiva la formazione di una memoria basata sulla omologazione dei ricordi, che cancella gli eventi storici e li riduce a “feticci etici”.⁶⁶⁵

Forse le esperienze delle Commissioni per la verità e i contesti che le hanno prodotte ci permettono di affrontare in termini di analogia e differenza l'esperienza della *Shoah* e soprattutto la sua “giuridificazione”. Inoltre, la giustizia transizionale,⁶⁶⁶ come modello per affrontare, anche a lungo termine, processi di democratizzazione e garantire sistemi di riparazione, può essere utile per individuare quegli strumenti extra-penalistici che supportano la memoria, il ricordo e la non ripetizione delle tragedie passate. Possiamo, infatti, far riferimento alla giustizia transizionale per individuare strumenti alternativi al rimedio penale, volti a preservare quegli stessi valori (come la protezione della memoria) invocati a giustificazione di un uso (simbolico) del diritto penale in materia di negazionismo. In effetti, le istanze di verità presentate dinanzi alle Commissioni e la

⁶⁶³ D. Rieff, *Elogio dell'oblio*, p. 83.

⁶⁶⁴ A. Ceretti, *Il perdono, riparazione e riconciliazione*, p. 3.

⁶⁶⁵ C. Caruso, *Memoria, verità, pena. È ancora il tempo della libertà di espressione?* p. 169.

⁶⁶⁶ Per un'ampia trattazione del tema si veda R. Teitel, *Transitional Justice*.

legislazione memoriale (anche quella che fa riferimento al profilo sanzionatorio) condividono una stessa finalità: la tutela di gravi violazioni dei diritti umani.⁶⁶⁷

4.5 Questioni di politica del diritto ed efficacia della norma penale sotto il profilo preventivo

4.5.1 Premessa

È venuto il momento di interrogarsi sull'efficacia preventiva della norma rispetto al fine che si vuole raggiungere, ovvero la protezione dell'ordine pubblico e la tutela della dignità attraverso il contrasto alle dichiarazioni negazioniste.

Per sintetizzare il nostro percorso logico ci muoveremo dal piano della legittimità a quello dell'efficacia e della politica del diritto. Sul piano della legittimazione politico-criminale abbiamo dimostrato che la compressione della libertà, con annessa la criminalizzazione del negazionismo, sarebbe giustificata non in assoluto, ma solo in relazione al principio di legittimazione accolto: in particolare, solo se adottiamo il principio di derivazione milliana la prospettiva criminalizzatrice resta esclusa. Solo se adottiamo questa concezione libertaria, che permea il sistema anglosassone, allora potremo affermare che il diritto alla libertà di espressione è incomprimibile (entro certi limiti che abbiamo sopra visto) per la protezione di altri beni che sono quindi necessariamente recessivi rispetto alla necessità di proteggere il diritto alla ricerca storica, parte della libertà di espressione. Allo stesso modo e sotto una certa prospettiva - quella dell'autonomia del parlante - anche l'argomento dell'autonomia si presta alla legittimazione del discorso negazionista nella misura in cui questo rappresenti una forma di manifestazione della personalità di chi parla. Anche questa concezione, infatti, sostiene la prioritizzazione del diritto alla libertà di espressione in caso di conflitto con altri diritti.

⁶⁶⁷ G. Resta, *Le ferite della storia e il diritto privato riparatore*, p. 450. A cambiare, secondo l'Autore, sarebbe la modalità di realizzazione degli interessi coinvolti: nel primo caso, attraverso l'acquisizione di notizie attorno alla sparizione (necessarie per un eventuale elaborazione del lutto); nel secondo caso, attraverso la cristallizzazione di una memoria ufficiale sul piano del discorso pubblico

Ciononostante, pur volendo accogliere altri principi di legittimazione, che ammettono più forti limitazioni del diritto alla libertà di espressione, l'intervento penale ha natura di *extrema ratio* e, dunque, si giustificerebbe solo nel caso in cui la lesione raggiungesse una certa soglia di gravità, che è identificata con il principio del danno. Tale principio ammette l'uso di misure penali se viene causato un danno al bene protetto dalla norma. Abbiamo sopra messo in evidenza che la semplice negazione dell'Olocausto, in quanto mera espressione di un pensiero, che, per quanto sgradevole e detestabile, non è di per sé idonea a determinare un danno, né il pericolo di un danno, non può essere oggetto di una repressione penale. Dunque, qualsiasi norma che criminalizzi la contestazione in pubblico dei crimini commessi dai nazisti (ma non solo) non sarebbe giustificata, a meno che non venisse dimostrata l'idoneità della condotta negazionista a determinare un danno per il bene individuato dall'ordinamento. Per quanto riguarda invece il negazionismo che costituisce un incitamento alla violenza e propaganda discriminatoria, sono già presenti nella maggior parte degli ordinamenti norme volte a proteggere gli interessi lesi da tali condotte.

Quindi accanto al profilo della legittimazione, si accompagnerà un'analisi della questione della sua efficacia a livello empirico. Tale seconda questione verrà analizzata sotto due aspetti: primo, l'efficacia della norma rispetto alle sue finalità preventive e poi il rapporto costi-benefici della norma penale rispetto alla libertà di espressione.⁶⁶⁸

In effetti, avremo modo di osservare che la norma penale in materia non ha avuto efficacia deterrente, anzi. Ciononostante, pur volendo concedere che la norma abbia avuto un qualche vantaggio in termini di riduzione dei comportamenti incriminanti, comunque si tenterà di dimostrare che i benefici perseguiti sono inferiori rispetto ai costi che una simile norma impone a carico della libertà di espressione.

A questo seguirà una riflessione in termini di politica del diritto, ovvero in merito alle ragioni profonde e nascoste che stanno dietro l'introduzione di una norma di tale natura. Una volta evidenziata la connessione esistente tra una norma di questa natura e la politica, verranno perciò identificati i rischi di questa interdipendenza.

In conclusione, si passeranno in rassegna possibili rimedi legislativi, da una parte, e le misure extra-giuridiche, dall'altra, alternativi alla soluzione penale. Gli strumenti legislativi che possono essere adottati includono non soltanto l'intervento del diritto

⁶⁶⁸ B. Lang, *Six Questions on (or about) Holocaust*, p. 165.

penale, ma anche rimedi di natura civile, che implicano l'obbligo di un risarcimento del danno. Questo però impone l'identificazione del danneggiato, ovvero del portatore dell'interesse leso, che spesso si identifica con l'erede della vittima diretta dell'evento negato, ma anche con il gruppo target; a questo punto è logicamente connesso quello dell'identificazione dell'interesse stesso, ben potendo coincidere con la reputazione del singolo o del gruppo offeso dalle affermazioni negazioniste. Ovviamente invocare il diritto alla reputazione di un gruppo è problematico, in quanto esso nasce come diritto individuale che mal si presta a una dimensione collettiva.

Per quanto riguarda le misure che escludono l'intervento del diritto, il dibattito dottrinale ha preso in considerazione varie opzioni, quali il rafforzamento di programmi di istruzione e sensibilizzazione sul tema nelle scuole e lo stesso "counter speech", formulato come strumento di contrasto all'odio, che approfondiremo nei paragrafi successivi.

4.5.2 Efficacia preventiva

È diffusa in letteratura l'idea che l'intervento del diritto penale in materia di negazionismo sia privo di una portata deterrente, o meglio di efficacia preventiva generale positiva, e che anzi consenta a coloro che sono accusati di negazionismo una strumentalizzazione del diritto penale in favore dell'invocazione del loro statuto di vittime⁶⁶⁹ e di paladini della libertà di espressione.⁶⁷⁰ Sono, infatti, numerosi i casi in cui i negazionisti hanno utilizzato il procedimento penale come palcoscenico mediatico per amplificare e diffondere le loro tesi, accrescendo la propria visibilità.⁶⁷¹

Si pensi alle vicende giudiziarie che hanno coinvolto numerosi negazionisti in Francia (tra cui Faurisson, professore di lettere moderne all'università di Lione) che

⁶⁶⁹ A. Pintore, *Censura*, p. 228.

⁶⁷⁰ C. Luzzati, *Chi parla con chi?* p. 241; M. Troper, *La loi Gayssot et la Constitution*, p. 1250.

⁶⁷¹ L'esempio più eclatante è forse quello della Francia, dove proprio a seguito dell'introduzione della fattispecie si furono una serie di affare giudiziari che ottennero ampia risonanza. (Si pensi per esempio all'affaire Faurisson, Barbie, Le Pen, Notin).

hanno ricevuto un'attenzione notevole da parte dei media e dell'opinione pubblica.⁶⁷² Inoltre, anche in presenza di una fattispecie penale che punisca tali condotte, occorre affermare che le loro opere hanno continuato ad essere reperibili sul web e dunque non si è riusciti a porre un vero e proprio argine alla diffusione delle loro idee, qualora questa fosse la finalità.⁶⁷³

A riprova dell'inefficacia di tali disposizioni vi è il fatto che alcuni negazionisti sono stati condannati in plurime occasioni sotto giurisdizioni differenti, dimostrandosi perciò insensibili alla minaccia della sanzione penale.

Le ragioni di tale inefficacia sono diverse. Una prima ragione dell'inefficacia preventiva di queste disposizioni risiede nel fatto che relegare questi discorsi nell'area del divieto attribuisce alle loro tesi il fascino del "frutto proibito".⁶⁷⁴ In altre parole, l'accrescimento della loro attrattività può essere spiegato anche con il cosiddetto "effetto Streisand"⁶⁷⁵: il fenomeno per cui il tentativo di rimuovere, nascondere o censurare un'informazione ne amplifica invece ulteriormente la diffusione.⁶⁷⁶ Ad esso si trova logicamente connesso l'argomento per cui la criminalizzazione della condotta negazionista rischia di accrescere la radicalizzazione dei negazionisti; ciò in ragione dell'esclusione dalla vita democratica prodotta dalla loro marginalizzazione.⁶⁷⁷ In altre parole, la loro "messa al bando" determina un allontanamento dalla vita democratica e un loro arroccamento sui valori antidemocratici.

Una terza ragione è legata all'innovazione tecnologica. Le fattispecie normative così formulate non tengono conto dell'evoluzione del tempo e del fatto che tali manifestazioni non sono più ascrivibili a un dato tempo e luogo grazie al mondo virtuale di *internet*. Tale fenomeno, per esempio, ha permesso loro di localizzare le attività in

⁶⁷² La Francia è l'esempio più eclatante. Proprio a seguito dell'introduzione della fattispecie vi furono una serie di affare giudiziari che ottennero ampia risonanza, tra cui ricordiamo anche l'affaire Barbie, Le Pen, Notin.

