Il caso *Pastörs v. Germany*: un nuovo tassello nell'inquadramento delle multiformità del negazionismo in Europa

di Marta Tomasi

Title: *Pastörs v. Germany*: a further step in framing the multifaceted phenomenon of negationism in Europe

Keywords: Negationism; Holocaust; Freedom of expression; Parliamentary immunities; Political speech.

1. – Sono trascorsi più di 70 anni dalla chiusura di una delle più drammatiche pagine della storia europea e, con lo sbiadire della memoria, riaffiora carsicamente la questione relativa al rispetto e alla considerazione dovuta da parte della contemporaneità nei confronti del nostro passato.

In particolare, la delicata e infinitamente dibattuta questione del “negazionismo” (termine introdotto da H. Rousso, *Le Syndrome de Vichy: De 1944 à nos jours*, Parigi, 1987, p. 166) ha interessato i legislatori e le corti di numerosi paesi dell’Unione europea e, in più occasioni, anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Da almeno un ventennio, infatti, si indaga la possibilità di arginare l’atteggiamento di chi nega la realtà e la portata della Shoah o di altri crimini contro l’umanità, senza che da questo processo escano definitivamente compromessi i principi di libertà e pluralismo che costituiscono la base degli ordinamenti democratici (G.E. Vigevani, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, 4, 2014, 1-25). Si discute di tale problema ai margini di un cortocircuito di portata rilevante, di un “paradosso della tolleranza” (P. Lobba, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *RIDPP*, 4, 2014, 1815 ss.), poiché si tratta di mettere a confronto due perni delle moderne democrazie occidentali: da una parte, interi sistemi costituzionali sono stati costruiti perché quel che era appena accaduto non potesse riaccadere (Togliatti, 11 marzo 1947, nella seduta pomeridiana, l’Assemblea Costituente); dall’altro, gli stessi sistemi si sono fondati sulla negazione delle limitazioni agli ideali di libertà perpetrate negli anni precedenti e, quindi, principalmente, sull’affermazione del pluralismo e sul riconoscimento della libertà di espressione quale «pietra angolare dell’ordine democratico» (Corte cost., sent. 84/1969) e «cardine di democrazia nell’ordinamento generale» (Corte cost., sent. 126/1985).

Il tema delle “democrazie che si difendono” (*wehrhafte o streitbare Demokratie*), pare di tutta attualità, soprattutto a fronte delle contemporanee distorsioni di alcuni dei

loro principi fondanti, determinate anche dalla crescente diffusione di populismi e sovranismi. Non stupisce, quindi, il risultato di alcuni studi che segnalano un recente incremento del fenomeno del cd. revisionismo “olocaustico”: esso sarebbe in crescita in alcuni Paesi dell’Unione europea – in particolare in Polonia, Ungheria, Croazia e Lituania – dove l’atteggiamento dei governi sembra, per alcuni versi, tendere verso l’obiettivo di modificare la percezione e il ricordo dell’Olocausto (il riferimento è a uno studio svolto nell’ambito dell’*Holocaust Remembrance Project*, realizzato con il supporto della Yale University, del Grinnell College e della European Union of Progressive Judaism. È significativo notare, peraltro, che il report conclusivo del progetto, pubblicato il 25 gennaio 2019, riferisce di una situazione problematica anche in Italia).

Negli anni più recenti, la tendenza generale che si può riscontrare, a fronte del crescente aumento di fenomeni non solo antisemiti, ma razzisti in generale, muove verso una progressiva limitazione della libertà di espressione. Pur mediante soluzioni differenziate, in effetti, l’obiettivo di contrasto di tali reviviscenze ha portato a introdurre strategie repressive, di frequente attuate con gli strumenti del diritto penale (E. Fronza, *The Punishment of Negationism: The Difficult Dialogue between Law and Memory*, *Vermont Law Review*, 30, 2006 e, in risposta, P. Bloch, *Response to Professor Fronza’s the Punishment of Negationism*, *Vermont Law Review*, 30, 2006).

Nel mondo sono oggi numerosi gli Stati che puniscono – pur secondo differenti declinazioni e con differenti criticità che inficiano in maniera sensibile l’apparente convergenza – comportamenti di stampo negazionista: in questo senso si collocano, per portare alcuni esempi, le legislazioni più note di Austria (legge 26 febbraio 1992, 3, lett. h), Belgio (legge 23 marzo 1995), Francia (Loi 90-615 del 13 luglio 1990), Germania (130.3 StGB), Spagna (art. 510 c.p.), Svizzera (art. 261-bis c.p.) e, più di recente l’Italia (l.n. 115/2016), ma anche quelle di Grecia (l. 927/1979 modificata dalla l. 4285/2014), Israele (l. 8 luglio 1986, n. 5746), Liechtenstein (art. 283 c.p.), Lussemburgo (art. 457-3 c.p.), e numerosi paesi dell’ex blocco sovietico (Polonia, l. 18 dicembre 1998, artt. 1 e 55; Romania, ordinanza di emergenza n.31 del 13 marzo 2002; Repubblica Ceca, art. 261a c.p.; Repubblica Slovacca (art. 424a c.p.) (su questi paesi, in particolare, N. Kuposov, *Memory Laws, Memory Wars: The Politics of the Past in Europe and Russia*, Cambridge, 2018 e U. Belavusau, *Freedom of Speech: Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, Londra, 2013. Più in generale, J. Luther, *L’antinegazionismo nell’esperienza giuridica tedesca e comparata*, in DPCE, 3, 2008, 1193-1222 e L. Cajani, *Diritto penale e libertà dello storico*, in G. Resta, V. Zeno Zencovich (eds), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012).

Nell’ordinamento dell’Unione europea queste scelte sono state cristallizzate e insieme promosse, come noto, dalla decisione quadro 2008/913/GAI del 28 novembre 2008 (in GU L 328 del 6 dicembre 2008. Per un’analisi, L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova, 2009), la quale ha impegnato gli Stati membri ad adottare una normativa sanzionatoria con riguardo all’apologia, alla negazione o alla minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio generalmente intesi e dei crimini nazisti, purché essi possano essere considerati idonei a istigare alla violenza o all’odio nei confronti di un gruppo definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all’ascendenza e all’origine nazionale o etnica (art. 1, lett. c) e lett. d)). Questo intervento, che pure contiene un riferimento diretto a tali comportamenti, segna evidentemente un significativo punto di passaggio circa il ruolo dell’ordinamento sovranazionale che «assume a tutore dei valori identitari dello spazio pubblico europeo» (C. Caruso, *L’hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2017, p. 973).