⁶⁷³ M. Whine, *Expanding Holocaust Denial and Legislation Against It*, p. 556. L'autore ha comunque riscontrato un cambiamento negli ultimi anni, con l'avvento di internet delle forme di propaganda specialmente per quanto riguarda la pubblicazione di articoli e libri pseudoscientifici.

⁶⁷⁴ A. Pintore, *Tra parole d'odio e odio per le parole*, pp. 62, 63.

⁶⁷⁵ Dal nome dell'attrice che nel tentativo di rimuovere una sua foto apparsa sul web, non fece altro che incrementare l'attenzione nei suoi confronti.

⁶⁷⁶ C. Bianchi, *Hate Speech*, p. 203.

⁶⁷⁷ C. Caruso, *Memoria, verità, pena. È ancora il tempo della libertà di espressione?* p. 171.

giurisdizioni sprovviste di norme anti-negazionismo, come gli Usa. Al contempo, l'uso di *internet* ha garantito una spersonalizzazione e deresponsabilizzazione rispetto alla paternità del contenuto negazionista dei siti: Faurisson in Francia si è difeso dall'accusa di negazionismo per alcune dichiarazioni negazioniste espresse su un sito affermando che non c'era prova che lui fosse l'autore e che avesse controllo sul sito in cui le manifestazioni erano state rese.⁶⁷⁸

Abbiamo quindi dimostrato che le disposizioni negazioniste sono prive di efficacia preventiva. Tuttavia, pur volendo ammettere che la legge possa avere una qualche efficacia in termini di prevenzione dei fenomeni, comunque si ritiene che sia inefficace sotto il profilo del rapporto costi-benefici rispetto al bene compreso.

Come ricordato dalla SISSCO (Società italiana per lo studio della storia contemporanea), il problema principale di una legislazione che punisce il negazionismo è rappresentato dall'impatto che essa ha sulla ricerca, sulla sua indipendenza e libertà. In altre parole, il *chilling effect* sulla libertà di espressione è l'aspetto più preoccupante, ovvero i costi per la libertà di espressione, soprattutto laddove i benefici di una tale legislazione non risultano provati o siano comunque difficili da dimostrare. Un altro costo coincide con le concrete possibilità di raggiungimento della verità, che derivano dalla sussistenza di un limite legislativo alla libertà di parole: proibire la libertà di espressione su un fatto può lasciar intendere che quella proibizione nasconda una qualche verità scomoda, mentre in assenza di interventi legislativi una tesi sbagliata può essere messa a tacere da una tesi giusta.⁶⁷⁹ In altre parole, l'effetto sarebbe contrario a quello desiderato dal legislatore in quanto si finirebbe per attribuire maggiore credibilità alle tesi negazioniste.⁶⁸⁰

4.5.3 Diritto penale e sentimento

La tesi che si intende sostenere, una volta dimostrata l'inefficacia di una norma sul negazionismo è che tale norma risponde a esigenze del diritto penale simbolico, volto quindi a tutelare un sentimento collettivo coincidente col vasto consenso sociale che

⁶⁷⁸ D. Fraser, *On the Internet, Nobody Knows You're a Nazi*, p. 527.

⁶⁷⁹ M. Troper, *La loi Gayssot et la Constitution*, p. 1240.

⁶⁸⁰ Ibid.

rigetta l'atrocità degli atti negati.⁶⁸¹ Questo valore attribuisce un alto livello di legittimità esterna alla norma in questione⁶⁸². Si tratta, quindi, di un impiego del diritto penale finalizzato a canalizzare sentimenti collettivi di timore nei confronti della diffusione e del contenuto di certe idee.⁶⁸³ in questo caso si tratta della negazione di un fatto- la *Shoah* - talmente atroce da rappresentare la negazione dell'uomo.

Ma il diritto penale, o meglio la scelta di ricorrere a tale strumento non può fondarsi sempre sul consenso sociale, né tantomeno sui sentimenti collettivi. Ci pare condivisibile l'opinione di quanti si mostrano disposti a qualificare il diritto penale come un'arma al servizio del "sentire comune".⁶⁸⁴ Come sottolineato da autorevoli commentatori, "i rischi di torsioni illiberali veicolate dall'appello a sentimenti ed emozioni si legano alla incerta fisionomia di beni e interessi caratterizzati da una marcata componente emozionale (dignità, sicurezza)".⁶⁸⁵ in altri termini, il richiamo ai sentimenti rischia di supportare derive illiberali nel caso in cui essi siano invocati per la tutela di beni di natura indeterminata. Ed infatti proprio il bene dignità viene considerato come bene caratterizzato da "una spiccata componente emozionale", ricettacolo di sentimenti di panico morale.⁶⁸⁶ Dunque, se è ancora discutibile che il sentire comune possa essere talvolta invocato come giustificazione extra-penale, non pare che il sentimento e l'emozione possano essere in alcun modo richiamati come stampella per la tutela penale della dignità, in quanto questo permetterebbe interventi di natura antidemocratica con costi per un diritto fondamentale, quale la libertà di espressione, sproporzionati rispetto agli eventuali benefici.

Non solo c'è chi evidenzia quanto sia pericoloso invocare il sentimento per la tutela di certi beni, ma la stessa tesi si trova ad essere supportata *a fortiori* da quanti ritengono che il diritto penale non debba mai fondarsi e trovare la propria legittimazione

⁶⁸¹ Sul punto si veda E. Fronza, *The Punishment of Negationism: The Difficult Dialogue between Law and Memory*, p. 623; G. Puglisi, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni spredate e legislazione penale simbolica*, p. 36.

⁶⁸² Ibid.

⁶⁸³ Ovviamente questa tesi poggia su una certa teoria del diritto penale secondo cui la norma penale rappresenterebbe il riflesso di "bisogni sociali percepiti", e che intende la norma penale come espressione dell'"interesse generale". Sul punto si veda C. E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, p. 861.

⁶⁸⁴ F. Bacco, *Tra sentimenti ed eguale rispetto*, p. 98.

⁶⁸⁵ Ivi, p. 100.

⁶⁸⁶ G. Fiandaca, *Sul bene giuridico*, p.78.

nei sentimenti;⁶⁸⁷ invertendo il discorso, secondo questa impostazione, l'utilizzo delle norme penali risulta sempre illegittimo laddove sia volto alla protezione dei sentimenti.⁶⁸⁸ L'impostazione che predispone l'intervento penale alla tutela dei sentimenti pur nel tentativo di ancorare il disvalore a un bene della persona in chiave personalistica,⁶⁸⁹ ci riporta alla principale problematica, ovvero quella della legittimità di un intervento penale che vada a punire l'offesa a un sentimento, *in primis* per il mancato rispetto del principio di offensività. Lo scetticismo verso questa teorizzazione è proprio della dottrina penalistica liberale che facendo riferimento a ragioni di politica del diritto, ritiene che dietro il richiamo ai sentimenti si celino scelte valoriali che riflettono concezioni normativo-ideali.⁶⁹⁰

Non è forse superfluo ribadire, poi, ribadire che il diritto penale in quanto *extrema ratio* si giustifica solo laddove quelle condotte producono un danno o vi è il rischio che producano un danno. E risulta assai problematico dimostrare la dannosità della manifestazione di un'idea rispetto ai sentimenti.⁶⁹¹ La domanda, quindi, che occorre porsi è se esistano misure meno invasive in grado di raggiungere lo stesso scopo, ovvero la prevenzione della diffusione di certe idee. Contrastare la diffusione di certe idee con quali metodi? Si tratta, cioè, di dimostrare l'inutilità del ricorso a forme di censura penale per evitare la diffusione del fenomeno.⁶⁹²

⁶⁸⁷ La ragione risiederebbe nel fatto che i sentimenti non possono essere un oggetto giuridico, in quanto mancherebbero, tra l'altro, anche del carattere di tassatività. Sul punto si veda M. Donini, *'Danno' e 'offesa' nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, p. 1577 ss.

⁶⁸⁸ Bisogna in questa sede ricordare la teorizzazione di Martha Nussbaum che ha tentato una conciliazione rispetto alla questione dell'ingresso dei sentimenti nel diritto penale. L'Autrice è riuscita a raggiungere una sintesi e ha stabilito quale criterio quello di valutare in che misura il sentimento trova fondamento in un atteggiamento discriminatorio; in altre parole, cioè se le emozioni invocate riflettano comportamenti - discriminatori per l'appunto - che una democrazia evoluta dovrebbe respingere. Ovviamente questo processo di razionalizzazione prevede una preventiva identificazione del significato delle emozioni nella loro dimensione sociale.

⁶⁸⁹ F. Bacco, *Tra sentimenti ed eguale rispetto*, p. 90.

⁶⁹⁰ Ivi, p. 87 ss.

⁶⁹¹ In materia, la letteratura è sterminata. Si rimanda a quanto illustrato dalla CRT e per una panoramica a C. Bianchi, *Hate Speech*.

⁶⁹² Ricordiamo che l'utilizzo del termine "censura" pare opportuno per individuare i tipi di compressione della libertà di espressione che riteniamo illegittimi. Ma appunto in base a quale criterio una compressione vada considerata come censura e l'altra come legittima è dibattuto. Se aderiamo alla

Con la cristallizzazione della verità storica in una disposizione normativa nel tentativo di opporsi alla diffusione di idee pericolose per la tenuta del sistema democratico, l'ordinamento finisce per contrastare la visione pluralista, che è il fondamento stesso di ogni regime democratico. Nell'impedire o comunque nell'ostacolare il dibattito libero di idee, lo stato esercita un controllo sulla storia che diventa una forma di controllo sulla società, o meglio su quelli che sono i suoi valori. Il controllo viene esercitato nel momento in cui la norma che punisce il negazionismo attribuisce al giudice il potere di determinare una verità che sarà inevitabilmente differente da quella prodotta dalla ricerca storica, per tutte le differenze che abbiamo sopra evidenziato.

Sul piano della giurisprudenza, le sentenze sull'accertamento del reato di negazionismo, poiché intervengono nel contesto di una *querelle* storiografica sull'esistenza stessa di un evento fondativo delle moderne democrazie come la *Shoah*, finiscono per incorporare valori esterni al diritto.⁶⁹³ Si pensi, a tal proposito, alle sentenze in materia di negazionismo della Corte europea dei diritti umani: la stessa, attraverso l'applicazione della clausola dell'abuso del diritto di cui all'articolo 17, opera un preliminare controllo *content based* sulle dichiarazioni ai fini di una valutazione di conformità ai valori ispiratori della Convenzione Europea dei Diritti Umani. Inoltre, lo stesso articolo 17, che entra in gioco di fronte ai discorsi negazionisti, non rappresenta altro che un implicito consenso rispetto alla scelta degli stati di criminalizzare il negazionismo della *Shoah*.

Si genera, perciò, una collisione tra politica e diritto ed etica e diritto. A livello interno, poi, anche il legislatore, nello stabilire che una certa verità deve essere rispettata e che non può essere messa in discussione, si fa portatore di interessi politici. Le leggi memoriali che incorporano una sanzione penale sono perciò innegabilmente leggi di carattere politico per una duplice ragione: esse contengono la convinzione che il

definizione condivisa da Anna Pintore (la censura viene intesa come “the policy of restricting the public expression of ideas, opinions, conceptions and impulses which have or are believed to have the capacity to undermine the governing authority or the social and moral order which that authority considers itself bound to protect”) anche il reato di negazionismo (se inteso come fattispecie finalizzata alla protezione dell'ordine pubblico) può essere considerato una forma di censura. Sul punto si veda A. Pintore, *Tra parole d'odio e odio per le parole*, pp. 9-20.

⁶⁹³ E. Fronza, *Memory and Punishment*, p. 67.

genocidio degli ebrei vada interpretato come fondamento etico dell'Europa e che vi sia la necessità all'interno della politica che lo stato protegga le minoranze.⁶⁹⁴ E, dunque, questo qualifica le leggi memoriali che criminalizzano la negazione di genocidi, crimini contro l'umanità come frutto di un fenomeno politico ed etico legato a un dato contesto storico, sociale e politico.⁶⁹⁵

Il rischio più grande che si evidenzia nell'utilizzare il diritto penale per reprimere certe condotte in nome di valori ispiratori del patto etico è che si vadano a comprimere proprio quei principi di pluralismo e tolleranza che sono alla base dello stesso patto etico.⁶⁹⁶ Tali valori sono, infatti, minacciati dalla compressione della libertà di espressione e di ricerca, in quanto la criminalizzazione del negazionismo finisce per promuovere quelle idee antidemocratiche e di intolleranza che sono invece proprie del negazionismo. In altre parole, si intende combattere un fenomeno di intolleranza, come l'antisemitismo insito nelle idee negazioniste, con le stesse armi da questo proposte e invocate, dissimulate sotto l'occultamento e l'ombrello della libertà di ricerca.

4.5.4 Quali misure adottare?

4.5.4.1 Il contro-parlato

Uno dei primi strumenti, la cui *mise en place* potrebbe aiutare a contrastare il discorso falso, è la tecnica del “counter speech”. Il contro-parlato elaborato nel contesto del contrasto al discorso d'odio potrebbe essere utilizzato in tale sede, nella forma del discorso razionale. In questo senso, gli strumenti ideati da una certa letteratura per combattere i discorsi d'odio possono essere riadattati.⁶⁹⁷ In particolare, occorre tenere conto di una differenza: mentre il discorso d'odio fa appello ai sentimenti, il discorso negazionista è dotato di carattere para-scientifico e dunque fa ricorso ai sentimenti in modo più subdolo, facendo appello, almeno apparentemente, alla razionalità dell'interlocutore. Il carattere pseudoscientifico delle dichiarazioni rende necessario

⁶⁹⁴ D. Fraser, *One Law's Holocaust Denial*, p. 46.

⁶⁹⁵ Ivi, p. 47.

⁶⁹⁶ E. Fronza, *Memory and Punishment*, p. 169.

⁶⁹⁷ N. Strossen, *Hate: Why We Should Resist it with Free Speech, not Censorship*.

ancorare il “counter speech” a questo aspetto e fare in modo che il discorso si incentri soprattutto sulla storiografia e su fatti storicamente accertati per ribaltare e controbattere alle dichiarazioni negazioniste attraverso il richiamo alla razionalità delle ricostruzioni. In sintesi, come affermato in modo chiaro dal costituzionalista Alfonso Di Giovine: “di fronte agli ‘Eichmann de papier’ non resterebbe dunque che contrapporre altra carta, e cioè combattere le idee perniciose e false esibendo scritti “virtuosi” e veritieri”.⁶⁹⁸

Per tutte le osservazioni fin qui svolte, il “counter speech” avrebbe come principale attore non il “target group” o lo stato, ma la comunità scientifica. Se infatti prima si poteva ipotizzare un ruolo del testimone,⁶⁹⁹ ora che i testimoni sono venuti a mancare, sembra che l’interlocutore dei negazionisti sia lo storico di professione, colui che sul piano dei fatti può più facilmente contestare e confutare la ricostruzione fallace e menzognera proposta dal negazionista.

Che lo storico di professione, o comunque soggetti appartenenti al mondo accademico, debbano essere gli interlocutori privilegiati e deputati al “counter-speech” non è un’affermazione priva di problemi, in quanto la primaria ambizione dei negazionisti è quella di ricevere un riconoscimento accademico e quindi ottenere che gli storici di professione parlino “con loro”. Tale dialogo contribuirebbe per certi versi al riconoscimento di un valore accademico alle loro tesi, darebbe l’impressione che sia possibile un effettivo dibattito sul tema e contribuirebbe a far loro pubblicità.⁷⁰⁰ È per tale ragione che alcuni autori hanno ritenuto nocivo entrare in dialogo con loro:⁷⁰¹ tale mossa significherebbe elevarli a qualità di interlocutori, e trasmettere il messaggio che le loro tesi meritano di essere discusse. Questi studiosi propongono, piuttosto, di parlare “di loro”, per metterli a tacere, svelandone le strategie mistificatorie. In realtà, secondo Claudio Luzzati, parlare di loro significa già interloquire con loro. Dobbiamo, perciò,

⁶⁹⁸ A. Di Giovine, *Il passato che non passa: Eichmann di carta e repressione penale*, p. XXV.

⁶⁹⁹ Si deve osservare che il “contro-parlato” messo in atto da membri del gruppo *target*, specialmente per ciò che concerne i discorsi di odio, non risulta essere efficace, in quanto tende ad essere interpretato da chi lo ascolta come una forma di lamentela o manifestazione di sconforto. Sul punto si rimanda a C. Bianchi, *Hate Speech*, p. 208.

⁷⁰⁰ P. Vidal-Naquet, *Gli assassini della memoria*, p. 59.

⁷⁰¹ V. Pisanty, *L’irritante questione delle camere a gas*, pp. 336-338. Tra tutti il più noto autore ad affermare con forza il rifiuto di qualsiasi dialogo con i negazionisti è Pierre Vidal-Naquet. A detta dell’Autore questi non meritano l’instaurazione di un dialogo perché responsabili di aver “smisuratamente ampliato il registro della menzogna”. Si veda P. Vidal-Naquet, *Gli assassini della memoria*, p. 57.

arrenderci al fatto che il dialogo con loro è indispensabile affinché il loro stesso discorso cessi, e siano quindi messi a tacere. Non credo sia possibile, né utile ignorarli del tutto senza dare alcun peso o valore alle loro affermazioni. Infatti, di fronte a un discorso così polarizzato, anche restare neutrali e indifferenti significherebbe prendere una certa posizione.

4.5.4.2 Il “negazionismo di terza generazione” e il “content warning”

Con l'avvento di internet sono nate altre forme di negazionismo, che, proprio per i loro tratti comuni con il negazionismo classico - da rinvenire soprattutto nell'obiettivo di rifiutare e attaccare una verità condivisa⁷⁰² - sono stati definiti come negazionismo “di terza generazione”.⁷⁰³ Lo stesso negazionismo classico ha cambiato i suoi connotati nel tentativo di conformarsi alle regole di *internet*. Ed ha così sempre più assunto, come vedremo, le caratteristiche delle *fake news*. Se *prima facie* tale associazione può sembrare non pertinente, alcune osservazioni possono farci riflettere nel senso opposto.

Sebbene le legislazioni dei paesi occidentali tendano a trattare il negazionismo come discorso d'odio piuttosto che come discorso falso, occorre osservare che sia nella pronuncia della Corte costituzionale tedesca⁷⁰⁴ sia nel procedimento penale nei confronti del negazionista Ernst Zundel⁷⁰⁵ è stato proposto un ragionamento che parte da un'interpretazione del discorso negazionista come discorso falso: in particolare, la Corte costituzionale federale tedesca ha affermato che tale discorso consisterebbe in un'affermazione falsa di un fatto e non nella manifestazione di un'opinione. Vediamo, quindi, affermarsi l'interpretazione del discorso negazionista come discorso falso, che a

⁷⁰² E. Fronza, *Il negazionismo di terza generazione. Dalla tutela della memoria alla tutela della verità?*, p. 334.

⁷⁰³ Ivi, p. 335.

⁷⁰⁴ Bundesverfassungsgericht, 13 aprile 1994, BVerfGE 90, 274.

⁷⁰⁵ Zundel era stato incriminato per la violazione della Section 181 del Codice penale che puniva la diffusione di idee false (poi abrogato nel 2019) per aver pubblicato due pamphlet *Did Six Million Really Die?* e *The West, War and Islam*. Anche se non fu invocato il reato di diffusione di idee false per quanto scritto nel suo sito, ma piuttosto il reato di incitamento all'odio, va sottolineato che lo *Zundel site*, contenente informazioni negazioniste, rappresenta uno degli esempi di maggior successo per la diffusione di idee negazioniste.

sua volta permette una sua sovrapposizione concettuale con un altro genere di discorso negazionista, quello che nega verità scientifiche, il quale rappresenta una forma del c.d. “negazionismo di terza generazione”.

Intanto, restando a livello formalistico, possiamo dire che a spingerci verso tale equiparazione vi è l'utilizzo del termine “negazionismo” anche in riferimento a coloro che negano che sia in atto una pandemia da Covid19. Sebbene si tratti di negazionismo scientifico e non di negazionismo storico, si può rinvenire un substrato di fondo comune nell'impiego della teoria del complotto. Ogni complottismo presuppone una negazione della realtà, poiché rifiuta una certa interpretazione dei fatti.

Ciononostante, il complotto presuppone, ma non si esaurisce, nel confutare fatti accertati: infatti, queste nuove forme di negazionismo considerano la negazione funzionale per proporre una verità alternativa, che andrebbe meglio qualificata come “credenza”, piuttosto che verità, per lo scollamento della rappresentazione che propone rispetto alla realtà.⁷⁰⁶ La “credenza” si fonda sul sospetto radicale e sistematico rispetto alle verità storicamente o scientificamente accertate, che viene insinuato consapevolmente nella mente di colui che ascolta o legge, facendo leva su sentimenti e paure. Il risultato che si intende raggiungere è quello di demolire la legittimazione del potere centrale, che viene rappresentato come un organo che esercita il controllo sugli individui, limita le libertà individuali e di cui si invoca la delegittimazione (si veda anche il movimento americano QAnon che ha ideologizzato la crisi sanitaria e ha fatto ampio ricorso alle teorie del complotto).⁷⁰⁷ Dunque, un primo aspetto di affinità con il “negazionismo di terza generazione” riguarda la metodologia.