La Corte Europea dei diritti dell’Uomo, per parte sua, si è trovata più volte di fronte all’esigenza di risolvere il contrasto fra la criminalizzazione delle espressioni negazioniste e la libertà di espressione, protetta tanto dalla Convenzione, quanto dalle

carte costituzionali degli stati membri del Consiglio d'Europa (P. Lobba, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime*, in *European Journal of International Law*, 26(1), 2015, 237-253; C.M. Cascione, *Negare le ingiustizie del passato: libertà o divieto?*, in G. Resta, V. Zeno Zencovich (eds), *op. cit.*, 447-461).

Nonostante, in via generale, la Corte EDU abbia riconosciuto una protezione piuttosto ampia alla libertà di espressione, è proprio in riferimento ai comportamenti negazionisti che tale giurisdizione ha applicato uno standard più rigoroso facendo di frequente prevalere altri valori, così come consentito dalla tecnica di ponderazione imposta dall'art. 10 della Convenzione. La latitudine della libertà di espressione è tracciata, nei suoi termini generali, nel caso *Handyside (Handyside v. United Kingdom)*, ric. n. 5493/72, 7 dicembre 1976): la Corte ha ivi riconosciuto che tale libertà non debba estendersi unicamente alle statuizioni attorno alle quali si coaguli un consenso maggioritario, ma possa essere funzionale a proteggere anche quelle esternazioni che «offend, shock or disturb the State or any sector of the population» (§49). Tale sostanziale rifiuto di limitazioni di natura contenutistica alla libertà, che vorrebbe far dipendere il *quantum* della tutela dal bilanciamento svolto in concreto alla luce delle circostanze del caso, è di frequente stato smentito in relazione a manifestazioni razziste, xenofobe o comunque offensive delle minoranze.

La ormai ultra-trentennale giurisprudenza della Corte, dedicata al complesso bilanciamento fra libertà di espressione e altri valori di rilevanza convenzionale, non ha interessato solo i casi di negazionismo di «verità storiche definitivamente acclamate, come l'Olocausto», che rappresentano pilastri fondativi del sistema della Convenzione (*Marais v. Francia*, ric. n. 31159/96, 24 giugno 1996), ma una serie più ampia di condotte che si sostanziano in forme di negazione, grossolana banalizzazione, giustificazione, distorta qualificazione e che si rivolgono, attraverso vari mezzi, a diversi genocidi di cui la storia è stata testimone o ad altri crimini contro l'umanità. Così, *Witzsch v. Germany* (ric. n. 7485/03, 13 dicembre 2005) riguardava una lettera privata nella quale si mettevano in dubbio le responsabilità di Hitler e del suo partito nello sterminio degli ebrei; *Perinçek v. Suisse* (ric. n. 27510/08, 17 dicembre 2013) aveva ad oggetto la qualificazione dei crimini contro il popolo armeno nei termini di un genocidio e, di recente, *Williamson v. Germany* (ric. n. 64496/17, 8 gennaio 2019) ha considerato forme più «classiche» di negazione dell'Olocausto, rese però nel contesto di uno show televisivo.

Il recente caso *Pastörs v. Germany* (ric. n. 55225/14, 3 ottobre 2019), incentrato su espressioni di carattere negazionista esternate in sede parlamentare, integra ulteriormente il quadro.

Nei prossimi paragrafi si procederà a descrivere criticamente il caso, cercando di collocarlo all'interno della produzione giurisprudenziale della Corte EDU in materia. Ci si avvarrà, poi, dell'analisi comparata che – pur limitandosi agli ordinamenti che più significativamente si sono interrogati sulla questione – fa emergere consonanze e dissonanze necessarie per tracciare il contesto generale entro cui si colloca questa nuova pronuncia della Corte EDU e per comprenderne alcuni elementi chiave di sviluppo.

2. – Nel caso in analisi, il ricorso era stato presentato alla Corte di Strasburgo il 30 luglio 2014 da Udo Pastörs, noto esponente del Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD), partito dell'estrema destra tedesca. Secondo il ricorrente, la condanna penale che aveva subito in Germania, in ragione di alcune sue dichiarazioni rese nel 2010, sarebbe stata in contrasto con la libertà di espressione sancita dall'art. 10 della Convenzione. Inoltre, la Corte tedesca che lo aveva condannato avrebbe agito in maniera non imparziale, essendo coinvolto nel collegio giudicante un magistrato legato

da rapporto di coniugio con una delle giudici coinvolte nel processo di primo grado. Tale aspetto del ricorso, e la conseguente parte della decisione della Corte Europea dei diritti dell'Uomo – che non ha comunque ritenuto integrata alcuna violazione della Convenzione – esula dal focus essenziale del presente commento, incentrato sulla delicata e complessa questione dei limiti cui può essere sottoposta la libertà di espressione nelle moderne democrazie.

Secondo quanto ricostruito dai giudici, in occasione del giorno della memoria, presso il Landtag del Mecklenburg-Vorpommern, erano stati organizzati alcuni eventi, ai quali i rappresentanti del gruppo parlamentare dell'NPD non avevano preso parte. Il giorno successivo, in qualità di membro del Landtag, nell'ambito di un discorso intitolato "In memory of the victims of the worst disaster in German maritime history – Commemoration of those who died on the *Wilhelm Gustloff*", il ricorrente aveva affermato quanto segue: «With the exception of the groups whose cooperation you have bought, hardly anyone is truly, emotionally taking part in your theatrical display of concern. And why is that? Because people can sense that the so-called Holocaust is being used for political and commercial purposes [*der sogenannte Holocaust politischen und kommerziellen Zwecken dienbar gemacht wird*]... Since the end of the Second World War, Germans have been exposed to an endless barrage of criticism and propagandistic lies – cultivated in a dishonest manner primarily by representatives of the so-called democratic parties, ladies and gentlemen. Also, the event that you organised here in the castle yesterday was nothing more than you imposing your Auschwitz projections [*Auschwitzprojektionen*] onto the German people in a manner that is both cunning and brutal. You are hoping, ladies and gentlemen, for the triumph of lies over truth [*Sieg der Lüge über die Wahrheit*]».