Se la caratteristica dell'antisemitismo propria del negazionismo differenzia quest'ultimo fenomeno dal c.d. “negazionismo di terza generazione”, l'effetto primario e più superficiale sulla società dei due fenomeni è comune: quello di screditare e delegittimare l'informazione più competente e autorevole e al contempo far leva sui sentimenti più irrazionali degli individui al fine di minare la capacità degli individui di discutere razionalmente nella sfera del dibattito pubblico. Questa apertura verso

⁷⁰⁶ N. Martellozzo, *Il dubbio, il sospetto e la credenza. Note di antropologia sul negazionismo*, Dialoghi Mediterranei - <https://www.istitutoeuroarabo.it/DM>

⁷⁰⁷ Teoria cospirazionista diffusasi negli Stati Uniti a partire dal 2017, in base alla quale esisterebbe un *deep state* globalizzato, organizzato in una rete mondiale composta da persone influenti e dedite alla pedofilia e al satanismo, contro cui Donald Trump lotterebbe per stabilire un nuovo ordine mondiale.

l'irrazionale permette di radicare nella società un'interpretazione mistificata della realtà. Dunque, il meccanismo di funzionamento è lo stesso, sebbene il negazionismo della *Shoah* abbia le sue specificità, che vanno tenute in considerazione.

All'interno di questo quadro, non si possono trascurare le interferenze con il fenomeno delle *fake news*. Secondo alcuni commentatori, uno degli elementi centrali delle *fake news* è il loro carattere deliberatamente ingannevole: in tal senso, possiamo dire che anche il negazionismo è volto intenzionalmente a ingannare il lettore. Tuttavia, la natura dell'intenzione è diversa: mentre il fine ultimo dei negazionisti è quello di comunicare sentimenti antisemiti attraverso un'interpretazione distorta, se non del tutto inventata, della storia e della ricostruzione dei fatti così come accertati dalla storiografia, il fine degli autori delle *fake news* è proprio quello di presentare un fatto come notizia.⁷⁰⁸ In tal senso, però, può dirsi che se prendiamo come elemento costitutivo essenziale quello della volontà di trarre in inganno, allora il negazionismo può certamente configurarsi come una forma di *fake news*.⁷⁰⁹

Altro elemento costitutivo delle *fake news* risiede nel fatto che l'informazione falsa deve essere diffusa via *internet*. Abbiamo già avuto modo di argomentare in altre sedi⁷¹⁰ che con l'avvento di internet il luogo di elezione della comunicazione negazionista non è più la carta stampata, né i convegni, né i processi, ma la Rete, dove appunto convergono le energie profuse dai negazionisti. In particolare, come per le *fake news*, la linfa vitale deriva dai *social network*.

A partire da tale simmetria sul piano fenomenologico, è possibile tentare una ricostruzione sistematica sul piano dei rimedi applicabili di fronte al pervasivo dispiegarsi del fenomeno. La premessa è che, come abbiamo sopra evidenziato, il fenomeno delle

⁷⁰⁸ Ivi, p. 210.

⁷⁰⁹ Prendiamo in considerazione ai fini del presente lavoro la definizione elaborata da G. Anderau, *Fake news*: fake news “is misleading information intentionally published and presented as news which has the function of deliberately misleading its recipients about its status as news”, ma propendiamo per la seguente definizione: ““fake news” as the online publication of intentionally or knowingly false statements of fact” presente in D. Klein, J. Wueller, *Fake News: A Legal Perspective*, p. 8. Un ulteriore e interessante tentativo definitorio è quello esperito da M. Verstraete, D. E. Bambauer, J. R. Bambauer, *Identifying and Countering Fake News*. Gli autori scelgono di classificare le “fake news” dividendole per categorie sulla base dei seguenti criteri: la motivazione e l'intento di ingannare da parte dei loro creatori. Sulla scorta di tale metodo vengono identificate quattro categorie: satire, bufale, propaganda e trolling.

⁷¹⁰ Si veda il capitolo I.

fake news, così come i vari tipi di negazionismi, hanno luogo su *internet*, e dunque eventuali strumenti di contrasto vanno misurati rispetto a questo specifico mezzo di diffusione delle idee. In particolare, poi, bisogna considerare che lo strumento privilegiato ai fini della propaganda del negazionismo sono i *social network*. Quindi è in tale contesto che vanno applicati eventuali rimedi.

Introdurre meccanismi che riescano a determinare la responsabilità dei *social network* e delle piattaforme digitali responsabili della diffusione di “bufale” è sicuramente una strada da percorrere, ferma restando la problematica relativa ai rischi che tale sistema può comportare in termini di censura privata.⁷¹¹

L’elaborazione di strumenti che determinino la responsabilità dell’*internet social provider* presuppone l’accertamento di un danno potenziale conseguente alla diffusione di certe idee. Per quanto riguarda le *fake news* il danno individuabile può essere quello alla reputazione delle persone colpite dalle *fake news*, ma anche quello più generale, o meglio sociale, relativo alla perdita della capacità della società di impegnarsi in un discorso razionale basato su informazioni sufficientemente accurate, o comunque raccolte con un meccanismo di *fact-checking*.⁷¹² Si tratta, quindi, di un valore che è proprio della collettività e che fa parte del vivere democratico.

Ma il danno potenziale non si ferma qui. Ad esempio, coloro che negano l’esistenza del Covid 19, non vaccinandosi, sono in grado di ledere non solo il diritto a un’informazione che abbia un certo standard di affidabilità, ma anche potenzialmente la loro salute e quella degli altri. Come esempio parallelo, possiamo impiegare quello di una persona che, negando l’esistenza dell’HIV, non userà strumenti di prevenzione, divenendo così un potenziale veicolo di trasmissione.

Il richiamo a beni giuridici di dimensione individuale, da un lato, collettivo o generale, dall’altro, si ricollega alla questione relativa al bene giuridico protetto dalla fattispecie penale di negazionismo. Anche qui troviamo la reputazione degli individui

⁷¹¹ Sull’opportunità di introdurre una regolamentazione dei *social media* si veda più ampiamente J. Balkin, *Free speech in the Algorithmic Society*; Id. *How to Regulate (and Not Regulate) Social Media*; Id. *Old-School/New-School Speech Regulation*; M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet Platforms*; Id., *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*.

⁷¹² Tale posizione contrasta con la tesi di quanti ritengono che un cittadino che abita in uno stato democratico sia in grado di far fronte all’infondatezza di tali teorie e quindi sia spontaneamente portato a rifiutarle, sicché una loro diffusione non può costituire mai una minaccia per uno stato democratico stabile.

(anche nella dimensione di gruppo) e un interesse generale a preservare la società dalla diffusione di idee antisemite e dunque antidemocratiche.

Ma vi è anche un *quid pluris* che forse necessita di essere spiegato meglio. La *Shoah*, oggetto della negazione, è un evento storico che ha segnato l'identità di un popolo e il suo riconoscimento sociale e ufficiale permette la sua rielaborazione, il superamento del trauma collettivo e, infine, la non-ripetizione dell'evento. Negarlo, come negare un suo riconoscimento, significa bloccare questo processo di rielaborazione, rifiutare il trauma, contrastare la formazione di quella memoria collettiva che è la più grande garanzia contro la non-reiterazione. Significa, in altre parole, aprire la strada alla possibilità che una volta raggiunto lo stesso clima d'odio quello stesso crimine possa venire nuovamente messo in atto.

In estrema sintesi, negare il negazionismo vuol dire affermarne la sua potenziale futura ripetizione. Per questo, il negazionismo – che è sempre un negazionismo di tipo ontologico, in quanto nega l'esistenza di una realtà - come fenomeno sociale necessita la più grande attenzione.

Anche al fine di una più accurata riflessione intorno ai rimedi, bisogna distinguere le diverse forme che il discorso negazionista può assumere: da una parte, quei siti che contengono una serie di teorie pseudoscientifiche, il cui obiettivo finale è quello di dimostrare che le camere a gas non sono mai esistite e che non hanno uno stile aggressivo; dall'altra, le dichiarazioni puramente e apertamente antisemite e negazioniste espresse nei post sui social, come Twitter o Facebook, che contengono invettive e offese e che, quindi, somigliano di più al discorso d'odio classico, come abbiamo spiegato nei precedenti capitoli.

Ne consegue che, date le peculiarità specifiche del negazionismo, anche gli strumenti di contrasto vanno pensati in funzione della diversa forma assunta da tale fenomeno. Uno degli aspetti sicuramente più ingannevole è rappresentato dalla difficoltà per l'utente internet, spesso sprovveduto, che si imbatte nei contenuti negazionisti (in particolare in quelle pagine web che tentano di offrire una versione opposta della storia), di riconoscere e saper prendere le distanze dal contenuto a cui è passivamente sottoposto.

In tal senso deve ritenersi fondamentale informare e educare il “cittadino di internet”, *in primis* attraverso campagne di sensibilizzazione. Informare, educare, far conoscere il sentimento di odio sotteso e celato dietro le tesi negazioniste resta prioritario.

L'intervento legislativo in materia di responsabilità civile, infatti, essendo incentrato sul danno, mal si attaglia rispetto alla prevenzione della diffusione delle idee

su internet, che invece presuppone un intervento anticipato, in via precauzionale, affinché possa risultare efficace. A tal fine può risultare utile pensare a un sistema di collaborazione orizzontale tra gli utenti delle piattaforme e le piattaforme stesse. Il convergere di queste due forze potrebbe rafforzare il meccanismo che parte dalla segnalazione del cittadino, a cui poi segue la segnalazione della piattaforma *web* agli altri utenti attraverso l'apposizione del “content warning”.

Il “content warning” è una segnalazione scritta o orale che permette all'utente di prestare metaforicamente il consenso a quanto sta per essere posto sotto la propria attenzione. Tale strumento ha la funzione primaria di prevenire eventuali traumi per chi si trova già in una condizione di vittimizzazione, in quanto appartenente a una minoranza discriminata. Al contempo questo meccanismo garantirebbe il rispetto della libertà di espressione.

Se un utilizzo in tal senso è corretto per quanto riguarda i post manifestamente negazionisti presenti sui social che hanno un contenuto aggressivo, capace di offendere il gruppo “target”, diverso è il caso di siti, come il “CODOH” (Committee for Open Debate on the Holocaust), che hanno un tono cosiddetto freddo e, dunque, sono privi di quell'idoneità lesiva che caratterizza, invece, la maggior parte dei post negazionisti presenti sui social. In tal caso il “content warning” avrebbe una funzione aggiuntiva ovvero quella di mettere in guardia il fruitore dal contenuto ingannevole che si trova di fronte, oltre a quella di prevenire una doppia vittimizzazione nei confronti delle minoranze.

La necessità di un impianto consensuale di tale natura si impone per diverse ragioni, tutte dovute alla natura del mezzo (internet) con cui tali idee sono espresse: ad esempio, anche qualora il contenuto negazionista venisse cancellato, questo, come ogni contenuto espresso on-line, potrebbe riapparire a distanza di tempo, e tale ritorno sarebbe del tutto imprevedibile.⁷¹³

La ragione che ci spinge a optare per l'impiego del “content warning” è che determinati contenuti, anche se non sono di una severità tale da raggiungere la soglia dell'incitamento alla violenza, sono comunque idonei a produrre un'offesa nei confronti

⁷¹³ G. Ziccardi, *Il contrasto dell'odio online: possibili rimedi*, p. 42.

di categorie di soggetti che fanno parte di minoranze discriminate.⁷¹⁴ Ci sono, però, delle controindicazioni. Da un lato, un meccanismo del genere potrebbe essere troppo farraginoso e intervenire in uno stadio troppo avanzato, quando le idee negazioniste hanno già raggiunto un ampio numero di persone, dall'altro, se dovesse raggiungere la soglia dell'incitamento alla violenza, le linee guida di tali piattaforme già prevedono meccanismi di rimozione abbastanza efficaci, che, anzi, intervengono anticipando la tutela ad un momento talmente anteriore da lasciar temere che si tratti di censura privata.

Il problema che resta in merito a questa impostazione è quello della formazione di un potere censorio privato che governa sulla circolazione delle informazioni. Il rischio è che si crei un sistema di controllo, senza che vi sia un organo che vigili sulla selezione dei contenuti da parte dei *social network*.

Un argine a tale deriva potrebbe essere rappresentato dall'apparato della corporate social responsibility (CSR), che rappresenta una manifestazione di volontà delle imprese di conformare la propria attività al rispetto dei diritti umani. In tale ambito hanno svolto un ruolo significativo i c.d. Ruggie Principles (Le Lineeguida Onu su imprese e diritti umani), che enunciano una serie di parametri a cui gli stati e le imprese devono uniformarsi: tra questi c'è l'obbligo di porre rimedio e dar conto degli impatti causati sui diritti umani.⁷¹⁵ Ciononostante, resta il fatto che il meccanismo della CSR interviene su base volontaria e che i Ruggie Principles non sono vincolanti, essendo strumenti di soft law. A questo va aggiunto che si tratta ancora una volta di un meccanismo di tutela che agisce soprattutto sul piano del danno e dunque ha un'efficacia preventiva limitata.

⁷¹⁴ Tali offese hanno diverse forme. Le manifestazioni di odio on line possono causare un sentimento di denigrazione, di mancanza di auto-stima, un danno psicologico, marginalizzazione o *silencing*, consolidare stereotipi sugli appartenenti a un determinato gruppo minoritario.

⁷¹⁵ Principio XV.

Conclusioni

L'indagine sul reato di negazionismo non può mai prescindere da una presa di coscienza del fenomeno. Per questo, nel primo capitolo, si è scelta una ricostruzione logico-cronologica del negazionismo che ha messo in luce il suo cambio di *pattern* nel corso del tempo, nonché l'evoluzione delle tecniche argomentative utilizzate dai negazionisti per divulgare le loro tesi. Ciò ha permesso di tenere distinto il negazionismo dalle altre forme di discorso estremo con cui si sono riscontrati punti di sovrapposizione, in particolare il discorso d'odio. Inoltre, nello stesso capitolo si è tentato di distinguere il negazionismo dal revisionismo storico, che, a differenza del primo, va considerato come una corrente storiografica, per l'impiego di un metodo scientificamente valido nella ricerca. Tale distinzione merita di essere sottolineata, poiché i negazionisti, per accreditarsi come interlocutori nel mondo accademico, tentano a tutti i costi di ottenere la qualifica di revisionisti.

Nel secondo capitolo, attraverso i vari criteri di giustificazione, abbiamo testato la resistenza del negazionismo rispetto a una sua eventuale proibizione. Si è giunti alla conclusione che solo nel caso della libertà di espressione giustificata dal raggiungimento della verità il discorso negazionista non sarebbe legittimamente punibile. Abbiamo, inoltre, elaborato delle ipotesi applicative volte a testare il principio del danno e, di conseguenza, valutare come questo reagisce di fronte a condotte-limite: a partire da casi paradigmatici, in cui la violazione di un diritto è chiara ci siamo mossi verso casi in ombra, come la fattispecie di negazionismo, per verificare se essi fossero coperti o no dal diritto alla libertà di espressione.

Nel terzo capitolo è emerso che non vi è un obbligo di diritto internazionale che impone la criminalizzazione del negazionismo. Ciononostante, l'intervento in tale materia dell'UE rappresenta un'ingerenza rilevante rispetto all'autonomia degli stati membri nel legiferare su restrizioni alla libertà di espressione. L'interferenza dell'UE, che impone la criminalizzazione del negazionismo quando raggiunge la soglia dell'incitamento alla violenza, va nel senso di un abbassamento dello standard minimo di tutela della libertà di espressione, dietro cui si cela una preoccupazione per il clima di odio che tali espressioni possono determinare. L'effetto è una generale tendenza degli ordinamenti interni a omologarsi a quanto deciso a livello dell'Unione Europea.

Al contempo, la Cedu sembra stia rivalutando la propria posizione e mostra una recente propensione ad analizzare i ricorsi contro condanne per negazionismo attraverso il richiamo dell'articolo 10 (2) CEDU, che necessariamente prevede un accertamento dell'eventuale violazione alla luce delle circostanze del caso concreto. Quindi la Cedu rimuove il riferimento alla clausola dell'abuso del diritto, che attraverso il c.d. effetto ghigliottina non permetteva un'analisi della questione nel merito. La Cedu, come corte che sopra tutte le altre utilizza il metodo comparatista, è forse l'organo che meglio riesce a riflettere il benessere generale del diritto alla libertà di espressione. Dunque, tale ultima tendenza deve essere letta nel senso di un innalzamento dello standard di tutela, a cui si oppone l'orientamento della legislazione interna degli stati membri Ue volto ad introdurre una norma che proibisce il negazionismo, con le corti nazionali che tentano di contrastarne i profili di incostituzionalità.

Tra i vari profili di illegittimità, la stessa giurisprudenza costituzionale di alcuni paesi ha evidenziato che la norma che proibisce l'incitamento alla violenza e la propaganda di idee discriminatorie risulta già essere uno strumento di contrasto efficace e che le condotte di negazionismo sarebbero già assorbite da questa fattispecie; di conseguenza, la disposizione contro il negazionismo risulterebbe inutile, come un mero doppiopione di fattispecie penali già esistenti.

È importante osservare che le corti superiori non usano sempre un solo criterio di giustificazione, appellandosi - nelle loro argomentazioni a sostegno della restrizione della libertà di espressione - alla protezione di beni giuridici diversi. La confusione riguardante l'individuazione del bene giuridico protetto emerge in tutta la sua drammaticità. Per questo nel quarto capitolo, abbiamo tentato di gettar luce sulle molte ombre che ricoprono la questione del bene giuridico protetto dalla norma che punisce il negazionismo. Abbiamo, così, cercato di separare i diversi interessi coinvolti: la dignità, la memoria, la reputazione, l'ordine pubblico. Abbiamo, poi, tentato di spiegare che l'unico bene che potrebbe legittimamente giustificare una limitazione della libertà di espressione è la dignità delle vittime. Ciononostante, anche in questo caso il rispetto dei principi di materialità, offensività e determinatezza è difficile da sostenere.

Un'altra problematica assai complessa, che è stata oggetto di indagine, riguarda la congiunzione tra storia e diritto, giacché la stessa norma contro il negazionismo non fa altro che riconoscere la *Shoah* come verità giuridica, sottraendola di fatto alla sua messa in discussione. Si tratta, volendo estremizzare, della tabuizzazione di un fatto storico, del ripiegarsi della storia sul diritto, che finisce per disciplinare attraverso norme giuridiche

il rapporto con il passato, in quel processo epistemico definito come “giuridificazione del discorso sulla storia”.

Se la storia è il cuore del reato di negazionismo, ci sono altri aspetti non meno importanti che devono essere tenuti in conto per comprendere il fenomeno. Gli studi in materia hanno dimostrato che le forme più invasive ed efficaci di negazionismo hanno prevalentemente luogo *on-line* e non hanno necessariamente le caratteristiche del discorso d’odio, avendo piuttosto l’ambizione di assumere carattere pseudo-scientifico. Dunque, non sempre risulta facile individuare l’intento denigratorio nei confronti degli ebrei. In tal caso, cioè quando il discorso non veicola apertamente un messaggio di odio, ritengo che tali forme di espressione debbano restare al di fuori dell’intervento del diritto. Si tratta, infatti, nella maggior parte dei casi, di siti che tendono a trasmettere unicamente idee false e che trovano dei profili di somiglianza con il fenomeno delle *fake news*.

Proprio in ragione di tale prossimità concettuale, una parte del quarto capitolo è stata dedicata ad un approfondimento della nozione di *fake news* alla luce del negazionismo. Se il negazionismo nella sua classica impostazione non era assimilabile alle *fake news* con l’avvento di *internet* questo ha sempre più assunto i caratteri di tale fenomeno, potendo quindi essere assimilato a una vera e propria forma di *fake news*. Ad una più attenta analisi, in effetti, esso ne condivide i suoi elementi essenziali, e secondo alcuni commentatori ne costituisce la matrice, condividendo con il fenomeno delle *fake news* (o dei c.d. “alternative facts” o “post-truths”) l’attacco al potere secondo una metodologia decostruttivista.⁷¹⁶ Inoltre, entrambi i fenomeni poggiano la loro struttura concettuale sulla teoria del complotto. Ciononostante, al di là dei tratti comuni, il negazionismo ha in sé un *quid pluris*, rappresentato dall’obiettivo di riabilitare il nazismo attraverso il disconoscimento del passato valoriale comune e fondativo dello stato di diritto.