In ragione di queste affermazioni – in base alle quali l'Olocausto sarebbe stato oggetto di sfruttamento politico e commerciale e gli eventi organizzati avrebbero avuto lo scopo di imporre pubblicamente una *proiezione* dell'esperienza di Auschwitz che farebbe prevalere le bugie sulla verità – il ricorrente era stato condannato in via definitiva a otto mesi di carcere per violazione della memoria dei defunti e diffamazione, rendendosi colpevole di quei comportamenti che sono stati definiti come «una lesione *post mortem* della personalità delle vittime» (J. Luther, op. cit., 1221).

Secondo la Corte d'appello (Landgericht Schwerin), in particolare, le esternazioni del ricorrente avrebbero sottinteso che lo sterminio degli ebrei nel campo di Auschwitz non avrebbe mai avuto luogo o, almeno, non sarebbe avvenuto nei modi tradizionalmente ricostruiti dagli storici, determinandosi così una negazione qualificata (*qualifizierte Auschwitzleugnung*) dello sterminio di massa avvenuto ad Auschwitz nel corso del Terzo Reich; le condotte del ricorrente, insomma, avrebbero rappresentato una manifestazione del fenomeno del negazionismo, inteso come la più recente manifestazione di una antichissima storia di antisemitismo, finalizzata a «minare la legittimazione dell'ebreo nel mondo, il suo diritto di esistere, la sua personale 'autocomprensione'» (D. Bifulco, «*Che cos'è la verità?*» *Il silenzio di Gesù, l'eloquenza del diritto e le soluzioni delle democrazie contemporanee in tema di negazionismo*, in F.R. Recchia Luciani, L. Patruno (a cura di), *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, Genova, 2013, p. 19).

In particolare, le norme penali sulle quali il Landgericht Schwerin ha fondato la condanna sono stati i §§ 187 (diffamazione intenzionale) e 189 (vilipendio della memoria dei defunti) dello Strafgesetzbuch, restando invece escluso il riferimento al §130, relativo all'incitamento all'odio.

Nel caso in questione un elemento centrale, ovviamente, la peculiare posizione del ricorrente e dunque il suo status di membro dell'assemblea legislativa del Land, che lo rende titolare di specifiche prerogative. La decisione in analisi, in effetti, rileva proprio perché concernente una particolare categoria di forme di espressione: le

opinioni espresse in sede parlamentare, generalmente tutelate da un complesso di istituti – variamente denominati e caratterizzati da diverse estensioni e divergenti strategie applicative – che ruotano attorno all'affermazione dell'autonomia e dell'indipendenza degli organi parlamentari. In Germania, l'art. 46 del Grundgesetz concede ai membri del Bundestag due tipi di prerogative: l'irresponsabilità parlamentare, cioè l'insindacabilità (*Indemnität*) e l'immunità processuale penale, ossia l'inviolabilità (*Immunität*). Queste due garanzie sono riprese rispettivamente dai commi 1 e 2 dell'art. 24 della Costituzione del Land Mecklenburg-Vorpommern ed estese ai componenti del Landtag. Il ricorrente, tuttavia, in relazione ai fatti di cui in causa, non poteva invocare alcuna di queste prerogative. Quanto alla prima, è significativo notare che in Germania, e nel Land di conseguenza, la regola generale, in base alla quale l'insindacabilità copre – qualora ne sussistano i presupposti di luogo e funzione – qualunque espressione resa dal parlamentare, soffre una significativa restrizione poiché è previsto che essa non si applichi ai casi di offesa e diffamazione («Dies gilt nicht für verleumderische Beleidigungen»). La seconda forma di garanzia, invece, era stata revocata dal Landtag, rendendolo pienamente esposto a responsabilità.

Il governo tedesco sosteneva che le opinioni espresse dal richiedente – traducibili in una negazione dell'Olocausto – dovessero essere considerate in contrasto con il testo e lo spirito della Convenzione e che, pertanto, applicando l'art. 17 della stessa, in virtù – come si vedrà – del cd. “effetto ghigliottina” della clausola sull'abuso di diritto (G. Cohen-Jonathan, *Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 46, 2001, p. 676), non si potesse invocare l'art. 10 a protezione delle dichiarazioni rese. In subordine, comunque, avviso dei resistenti, il ricorso sarebbe comunque risultato infondato perché la condanna penale intervenuta a carico del ricorrente avrebbe costituito un'interferenza del tutto giustificata ai sensi dell'articolo 10, §2 della Convenzione. I tribunali nazionali, infatti, avevano valutato in modo esauriente il caso in fatto e in diritto e avevano argomentato approfonditamente le loro decisioni, ragionando, in particolare, sul motivo per cui le dichiarazioni rese dovessero essere considerate come integranti una forma di negazione dell'Olocausto. Inoltre, il fatto che il comportamento fosse stato attuato all'interno del Parlamento regionale non avrebbe in alcun modo alterato la sostanza dei fatti.

Per contro, il ricorrente lamentava che i giudici nazionali avessero male interpretato le sue dichiarazioni, decontestualizzando alcune espressioni, senza tener conto del discorso nella sua interezza. L'intento delle sue esternazioni, infatti, non sarebbe stato quello di sminuire le sofferenze del popolo ebraico, quanto, piuttosto, di criticare la cultura della memoria costruita dall'ordinamento tedesco e onorare anche le sofferenze delle vittime tedesche. Inoltre, il ruolo istituzionale ricoperto, sarebbe stato un elemento utile a imporre uno scrutinio particolarmente rigoroso rispetto a qualunque interferenza con il diritto alla libera manifestazione del pensiero.

3. – Per comprendere come la decisione della Corte si inserisca nella sua ampia giurisprudenza sul tema, è necessario fare riferimento alle diverse “stagioni” nelle quali può essere suddivisa l'attività della Corte e, in particolare, al differente utilizzo fatto nel tempo, di due strumenti: da un lato, la categoria dell'abuso di diritto, prevista dall'art. 17 della Convenzione e, dall'altro, la tecnica di bilanciamento proposta dall'art. 10, §§1 e 2 (P. Lobba, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights*, cit., 240 ss.). Dopo una prima fase, risalente agli anni '80, nella quale alcuni sporadici casi sono stati decisi dall'allora Commissione per i diritti umani facendo leva sui principi generali della libertà di espressione di cui all'art. 10, senza che si chiamasse in causa l'art. 17, quest'ultimo ha preso progressiva forza argomentativa, facendosi sempre più dirimente. Inizialmente, tale ultima norma è stata impiegata come ausilio interpretativo all'interno

di ragionamenti comunque condotti alla luce dell'art. 10. Il primo passaggio è stato quello di estendere la "capacità" di questa norma letteralmente rivolta a condotte volte alla «distruzione dei diritti o delle libertà» convenzionali, ma applicata, nel corso del tempo, anche a quelle che contrastino con i valori fondamentali sottesi alla Convenzione e, cioè, «al testo e allo spirito» della stessa (ECtHR, *Kühnen v. Federal Republic of Germany*, ric. n. 12194/86, 12 maggio 1988).

Questi primi richiami alla clausola dell'abuso di diritto si sono progressivamente rinforzati, per confluire in un'ampia corrente giurisprudenziale (ripercorsa da C. Caruso, *op. cit.*, 967) che fa affidamento diretto sul cd. "effetto ghigliottina" prodotto dalla clausola di abuso di cui all'art. 17, attuando una categorica esclusione di una determinata classe di discorsi dalla tutela di cui all'art. 10 della Convenzione. L'applicazione più chiara di questa logica si è avuta nel celebre caso del filosofo Roger Garaudy, il cui libro conteneva una serie di affermazioni che erano state considerate dalle corti francesi una forma di negazionismo dell'Olocausto, di diffamazione razziale e di incitamento all'odio. Secondo la Corte EDU, la negazione di fatti storicamente accertati, come quello che era in questione, mina alle fondamenta i valori sui quali si basano la lotta al razzismo e all'anti-semitismo, costituendo una minaccia per l'ordine pubblico e, pertanto, rivelandosi incompatibili con la democrazia e la tutela dei diritti fondamentali. Considerato il taglio «marcatamente revisionista del libro», i giudici hanno ritenuto le affermazioni del ricorrente contrarie ai valori della giustizia e della pace, hanno applicato l'abuso di diritto e rigettato il ricorso in quanto incompatibile, *ratione materiae*, con la Convenzione (*Garaudy v. France*, cit.). Si può argomentare che questo approccio sia stato utilizzato in ragione della connotazione razzista o antisemita della condotta dell'autore, carattere aggiuntivo alla mera negazione che renderebbe l'espressione evidentemente contraria allo spirito della Convenzione. Tale argomento, in realtà, è superato dal riferimento a un altro caso (*Witzsch v. Germany*, cit.) nel quale l'art. 17 viene applicato a una condotta volta non a negare l'esistenza dello sterminio degli ebrei, ma a contestare le responsabilità di Hitler e del suo partito, ritenendosi che anche questa mostrasse un grado sufficiente di disprezzo nei confronti delle vittime, pur non essendo stato identificato, secondo i giudici, alcun intento razzista o filonazista. A partire dai primi anni 2000 l'art. 17 è divenuta il riferimento (pur con alcune eccezioni) non solo per la soluzione di casi riguardanti il negazionismo della Shoah, ma anche altre forme di *hate speech*, inteso in senso ampio, comprendente, ad esempio, manifestazioni antisemite e islamofobiche (per esempio, *Norwood v. United Kingdom*, ric. n. 23131/03, 16 novembre 2004 e *M'Bala M'Bala v. France*, ric. n. 25239/13, 20 ottobre 2015). L'applicazione dell'art. 17, insomma, ha giocato, in particolare, in questa fase della giurisprudenza della Corte, un ruolo preponderante, estendendosi oltre i confini della memoria dell'Olocausto fino a coprire la negazione, la giustificazione e la glorificazione di altri crimini internazionali (P. Lobba, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights*, cit., 249).

La più recente stagione giurisprudenziale, specialmente con riferimento ad accadimenti storici diversi dalla Shoah, vede un'inversione di tendenza e una riviviscenza dell'applicazione del test triadico inaugurato con Handyside, in base al quale qualunque espressione, anche odiosa, è passibile, almeno in potenza, di incontrare la protezione della Convenzione. Seguendo questa logica, la Corte procede a verificare che le misure restrittive siano previste per legge, che perseguano fini legittimi e che si pongano in un rapporto di necessaria strumentalità rispetto all'esistenza di una società democratica (C. Caruso, *op. cit.*). Questo approccio pare emergere, in particolare, dal caso Perinçek, relativo alla qualificazione dei crimini contro il popolo armeno nei termini di un genocidio. In questo caso, la Corte evidenzia che misure restrittive contro forme di negazione diverse da quelle rivolte contro l'Olocausto non possono attrarre automaticamente l'"effetto ghigliottina" prodotto dall'applicazione dell'art. 17 che

continua, però, ad operare in riferimento alle condotte volte a provocare odio o violenza (*Perinçek v. Suisse*, cit.). Il valore tutelato, dunque, non pare essere “solo” quello del rispetto dovuto alla memoria delle atrocità naziste, ma anche un’esigenza di costruzione di un’identità europea fondata su valori condivisi. Il caso *Perinçek*, infine, ha segnato una svolta anche dal punto di vista metodologico, che ha prodotto effetti – come si vedrà – anche nella sentenza che si va annotando: la decisione della Corte in questo caso non ha preso le mosse da valutazioni di natura aprioristica e generale, ma ha considerato le peculiarità della situazione concreta per verificare se la condanna penale potesse essere considerata come una interferenza con la libertà di espressione.