In estrema sintesi, si vuole dire che negare la *Shoah* significa affermarne la sua potenziale futura ripetizione. Per questo, il negazionismo come fenomeno sociale necessita la più grande attenzione. E soprattutto necessita una riflessione sui rimedi che qui abbiamo tentato di porre in rilievo. Non basta sbandierare il diritto penale come se fosse la panacea di tutti i mali del mondo: anzi, l’esperienza, dimostra che non è il rimedio

⁷¹⁶ E. Fronza, *Il negazionismo di terza generazione. Dalla tutela della memoria alla tutela della verità?* p. 330.

più efficace rispetto a un fenomeno così complesso come il negazionismo, che interseca a sua volta altri discorsi limite e che ha radici così profonde nella nostra società. Ecco allora che si impone una riflessione su altri rimedi, di natura legale o extra-legale.

Sicuramente formare dei cittadini più consapevoli è un obiettivo che bisogna porsi, ma non basta. Il fatto che il negazionismo abbia come luogo di elezione la Rete impone che anche gli strumenti di contrasto vadano adattati a tale contesto. Ma è sufficiente un meccanismo di tutela tutto ripiegato sulla fiducia nelle capacità di discernimento e sulle competenze dell'utente di *internet*, senza mai intervenire dal lato attivo, vale a dire dal lato di chi parla e non di chi ascolta? Orbene, abbiamo provato a riflettere su tale aspetto, saggiando l'efficacia di meccanismi già esistenti che potrebbero essere riadattati per combattere il negazionismo in Rete.

Ad esempio, la stessa strategia del contro-parlato può essere applicata su *internet*, imponendo ai motori di ricerca di affiancare - nei risultati delle ricerche - a siti che riportano tesi negazioniste, pagine che facciano riferimento a tesi opposte, vale a dire a tesi storicamente accertate. Questo metodo può funzionare per quanto riguarda i siti e le pagine che contengono teorie pseudo-scientifiche, non per quanto riguarda i post su Facebook o Twitter che contengono tesi negazioniste, accompagnate da invettive contro gli ebrei. In tal caso, la rimozione si rende necessaria, ma la strategia implementata dai *social network* con le loro linee guida potrebbe già essere sufficiente.

Ciò che è necessario migliorare sono i meccanismi per l'attribuzione della responsabilità degli intermediari digitali per i contenuti illeciti che vengono pubblicati sulle loro piattaforme. Si tratterebbe, però, ancora, di un intervento *ex post*, che va ad intervenire sugli effetti prodotti dalla condotta illecita, in assenza di un obbligo di controllo *ex ante* dei contenuti da parte dei *social network*. Sicuramente l'imposizione di tale obbligo potrebbe agevolare una maggior vigilanza in via precauzionale da parte dei *social network* per evitare di incorrere in sanzioni in caso di danni alle vittime.

In conclusione, il nostro studio ha evidenziato che il negazionismo può essere legittimamente limitato solo in casi in cui raggiunga la soglia dell'incitamento alla violenza. In tutti gli altri casi, il negazionismo dovrebbe porsi sotto l'ombrello di protezione della libertà di espressione. Abbiamo dimostrato che l'intervento del diritto penale in questa specifica materia non è solo illegittimo, ma anche inefficace in termini di costi-benefici. Lo studio di rimedi alternativi al diritto penale si è imposto. Tali rimedi devono, però, essere riadattati in relazione alla comunicazione *on line*, in cui la maggior parte delle

Conclusioni

manifestazioni negazioniste ha luogo. Tra tutti, la strategia del contro-parlato, specialmente se adattata al mondo digitale, sembra essere il metodo più efficace.

Bibliografia

Agamben G., *Quel che resta di Auschwitz. L'archivio e il testimone*, Bollati Boringhieri, Torino, 1998.

Alexander L., *Is There a Right of Freedom of Expression?* Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2005.

Amdur R., *Scanlon on Freedom of Expression*, in «Philosophy & Public Affairs», vol. 9, 1980, 3, pp. 287-300.

Baker E., *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, in «UCLA Law Review», vol. 25, 1978, 5, pp. 964-1040.

Baker E., *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, New York, 1989.

Atkins S., *Holocaust Denial as an International Movement*, Praeger Publishers, Westport, 2009.

Bacco F., *Tra sentimenti ed eguale rispetto*, Giappichelli, Torino, 2018.

Balbi G., *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, in «Criminalia», 2018, pp. 233-263.

Balkin J., *How to Regulate (and Not Regulate) Social Media*, in «Journal of Free Speech Law» 1, 2021, vol. 71, pp. 71-96.

Balkin J., *Free speech in the Algorithmic Society*, «UC Davis Law Review», 2018, vol. 51, pp. 1149-1210.

Bibliografia

Balkin J., *Old-School/New-School Speech Regulation*, 8, 2014, vol 127, pp. 2296-2342.

Bárd K., *The Difficulties of Writing the Past through Law – Historical Trials Revisited at the European Court of Human Rights*, in «Revue International de droit penal», vol. 81, 2010, 1-2, pp. 27-45.

Barendt E., *Freedom of Speech*, Oxford University Press, New York, 2007.

Barile P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975.

Battini M., *Il socialismo degli imbecilli*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010.

Bauman Z., *Modernity and the Holocaust*, Polity Press, Cambridge, 1989.

Bazyler M., *Holocaust, Genocide, and the Law: A Quest for Justice in a Post-Holocaust World* Oxford University Press, New York, 2017.

Belavusau U., Gliszczynska-Grabias A. (a cura di), *Law and Memory. Towards Legal Governance of History*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

Belavusau U., *Perinçek v. Switzerland: Between Freedom of Speech and Collective Dignity* <https://verfassungsblog.de/blog/> (accesso Febbraio 2022)

Bellagamba F., *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"?* in «Criminalia», 2018, pp. 265-290.

Bensoussan G., *L'eredità di Auschwitz: come ricordare?*, Einaudi, Torino, 2014.

Bensoussan G., *Négationnisme et antisémitisme: récurrences et convergences des discours du rejet*, in «Revue d'Histoire de la Shoah»3, vol. 2, 1999, 166, pp 76-88.

Bernard-Donals M., *Forgetful Memory representation and remembrance in the wake of the Holocaust*, State University of New York Press, Albany, 2009.

Bibliografia

Besussi A., *Discorso negazionista e libertà di pensiero* in «Notizie di Politeia», vol. 33, 2017, pp. 43-57.

Besussi A., *Hate Speech. Una categoria inattendibile*, in «Biblioteca della Libertà», vol. 54, 2019, pp. 39-54.

Bianchi C., *Hate Speech, Il lato oscuro del linguaggio*, Laterza, Roma-Bari, 2021.

Blasi V., *Reading Holmes through the Lens of Schauer: The Abrams Dissent*, in «Notre Dame Law Review», vol. 72, 1997, 5, pp. 1342-1360.

Blasi V., *Shouting Fire in a Theater and Vilifying Corn Dealers*, in «Capital University Law Review», vol. 39, 2011, 3, pp. 535-570.

Bloxham D., *Genocide on Trial – War Crimes Trials and the Formation of a Holocaust History and Memory*, Oxford University Press, New York, 2001.

Bollinger L., *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, New York, 1986.

Boym S., *Conspiracy theories and literary ethics: Umberto Eco, Danilo Kis and The Protocols of Zion*, in «Comparative Literature», vol. 51, 1999, 2, pp. 97-122.

Bork R., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in «Indiana Law Journal», vol. 47, 1971, 1, pp. 1-35.

Borrello M., *Sul Giudizio. Verità storica e verità giudiziaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

Brayard F., *Comment l'idée vint à M. Rassinier*, Fayard, 1996.

Bibliografia

Breton A., Wintrobe R., *Freedom of Speech vs. Efficient Regulation in Markets for Ideas*, in «Journal of Economic Behavior & Organization», vol. 17, 1992, 2, pp. 217-239.

Brink D. O., *Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech*, in «Legal Theory», vol. 7, 2001, 2, 119-157.

Brown A., *What is Hate Speech? Part 1: The Mythe of Hate*, in «Law and Philosophy», vol. 36, 2017, pp. 419-468.

Brown A., *Hate Speech Law*, Routledge, New York – Abingdon, 2015.

Brunelli D., *Attorno alla punizione di negazionismo*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», vol. 2, 2016, pp. 978-988.

Brunet F., *De la censure constitutionnelle de la loi*, in «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», vol. 2, 2012, 2, pp. 343-351.

Butz A. R., *The Hoax of the Twentieth Century: The Case Against the Presumed Extermination of European Jewry*, Legion for the Survival of Freedom, 1976.

Buyse A., *The Limits of Freedom of Expression from an Abuse of Rights Perspective - Articles 10 and 17 ECHR*, in E. Brems, J. Gerards (a cura di), *Shaping Rights in the ECHR*, Cambridge University Press, New York, 2014.

Calamandrei P., *Il giudice e lo storico*, in «Rivista di Diritto Processuale Civile», 1939.

Caputo D., *La “Menzogna di Auschwitz”, le “Verità” del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in «Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale», 2014.

Caruso C., *Memoria, verità, pena. È ancora il tempo della libertà di espressione?* in «Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale», 4, 2018.

Bibliografia

Caruso C., *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in «Quaderni Costituzionali», 4, 2017.

Caruso C., *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del tribunale Costituzionale spagnolo* in «Quaderni Costituzionali», 3, 2008.

Cartier E., *Histoire et droit: Rivalité ou complémentarité?* in «Revue Française de Droit Constitutionnel», vol. 3, 2006.

Cascione C. M., *Genocide Denial and Freedom of Expression in the Perinçek Case: A European Overruling or a New Approach to Negationism?*, in «Questions of International Law- Zoom-in», 28, 2016, pp. 5-18.

Cassese A., *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

Castellaneta M., *Il negazionismo tra abuso del diritto e limite alla libertà di espressione in una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Media Laws, Rivista di Diritto dei Media», vol. 2, 2019, pp. 311-322.

Cavaliere A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», vol. 2, 2016, pp. 999-2015.

Ceretti A., *Il perdono, riparazione e riconciliazione*, in «Ars Interpretandi», 9, 2004.

Champeil-Desplats V., *N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in «Cahiers du Conseil Constitutionnel», 2007, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/n-est-pas-normatif-qui-peut-l-exigence-de-normativite-dans-la-jurisprudence-du-conseil> (accesso Febbraio 2022)

Cohn N., *Licenza per un genocidio*, Castelvechi, Roma, 2013.

Bibliografia

Cohen-Almagor R. (a cura di), *Liberal Democracy and the Limits of Tolerance: Essays in Honor and Memory of Yitzhak Rabin*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2000.

Cohen-Almagor R., *The Scope of Tolerance: Studies on the Costs of Free Expression and Freedom of the Press*, Routledge, New York, 2005.

Cohen-Almagor R., *Holocaust Denial is a Form of Hate Speech*, in «Amsterdam Law Forum», vol. 2, 2009, 1, pp. 33-42.

Conly S., *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

Ciuffoletti Z., *Retorica del complotto*, Il Saggiatore, Milano, 1993.

Daniele L., *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in «Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale», 10, 2017, pp. 78-104.

D'Agostini F., *Diritti aletici*, 2017, https://www.centroeinaudi.it/images/abook_file/BDL-218_D_Agostini.pdf

De Bellescize D., *L'autorité du droit sur l'histoire* in J. Foyer, G. Lebreton, C. Puigelier (a cura di), *L'autorité*, Presses Universitaires de France, Paris, 2008.

De Flammineis S., *Riflessioni sull'aggravante del "Negazionismo": Offensività della condotta e valori in campo*, in «Diritto Penale Contemporaneo - Rivista Trimestrale», 2016.

Delgado R., Stefancic J., *Must We Defend Nazis? Why the First Amendment Should Not Protect Hate Speech and White Supremacy*, New York University Press, New York, 2018.

De Greiff P., *Deliberative Democracy and Punishment*, in «Buffalo Criminal Law Review», vol. 5, 2002.

Bibliografia

De Greiff P., *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

Del Bò C., *Tollerare l'intollerabile. il negazionismo tra etica e diritto*, in «Criminalia», 2018, pp. 1-13.

Della Morte G., *Le problematiche giuridiche emergenti nella punizione delle condotte di negazionismo*, in «Notizie di Politeia», vol. 33, 2017, 125, pp. 17-31.

Della Morte G., *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa* <http://www.sidiblog.org/2016/06/22/sulla-legge-che-introduce-la-punizione-delle-condotte-negazionistiche-nellordinamento-italiano-tre-argomenti-per-una-critica-severa/> (accesso Febbraio 2022)

De Vero G., *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, Torino, 1988.

Di Giovine A., *Il passato che non passa: Eichmann di carta e repressione penale*, in «Diritto Pubblico Comparato ed Europeo», vol. 1, 2006.

Donini M., *'Danno' e 'offesa' nella c.d. tutela penale dei sentimenti: Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg*, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto Penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Giuffrè, Torino, 2010.

Donini M., *Negazionismo e protezione della memoria. L'eredità dell'Olocausto e la sua sfida per l'etica pubblica e il diritto penale* in «Sistema Penale», 2021 https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1613031808_donini-2021a-negazionismo-protezione-memoria.pdf (accesso Febbraio 2022).

D'Orazio R., *La Memoria doverosa. L'esperienza Francese delle Lois Mémorielles*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Riparare, Risarcire, Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

Bibliografia

Droin N., *Etat des lieux de la répression du négationnisme en France et en droit comparé*, in «Revue trimestrielle des droits de l'Homme», 98, 2014, pp. 363-394.

Droin N., *La Conformité de l'article 24 bis de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 à la Constitution: fin de partie?* in “Revue française de droit constitutionnel”, 106, 2016, pp. 501-513.

Edelman B., *L'office du juge et l'histoire*, in «Droit et Société», 38, 1998, pp. 47-58.

Evans R., *Lying About Hitler, History, Holocaust and the David Irving trial*, Basic Books, New York, 2001.

Faurisson R., *Mémoire en défense*, La Vieille Taupe, Paris, 1980.

Feinberg J., *Offense to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1985.

Feinberg J., *Harm to Self: The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1986.

Ferrajoli L., *Diritti Fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

Fiandaca G., *Sul Bene giuridico. Un consumo critico*, Giappichelli, Torino, 2014.

Finkelkraut A., *L'avenir d'une négation: Réflexion sur la question du génocide*, Seuil, Paris, 1982.

Flores M., *Revisionismo storiografico*, in *Enciclopedia italiana*, Treccani, Roma, 2007.

Foa A., *Genocidi a confronto: una riflessione sull'Unicità della Shoah* in F. Berti and F. Cortese (a cura di), *Il crimine dei crimini. Stermini di massa del Novecento*, Franco Angeli, Milano, 2008.

Fournet C., Pégrier C., *Combating genocide denial via law état des lieux of anti-denial legislation*, in P. Beherens, O. Jensen, N. Terry (a cura di), *Holocaust and Genocide Denial*, Routledge, Abington, 2017.

Fraser D., *One Law's Holocaust Denial* in L. Hennebel, T. Hochmann (a cura di), *Genocide Denials and the Law*, Oxford University Press, Cary, 2011.

Fraser D., *On the Internet, Nobody Knows You're a Nazi': Some Comparative Legal Aspects of Holocaust Denial on the WWW* in I. Hare, J. Weinstein (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2009.

Fronza E., *Memory and Punishment. Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, Asser Press, The Hague, 2018.

Fronza E., *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in «Ragion Pratica», 30, 2008, pp. 27-54.

Fronza E., *The Criminal Protection of Memory – Some Observations about the Offence of Holocaust Denial*, in L. Hennebel et Th. Hochmann (a cura di), *Genocide Denials and the Law*, Oxford University Press, Cary, 2011.

Fronza E., *The Punishment of Negationism: The Difficult Dialogue between Law and Memory*, in «Vermont Law Review», vol. 30, 2006, 2, pp. 609-626.

Galluccio A., *Modificata l'aggravante di negazionismo e inserito l'art. 3 c. 3-bis l. 654/1975 nel novero dei reati presupposto ex d.lgs. 231/2001*, in «Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale», 2017.

Galluccio A., *Punire la parola pericolosa. Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Giappichelli, Torino, 2020.

Bibliografia

Gariban S., *Droit, histoire, mémoire. Le négationnisme : exercice d'une liberté ou violation d'un droit?* in «Revue arménienne des questions contemporaines», vol. 15, 2012, pp. 53-65.

Garapon A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, Odil Jacob, Paris, 2002.

Garapon A., *Peut-on réparer l'Histoire? Colonisation, Esclavage, Shoah*, Odil Jacob, Paris, 2008.

Goldman A., Cox J. C., *Speech, Truth, and the Free Market for Ideas*, in «Legal Theory», 2, 1996, 1, pp. 1-32.

Gometz G., *L'odio proibito: la repressione giuridica dello hate speech*, in «Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale», 32, 2017.

Grandjean G., *Entre droit et contraintes: légiférer sur la mémoire en Belgique (1990-2020)*, in «Parlement[s], Revue d'histoire politique», 15, 2020, 3, pp. 107-122.

Greenawalt K., *Free Speech Justifications* in «Columbia Law Review», 89, 1989, 1, pp. 119-155.

Grevi V., *Garanzie costituzionali, ordine pubblico e repressione della delinquenza*, in «Il Politico», 41, 1976, 345.

Grimm D., *The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court*, in I. Hare, J. Weinstein (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2009.

Guttenplan D., *The Holocaust on Trial*, The Norton Company, New York, 2002.

Habermas J., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Bari, 2005.

Bibliografia

Heinze E., *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

Hochmann T., *Le Négationnisme face aux limites de la liberté d'expression: Etude de droit comparé*, Pedone, Paris, 2013.

Hochmann T., *La question mémorielle de constitutionnalité (à propos de la décision du 28 février 2012 du Conseil constitutionnel)*, in «Annuaire de l'Institut Michel Villey», vol. 4, 2012, pp. 133-146.

Hochmann T., *Négationnisme: Le conseil constitutionnel entre Ange et Démon*, in «Revue des Droits et Libertés Fondamentaux», 2016, 3.

Hochmann T., Thomas, *Pas de lunettes sous les oeillères: le Conseil constitutionnel et le négationnisme*, in «Revue des Droits et Libertés Fondamentaux», 2017, 6.

Hulak F., *Le tribunal de l'histoire? Vérité historique et vérité judiciaire*, in «Revue Philosophique de la France et de l'Étranger», 141, 2016, 1, pp. 3-22.

Igounet V., *Histoire du négationnisme en France*, Seuil, Paris, 2000.

Igounet V., *Les premières voix françaises du négationnisme (1945-1953)* in «Les Belles Lettres», 49, 2016, 2, pp. 56-68.

Ingber S., *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, in «Duke Law Journal», 1984, 1, pp. 1-91.

Insolera G., *Tempo, memoria e diritto penale*, in «Diritto Penale Contemporaneo - Rivista Trimestrale», 2018.

Johann M., *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, PUF, Paris, 2010.

Bibliografia

Jacqmin A., *When Human Claims Become Rights. The Case of the Right to Truth over "Desaparecidos"*, in «Oñati Socio-legal Series», vol. 7, 2017, pp. 1247-1272.

Judaken J., *So what's new? Rethinking the 'New Antisemitism' in a Global Age*, in «Patterns of Prejudice», vol. 42, 2008, 4-5, pp. 531-560.

Kahn, R. *Cross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech Law in the United States and Germany*, in «University of Detroit Mercy Law Review», vol. 83, 2006, 3, pp. 163-194.

Klein, D., and Wueller J., *Fake News: A Legal Perspective* in «Journal of Internet Law» vol. 20, 2017, 10, pp. 5–13.

Kleining J., *Paternalism*, Rowman and Allenheld, Totowa, 1984.

Kretzmer D., *Freedom of Speech and Racism* in «Cardozo Law Review», vol. 8, 1987, pp. 445-513.

Lang B., *Six Questions on (or about) Holocaust*, in «History and Theory», vol. 49, 2010, 2, pp. 157-168.

Laquer W., *Il terribile segreto: la congiura del silenzio sulla "soluzione finale"*, Giuntina, Firenze, 1983.

Lefkowitz D., *On a Moral Right to Civil Disobedience*, in «Ethics», vol. 117, 2007, 2, pp. 202-233.

Letsas G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Levi Della Torre S., *Mosaico. Attualità e inattualità degli ebrei*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1994.

Lipstadt D., *Denying the Holocaust, the Growing Assault on Truth and Memory*, Free Press, New York, 1993.

Lobba P., *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime*, in «European Journal of International Law», vol 26, 2015, 1, pp. 237-253.

Lobba P., *Testing the “Uniqueness”: Denial of the Holocaust vs Denial of Other Crimes before the European Court of Human Rights*, in «Diritto Penale Contemporaneo - Rivista Trimestrale», 2016.

Lowenstein K., *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in «The American Political Science Review», vol. 31, 1937, 3, pp. 417-432.