In sintesi, dunque, i filoni interpretativi seguiti dalla Corte possono essere ricondotti a due tendenze principali. La prima è quella che vede la collocazione delle affermazioni negazioniste e giustificazioniste al di fuori della tutela convenzionale, attraverso il richiamo all’*abuse clause* di cui all’art. 17. In questo caso, talune espressioni sono escluse, sulla base del loro contenuto, dall’alveo della libertà tutelata dalla Convenzione. La seconda, invece, richiede l’applicazione dei tre passaggi valutativi individuati con la sentenza *Handyside* e, dunque, la verifica concreta della proporzionalità dell’intervento nazionale nel bilanciamento fra libertà di espressione e interessi concorrenti. Cercando di individuare linee di convergenza nella magmatica giurisprudenza della Corte EDU, pare che l’automatica applicazione del meccanismo esclusivo derivante dall’art. 17 non operi nel caso in cui siano in discussione affermazioni riguardanti fatti sui quali non possano ancora dirsi formate verità storiche di natura incontrovertibile e intorno ai quali sia ancora vivo il dibattito storiografico (*Lehideux and Isorni v. France*, ric n. 24662/94, 23 settembre 1998), quando non si tratti di negazione del fatto storico, ma piuttosto della contestazione circa la sua qualificazione, in mancanza di un inequivocabile riconoscimento internazionale (*Perinçek v. Suisse*, cit.) o nei casi in cui il discorso d’odio non superi una certa soglia di gravità (*Soulas and Others v. France*, ric. n. 15948/03, 10 luglio 2008 o *Féret v. Belgium*, ric. n. 15615/07, 16 luglio 2009).

4. – Pur non rientrando nelle descritte casistiche, la Corte, nel caso in analisi, si riferisce anzitutto alla natura eccezionale dell’art. 17, il quale trova applicazione solo in casi estremi («applicable on an exceptional basis and in exceptional cases», §37) quando le esternazioni contestate siano palesemente volte a sviare l’art. 10 dal suo reale significato, strumentalizzando il richiamo al diritto alla libertà di espressione per fini chiaramente contrari ai valori della Convenzione.

Secondo la Corte, nei casi di negazionismo, l’alternativa fra l’applicazione diretta dell’art. 17, che determina l’incompatibilità del ricorso *ratione materiae* con la Convenzione, e l’applicazione delle valutazioni imposte dall’art. 10, e dunque la considerazione mediata dell’art. 17 che fornisce un ausilio utile a conferire solidità ai “doveri” e alle “responsabilità” ai quali fa riferimento l’art. 10, §2, deve essere sciolta sulla base di una valutazione caso per caso, che consideri la peculiarità delle specifiche circostanze. La Corte segna quindi una cesura rispetto a qualunque forma di automatismo, attribuendo rilevanza alle concrete circostanze che descrivono il caso in questione. Fra queste, particolarmente rilevante è la specifica forma di *political discourse* coinvolta nel giudizio. Il discorso parlamentare, infatti, è, nella maggior parte degli ordinamenti, un ambito che gode di tutela particolarmente elevata, nel quale le interferenze statali non possono che essere soggette a limitazioni stringenti. Il fatto che molte delle Costituzioni degli Stati moderni contemplino, secondo uno schema simile o variamente delineato, un complesso di istituti riconducibili al concetto di immunità parlamentare (sia essa intesa in termini di irresponsabilità e/o improcedibilità) dimostra come il discorso parlamentare sia destinatario di particolari forme di

attenzione, con la conseguenza che gli interventi della Corte non possono che qualificarsi come rari.

Pur non costituendo un *unicum* assoluto (per esempio, la Corte è intervenuta, applicando uno scrutinio molto rigoroso, sanzionando forme di interferenza con la libertà di espressione nei confronti di membri dell'opposizione parlamentare nel caso *Karácsony and Others v. Hungary*, ric. nn. 42461/13 e 44357/13, 17 maggio 2016) l'elemento caratterizzante il caso in questione deriva proprio dalla protezione rafforzata diffusamente riconosciuta nei confronti del discorso parlamentare, considerato come *political speech* per eccellenza.

In effetti, la Corte si trova stretta fra due considerazioni: da un lato, rileva che le esternazioni del ricorrente mostrano un disprezzo nei confronti delle vittime dell'olocausto tale da far propendere per una incompatibilità, *ratione materiae*, del ricorso con le previsioni della. D'altro canto, però, non può non rilevare il fatto che le dichiarazioni che hanno determinato la condanna del ricorrente siano state rese da un membro del Landtag, nel corso di una sessione parlamentare dell'organo regionale; ciò dovrebbe comportare un livello di protezione particolarmente elevato e, di conseguenza, uno scrutinio estremamente attento da parte della Corte in relazione ad ogni forma di interferenza. La Corte, tuttavia, non può tenere anche conto della scelta, effettuata dal Landtag, di revocare l'*Immunität* del ricorrente, consentendone, nei fatti, la condanna.

Optando quindi per l'esigenza di valutare il bilanciamento da effettuarsi in concreto, la Corte riconosce che la condanna penale subita dal ricorrente rappresenta certamente una forma di interferenza con la libertà di espressione e passa a vagliarne la necessarietà all'interno di una società democratica.

La Corte concorda con i giudici nazionali nel riconoscere che, mentre una ampia parte del discorso – integralmente riportato in giudizio – sia del tutto irrilevante dal punto di vista del diritto penale e possa godere della tutela garantita dal diritto alla libertà di espressione, altri passaggi, apertamente negazionisti, non possano che fuoriuscire da questo ambito di protezione. Tale specifico profilo sarebbe ulteriormente in grado di qualificare e dunque differenziare il caso in discussione rispetto ad altri, nei quali le espressioni oggetto di contestazione rappresentavano una parte integrante del dibattito politico. Le dichiarazioni riguardo alla memoria delle vittime del nazionalsocialismo sono parte di un costante dibattito politico interno al Parlamento (riconosciuto come una caratteristica chiave delle società democratiche), mentre quelle che contengono una negazione qualificata dell'Olocausto devono essere sottratte alla tutela di cui all'art. 10 in ragione della distinzione, in più occasioni ribadita dalla Corte, fra espressioni che integrino giudizi di valore e quelle, invece, che riguardino fatti, essendo solo le seconde assoggettabili a forme di "verificabilità".