Luzzati C., *Chi parla con chi? Negazionismo e libertà di parola*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», vol. 17, 2017, 1, pp. 227-249.

Maclure J., *The Regulation of Hateful and Hurtful Speech: Liberalism's Uncomfortable Predicament*, in «McGill Law Journal», vol. 63, 2017, 1, pp. 133-154.

Mallet-Poujol N., *La loi de pénalisation du négationnisme: la censure constitutionnelle ou le crépuscule des lois mémorielles*, in «Légipresse», 2012, 293, pp. 219-226.

Manera E., *Internet tra revisionismo e negazionismo*, in «Contemporanea», vol. 5, 2002, 2, pp. 409-415.

Manetti M., *Libertà di pensiero e negazionismo* in M. Ainis (a cura di) *Informazione, potere, libertà*, Giappichelli, Torino, 2005.

Maniaci G., *Which Rationality for Deliberative Democracy*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», vol. 9, 2009, pp. 267-314.

Bibliografia

Manna A., *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in «Questione Giustizia», 3, 2001.

Matsuda M., *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, in «Michigan Law Review» 87, 1989, 8, pp. 2320-2381.

Matsuda M. J., Lawrence III C. R., Delgado R., and W. Crenshaw K., *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Routledge, New York, 1993.

Meiklejohn A., *Free Speech and its Relation to Self-Government*, Harper Brothers Publishers, New York, 1948.

Melloni A., *Per una storia della tribunalizzazione della storia* in *La storia che giudica, la storia che assolve*, in O. Marquard and A. Melloni (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 2008

Mengistu Y. L., *Shielding Marginalized Groups from Verbal Assaults Without Abusing Hate Speech Laws* in M. Herz and P. Molnar (a cura di), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, New York, 2012.

Monti M., *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, 1, 2019, pp. 35-51.

Monti M. *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in «Quaderni Costituzionali», 4, 2019, pp. 811-840.

Mill J. S., *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano, 1991.

Mülle J., *Militant Democracy* in M. Rosenfeld and A. Sajó (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Bibliografia

Nashalian S., *A Critique of Perincek v. Switzerland: Incorporating an International and Historical Context Is the More Prudent Approach to Genocide Denial Cases*, in «Southwestern Journal of International Law», 24, 2018.

Osiel M.J., *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, Routledge, New York, 1999.

Pace A., Manetti M., *Commentario della Costituzione. Art. 21 Rapporti civili*, Zanichelli, Bologna, 2006.

Paliero C. E., *Consenso sociale e diritto penale*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 35, 1992, 3, pp. 849-922.

Pavich G., Bonomi A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in «Diritto Penale Contemporaneo - Rivista Trimestrale», 2014.

Pech L., *Lois mémorielles et liberté d'expression: de la controverse à l'ambiguïté*, in «Revue Française de Droit Constitutionnel», 3, 2012, 91, pp. 563-570.

Pelissero M., *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in «Questione Giustizia», 4, 2015.

Picotti L., *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale* in «Giurisprudenza di Merito», 9, 2006, pp. 1956-1977.

Pino G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Etica e Politica», 2006, 1, pp. 1-57.

Pino G., *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in «Politica del Diritto», 2, 2008, pp. 287-305.

Pino G., *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

Bibliografia

Pintore A., *Censura*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti - X appendice*, Treccani, Roma, 2020, pp. 225-229.

Pintore A., *Tra parole d'odio e odio per le parole. Metamorfosi della censura*, Mucchi Editore, Modena, 2021.

Piper F., *The number of victims*, in Y. Gutman e M. Berenbaum (a cura di), *Anatomy of the Auschwitz Death Camps*, Indiana University Press, Bloomington, 1994.

Pisanty V., *L'Irritante questione delle camere a gas*, Bompiani, Milano, 1995.

Post R., *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, in «Harvard Law Review», 103, 1990, 3, pp. 601-686.

Post R., *Community and the First Amendment*, in «Arizona State Law Journal», 29, 1997, pp. 485-494.

Post R., *Recuperating the First Amendment*, in «Stanford Law Review», 49, 1995, pp. 1249-1281.

Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, Armando Editore, Roma, 2014.

Puglisi G., *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali ed alternative alla pena detentiva*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 3, 2018, pp. 1325- 1358.

Pugiotto A., *Le parole sono pietre*, in «Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale», 3, 2013, pp. 1-18.

Pugiotto A., *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in «Quaderni Costituzionali» 1, 2009, pp. 7-35.

Puglisi G., *A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”*: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica, in «Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale», 2016, pp. 1-36.

Pulitanò D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d’odio* in «Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale», 4, 2015, pp. 325-332.

Rabinbach A., *In the Shadow of Catastrophe. German Intellectuals between Apocalypse and Enlightenment*, University of California, Berkley, Los Angeles, London, 2001.

Rawls J., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1993.

Réaume D., *Of Pigeonholes and Principles: a Reconsideration of Discrimination*, in «Osgoode Hall Law Journal», vol. 40, 2002, 2, pp. 113-144.

Redish M., *The Value of Free Speech* in «University of Pennsylvania Law Review», vol. 130, 1982, pp. 591-645.

Resta G., Zeno-Zencovich V., *Judicial Truth and Historical Truth: The Case of the Ardeatine Caves Massacre*, in «Law and History Review», vol. 31, 2013, 4, pp. 843-886.

Resta G., Zeno-Zencovich V., *La storia giuridificata*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di) *Riparare, Risarcire, Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

Resta G., *Le ferite della storia e il diritto privato riparatore* in G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, RomaTre-Press, 2018.

Rieff D., *Elogio dell’Oblio*, Luiss University Press, Roma, 2019.

Rimoli F., *Il diritto, la storia, la memoria. La Corte costituzionale e i crimini nazisti come paradigma dell’irredimibile*, in «Osservatorio Costituzionale», 2, 2015.

Bibliografia

Ripoli M., *Ancora sul negazionismo. Garaudy letto sul serio*, in «Ragion Pratica», 12, 1999, pp. 71-82

Risicato L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, Torino, 2007

Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza Roma-Bari, 2012.

Rosenfeld M., *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, in «Cardozo Law Review», vol. 24, 2003, 4, pp. 1523-1568

Rosenfeld M., *La filosofia della libertà di espressione in America*, in «Ragion Pratica», 12, 1999, pp. 17-30.

Rousso H., *The Political and Cultural Roots of Negationism in France*, in «South Central Review», vol. 23, 2006, 1, pp. 67-88.

Scaffardi L., *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padova, 2009

Scanlon T. M., *A Theory of Freedom of Expression*, in «Philosophy & Public Affairs», vol. 1, 1972, 2, pp. 204-226.

Scanlon T. M., *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

Schauer F., *Free Speech. A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, New York, 1982.

Scotto Rosato A. S., *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in «Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale», 3, 2016.

Sellers A., *Defining Hate Speech*, 2016, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2882244

Shermer M., Grobman A., *Denying History: Who Says the Holocaust Never Happened and Why Do They Say it?* University of California Press, Berkeley-Los Angeles-London, 2009.

Smith R., *Legislating against Genocide Denial: Criminalizing Denial or Preventing Free Speech?* in «University of St Thomas Journal of Law and Public Policy», vol. 4, 2010, 2, pp. 128-137.

Spena A., *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in «Criminalia», 2016, pp. 577-607.

Stefani P., *L'antigiudaismo. Storia di un'idea*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

Stein E., *History against Free Speech: The New German Law against the 'Auschwitz--and Other--Lies*, in "Michigan Law Review", 85, 1986, 2, pp. 277-322.

Strossen N., *Hate: Why We Should Resist it with Free Speech, not Censorship*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2018.

Sullivan K., *Free Speech and Unfree Markets*, in «UCLA Law Review», vol. 42, 1995, 4, pp. 949-966

Sullivan K., *Two Concepts of Freedom of Speech*, in «Harvard Law Review», vol. 124, 2010, 1, pp. 143-178.

Sweeney J., *The Elusive Right to Truth in Transitional Human Rights Jurisprudence*, in «International and Comparative Law Quarterly», vol. 67, 2018, 2, pp. 353-387.

Teitel R., *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2000.

Bibliografia

Temperman J., *Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech*, in «Brigham Young University Law Review», vol. 2011, 2011, 3, pp. 729-758.

Teruel G., *La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal*, in «InDret», 4, 2015.

Tesauro A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, Torino, 2013.

Tesauro A., *Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. spunti teorico-generalisti e ricadute penalistiche*, in «Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale», 2019.

Thomas Y., *La vérité, le temps, le juge et l'historien*, in «Le Débat» 5, 1998, 102, pp. 17-36.

Trappolini A., *Propaganda politica e discriminazione razziale: i paletti della Suprema Corte*
http://www.iurisprudenzia.it/public/sentenze/635880650016822188_Discriminazione%20razziale.pdf

Troper M., *La loi Gayssot et la Constitution*, in «Annales Histoire, Sciences Sociales», vol. 54, 1999, 6, pp. 1239-1255.

Veca S., *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Feltrinelli, Milano, 2005.

Vercelli C., *Il negazionismo: storia di una menzogna*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

Verstraete M., Bambauer D. E., Bambauer J. R., *Identifying and Countering Fake News*, in «Hastings Law Journal» vol. 73, 2021, pp. 1-39.

Vidal Nacqut P., *Gli assassini della memoria*, Viella, Roma, 2008.

Bibliografia

Visconti C., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008.

Yakira E., *Post-Zionism and Post-Holocaust*, Cambridge University Press, New York, 2010.

Waldron J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2012.

Weitzman M., *The Internet is our Sword!: Aspects of Online Antisemitism* in Roth J, Maxwell E., Levy M. and Whitworth W. (a cura di), *Remembering for the Future: The Holocaust in an Age of Genocide*, Palgrave, Londra, 2001.

Whine M., *Expanding Holocaust Denial and Legislation Against It* in I. Hare, J. Weinstein (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2009.

Wieviorka A., *Justice, histoire et mémoire. De Nuremberg à Jérusalem*, in «Droit et Société», 38, 1998, 59-67.

Wistrich R., *Holocaust Denial: The Politics of Perfidy*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2012.

Wistrich R., *Left-Wing Anti-Zionism in Western Societies* in R. Wistrich (a cura di), *Anti-Zionism and Antisemitism in the Contemporary World*, The Macmillan Press LTD, Basingstoke-London, 1990.

Zammit Borda A., *History in International Criminal Trials*, in «Journal of International Criminal Justice»¹, vol. 18, 2020, 3, pp. 543-566.

Ziccardi G., *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2016.