Nel valutare la legittimità convenzionale dell'interferenza con la libertà di espressione di *Pastörs* posta in essere dallo Stato tedesco, la Corte considera dirimente il fatto che le esternazioni rese – preparate in precedenza e diffuse anche via internet – avessero la precipua finalità di veicolare ideali contrari al testo e allo spirito della Convenzione. Ne consegue che, non potendo certamente intendersi in termini di assolutezza la tutela da darsi ai discorsi parlamentari, le affermazioni rese dai rappresentanti eletti in Parlamento in tali scenari meritano scarsa o nessuna protezione se il loro contenuto è in diretto contrasto con i valori democratici del sistema della Convenzione. L'esercizio della libertà di espressione, anche in sede parlamentare, reca con sé "doveri e responsabilità" ai quali fa riferimento l'art. 10, §2.

La Corte riflette sull'esistenza di pressanti bisogni sociali che facciano propendere per l'interferenza nelle libertà riconosciute dalla Convenzione e individua una speciale responsabilità morale gravante sugli Stati che hanno avuto diretta esperienza delle atrocità del nazismo e che hanno tutt'oggi il dovere di prendere le

distanze da tali accadimenti. In conclusione, la condanna a otto mesi di detenzione, sospesa con la condizionale, seppure significativa, non pare aver determinato, da parte dello Stato, un superamento del margine di apprezzamento e, anzi, risulta proporzionata rispetto al legittimo scopo che si propone, potendola quindi considerare «necessaria in uno stato democratico» (§45).

La giurisprudenza convenzionale – con le sue difficoltà nell'individuare una chiave di lettura univoca per le molteplici conformazioni che le esternazioni e le condotte di matrice negazionista possono assumere – è lo specchio di un panorama comparato frammentario e in continua evoluzione. Una breve analisi dei contesti nazionali che più significativamente si sono interrogati sul tema aiuta a comprendere la cifra innovativa della sentenza in commento.

5. – Come anticipato, la maggior parte degli Stati europei ha reagito alla diffusione di teorie considerate riprovevoli e offensive ricorrendo allo strumento del diritto penale, seppure con un certo grado di eterogeneità con riferimento a diversi aspetti del reato: i) il bene tutelato – tendenzialmente, ma con confini poco delineati, l'ordine pubblico o la dignità umana –; ii) la condotta necessaria a integrare la fattispecie; iii) i fatti storici in essa coinvolti. Con riferimento al secondo aspetto, per cenni, le previsioni adottate in numerosi Stati, seppure con espressioni linguistiche foriere di differenziazioni, si riferiscono alle condotte di apologia, approvazione, negazione o minimizzazione, mentre le regole vigenti in altri ordinamenti si limitano a considerare espressioni che integrino forme di negazione o discussione circa l'esistenza di fatti storici (per esempio, Francia, Portogallo, Polonia, Israele. Si veda, con precisione, G.M. Teruel Lozano, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, nota 93). Un caso emblematico, che si descriverà meglio fra un momento è quello della Spagna, dove le forme di giustificazione e riabilitazione dei crimini contro l'umanità sono considerati limiti legittimi alla libertà di espressione, mentre il mero negazionismo è stato giudicato in contrasto con la Costituzione. Quanto al terzo profilo, le esperienze storiche di ciascun ordinamento pesano in maniera determinante: così, i casi tipici di Israele e Germania che si concentrano sui crimini commessi dal regime nazista e quelli di alcuni paesi dell'est (come Repubblica Ceca, Polonia e Ungheria) che vi appaiano quelli commessi dal regime comunista, si affiancano a normative di più ampio respiro, come per esempio quella svizzera, che punisce qualunque forma di disconoscimento, minimizzazione o giustificazione di genocidio o crimine contro l'umanità (art. 261-bis c.p.), lasciando l'integrazione concreta di queste definizioni aperta agli interventi del formante giurisprudenziale. Come si vedrà, peraltro, il tentativo di ampliare il novero degli episodi coinvolti, la cui negazione possa determinare la reazione del diritto penale, hanno causato non pochi problemi di legittimità costituzionale in alcuni ordinamenti (segnatamente, la Francia). Di recente, inoltre, alcuni Stati ragionano sulla possibilità di dilatare le proprie legislazioni: così il Belgio ha lavorato sulla possibilità di introdurre, accanto alla legge del 23 marzo 1995 (*Loi tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale*), forme di punibilità della negazione o minimizzazione di genocidi riconosciuti dalla Corte penale internazionale e di altri tribunali delle Nazioni Unite, il che significherebbe, attualmente, equiparare alla Shoah i genocidi del Rwanda e di Srebrenica. Resta escluso il genocidio armeno (in riferimento al quale erano state avanzate delle proposte di legge negli anni passati), che, pur essendo stato formalmente riconosciuto dal Senato, dalla Camera dei rappresentanti e dal Primo Ministro (si vedano la Resolution 1-736/3 of March 26, 1998 e la Resolution of 23 July 2015), manca di un riconoscimento a livello internazionale.

L'Italia, come noto, è intervenuta alcuni anni fa, molto dopo altri ordinamenti, con una novella legislativa che ha introdotto il nuovo comma 3-*bis* all'art. 3 della legge n. 654 del 1975, e successive modifiche. La nuova norma prevede la sanzione della reclusione da 2 a 6 anni nei casi in cui «la propaganda, ovvero l'istigazione e l'incitamento, commesso in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano 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 dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232».

La scelta legislativa italiana, che arriva al termine di un lungo e contrastato iter (G. Della Morte, *L'introduzione del reato di negazionismo in Italia. Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale*, in *DPCE*, 3, 2014, 1181-1203, spec. par. 4), nei suoi connotati specifici è stata oggetto di critiche non solo da parte di coloro che si oppongono all'incriminazione di condotte negazioniste, ma anche da chi, in astratto, vede nello strumento della sanzione penale, almeno in riferimento alle negazioni della Shoah, una soluzione conforme al quadro dei principi generali e opportuna, se non anche doverosa, sul piano politico-criminale (G. Balbi, *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, in *Criminalia*, 2018, *Criminalia*, 2018, pp. 233-263). I profili intorno ai quali si sono concentrate le perplessità maggiori hanno riguardato: a) la scelta di introdurre, non una fattispecie autonoma, bensì un'aggravante (anche se il dibattito fra i penalisti pare ancora aperto, cfr. G. Balbi, op. cit., nota 174); b) l'accostamento di condotte antitetiche, come l'apologia – che presuppone l'esistenza del fatto – e la negazione; c) la ricezione normativa di un intendimento ampio del negazionismo, che accomuna l'esperienza dell'olocausto ad altri genocidi e crimini e, più in generale, un preoccupante deficit di specificità della norma che non solo si riferisce a una variegata tipologia di illeciti, ma manca anche di qualunque riferimento rispetto a chi potrà disporre del potere di accertare i crimini concretamente oggetto di tutela. Questi elementi, insieme considerati, distanziano la normativa italiana dalle linee-guida che erano state indicate con la Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione Europea e, in particolare, dal più marcato elemento di pericolo ivi richiesto, rendendo il nuovo impianto normativo un *unicum* nel panorama comparato, per alcuni illegittimo o inopportuno, per altri quantomeno inadeguato rispetto allo scopo che si propone (cfr., fra i moltissimi, G. Della Morte, op. cit.; G. Balbi, op. cit.; N. Palazzo, *Bugie di carta: un argine penale al negazionismo*, in *Nomos*, 2, 2017, 1-22; G. Puglisi, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016; E. Fronza, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo. Commento a l. 16 giugno 2016, n. 115*, in *Diritto penale e processo*, 2, 2017, 155-167; E. Venafro, *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in *La Legislazione penale*, 2, 2018, 1-19).

3098

6. – Le normative adottate hanno determinato diversi atteggiamenti anche da parte delle Corti investite del ruolo di giudicarne la legittimità rispetto agli ordinamenti costituzionali nazionali (fra i molti studi comparatistici si vedano O. Pollicino, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 5 (2011) pp. 85-105; A. Mastromarino, *Stato e Memoria: Studio di diritto comparato*, Milano, 2018; L. Hennebel, T. Hochmann (eds.), *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011). Da questo punto di vista, i più significativi esempi si rinvencono negli ordinamenti tedesco, francese e spagnolo.

Nel 1994, la pronuncia del Bundesverfassungsgericht tedesco (BVerfGE 90, 241 – 254, 13 aprile 1994) è stata l'occasione per intervenire sulla legislazione penale esistente e modificare l'art. 130 che lo *Strafgesetzbuch* che puniva allora, in via generale, chiunque aggredisse, secondo modalità tipizzate e in forme idonee a turbare la pace

pubblica, la dignità umana altrui. La questione riguardava la compatibilità tra un provvedimento amministrativo che limitava sensibilmente la partecipazione del noto negazionista David Irving, adottato sulla base del §130 StGB, con l'art. 5 del Grundgesetz che sancisce il diritto di esprimere e diffondere le proprie opinioni, subordinandolo ai limiti imposti dalle leggi generali e dal diritto relativo all'onore. Il Tribunale tedesco argomenta distinguendo le dichiarazioni di opinione (*Meinungsäußerungen*) dalle asserzioni di fatti (*Tatsachenbehauptungen*), affermando che la protezione costituzionale delle seconde cessa allorché esse non possano contribuire alla formazione di opinioni, come nel caso in cui l'asserzione sia falsa. L'affermazione relativa a un fatto falso non è un bene meritevole di tutela: «Unter diesem Gesichtspunkt ist unrichtige Information kein schützenswertes Gut».

Nel caso di espressioni di opinioni legate ad asserzioni di fatto, nel caso in cui le seconde si rivelino false, la libertà di espressione risulta subordinata rispetto alla tutela della personalità (*Persönlichkeitsschutz*). Il revisionismo della Shoah è un'asserzione di un fatto comprovatamente falso (sulla base di testimonianze dirette, decisioni giurisprudenziali, documenti storici...) che, per di più, incide sulla rappresentazione individuale (*Selbstverständnis*) del popolo ebraico che è parte stessa della loro dignità (§1 GG). Significativamente, pur riconoscendo, in particolare in riferimento a questioni di rilevanza pubblica, l'esistenza di una presunzione favorevole alla tutela della libertà espressiva, i giudici tedeschi richiamano l'importanza di una valutazione individualizzata, nei singoli casi, per verificare quale debba essere il bene giuridico da far prevalere («welches Rechtsgut im Einzelfall den Vorzug verdient»).

La decisione, come si diceva, ha condotto a una modifica del §130 che è stato integrato con la previsione dell'incriminazione per «chiunque apprezza, nega o banalizza in un modo idoneo a turbare la pace pubblica, in pubblico o in una riunione, fatti di cui al par. 220, c. 1 StGB (genocidio) commessi sotto il regime nazionalsocialista».

Più di recente, ma con esiti del tutto opposti, la questione si è posta anche nell'ordinamento francese, dove peraltro, il negazionismo ha trovato il proprio terreno d'elezione sin dagli anni '70 (O. Pollicino, op. cit., 92). In risposta al diffondersi delle idee revisioniste, il legislatore, con la Loi Gayssot (*loi* 90-615 del 13 luglio 1990) del 13 luglio 1990 ha inserito nella legge sulla libertà di stampa (legge 29 luglio 1881) una norma che sanziona chiunque contesti l'esistenza dei crimini contro l'umanità descritti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga (allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945) e che siano stati commessi da un membro di organizzazioni dichiarate criminali ai sensi dell'art. 9 dello stesso Statuto o da una persona riconosciuta colpevole di tali crimini da una giurisdizione francese o internazionale (art. 24-bis). La portata della norma è stata estesa in via interpretativa dalla Corte di cassazione francese che, con sentenza del 23 febbraio 1993, ha sancito l'applicabilità della fattispecie a un caso di minimizzazione – e non di negazione – della Shoah. Nel 2010, inoltre, sempre la Corte di cassazione, svolgendo il proprio ruolo di “filtro” dei giudizi di costituzionalità, ha escluso che vi potesse essere un contrasto con la Costituzione perché la *loi* Gayssot avrebbe imposto restrizioni legittime alla libertà di espressione, dato che la delimitazione dell'area del “penalmente rilevante” non è generica, ma fa riferimento a un testo specifico, riconosciuto nell'ordinamento francese (*Arrêt* n. 12008 del 7 maggio 2010).

Negli anni successivi sono state approvate altre due leggi sul riconoscimento del genocidio armeno (*loi* 2001-70 del 29 gennaio 2001) e sul riconoscimento del ruolo positivo della presenza francese oltremare, particolarmente in Africa del Nord (*loi* 2005-158 del 23 febbraio 2005).

Solo una ventina di anni dopo l'introduzione della *Loi* Gayssot il tema è giunto all'attenzione del Conseil Constitutionnel, il quale è intervenuto dichiarando

l'incostituzionalità della *Proposition de loi tendant à réprimer la contestation de l'existence du génocide armenie* (Décision n. 2012-647, DC del 28 febbraio 2012). Il progetto di legge mirava a rendere penalmente responsabili coloro che negassero o minimizzassero l'esistenza dei crimini di genocidio riconosciuti come tali dalla legge francese (art. 1).

Secondo il Conseil, una legge "memoriale" che si limiti a riconoscere un determinato evento come genocidio mancherebbe della sostanza normativa tipica della legge (Considérant 6). La *loi* in esame, in effetti, viene dichiarata in contrasto con l'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo – che, a partire dalla celebre decisione del 1971 (71-44 DC del 16 luglio 1971), rientra nel c.d. *bloc de constitutionnalité* – e, di rimando, con la libertà di espressione e comunicazione. Il Conseil, mettendo a sistema l'art. 6 della Dichiarazione, che vede la legge come "espressione della volontà generale", con altre norme costituzionali che definiscono l'oggetto e le finalità della legge, afferma che quest'ultima ha quale principale vocazione quella di enunciare norme e che deve, dunque, esser rigorosamente caratterizzata da portata normativa («la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative»). I canoni di normatività, di intelligibilità e chiarezza non paiono rispettati dalla legge censurata, la quale, al fine di definire quali siano i "genocidi", la cui contestazione è penalmente perseguibile, opera un rinvio ampio ai crimini "riconosciuti come tali dalla legge francese", ritenuto eccessivamente aperto e mobile. Un siffatto meccanismo si traduce in una limitazione dell'esercizio della libertà di espressione e di comunicazione incompatibile con la Costituzione. La scure del Conseil, insomma, più che sul reato di negazionismo, cade sul *modus operandi* scelto dal legislatore del 2012 che si era attribuito il potere di riconoscere, con leggi *ad hoc*, quali fatti storici possano qualificarsi come genocidio e, di conseguenza, quali forme di negazionismo siano punibili.

La problematica relativa all'estensione del reato di negazionismo è tornato, negli ultimi anni, per due volte all'attenzione del giudice costituzionale.

Nel 2016, il Conseil si è espresso su una questione incidentale di costituzionalità, sollevato dalla Corte di Cassazione, respingendo l'argomento fondante il ricorso, secondo il quale, l'art. 24-bis della legge sulla libertà di stampa, risalente al 1990, prevedendo la punibilità di alcuni crimini contro l'umanità, ma non di altri, avrebbe violato il principio di eguaglianza (Conseil Constitutionnel, Décision n. 2015-512 QPC, 8 gennaio 2016). Secondo il Conseil, al contrario, il legislatore avrebbe «trattato diversamente fatti aventi natura differente», in quanto «la negazione di crimini contro l'umanità commessi durante la seconda guerra mondiale, in parte sul territorio nazionale, ha in se stessa una portata razzista e antisemita»; pertanto, le disposizioni contestate hanno ad oggetto «un abuso dell'esercizio della libertà d'espressione e di comunicazione che attenta all'ordine pubblico e ai diritti di terzi». Ancora una volta non si tratta di generica negazione della storia, ma negazione qualificata in termini di prossimità geografica, storica e culturale.

Vi è un ultimo passaggio, che evidenzia ancora una volta l'impossibilità di considerare le condotte negazioniste come un *unicum* e la conseguente esigenza di differenziare e modulare le limitazioni alla libertà di espressione. L'intervento giurisprudenziale (Conseil Constitutionnel, Décision n° 2016-745 DC, 8 gennaio 2017) è scaturito da una recente modifica dell'impianto normativo (*Loi relative à l'égalité et la citoyenneté*) che aggiunge alcuni commi all'art. 24-bis, estendendo la punibilità a coloro che, con le stesse modalità, «negano, minimizzano o banalizzano oltraggiosamente l'esistenza di un crimine di genocidio diverso da quelli menzionati al primo comma, di un altro crimine contro l'umanità, di un crimine di riduzione in schiavitù o di sfruttamento di una persona ridotta in schiavitù o di un crimine di guerra, come definiti agli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale». Un ulteriore requisito, però, sdoppiava, per così dire, la fattispecie di reato, a seconda

che il crimine fosse stato o non fosse stato oggetto di una condanna pronunciata da una giurisdizione francese o internazionale: si creavano, così, un negazionismo “semplice”, che si rivolge a memorie accertate giudizialmente, ed uno, rivolto ad altri crimini contro l’umanità, che deve essere qualificato dal carattere di incitamento all’odio o alla violenza alla nei confronti di un gruppo (o di membri di un gruppo) definito sulla base della razza, del colore, della religione, della provenienza o dell’origine nazionale. Il Conseil fa salvo il primo reato e dichiara invece l’incostituzionalità dell’altro. La fattispecie di negazionismo qualificato dal carattere di incitamento all’odio o alla violenza, infatti, si sovrappone inutilmente al reato di apologia previsto all’art. 24 della stessa legge sulla stampa. Inoltre, il Conseil censura l’affidamento al giudice del compito di accertare l’esistenza nonché il carattere criminale dei fatti cui la negazione, banalizzazione o minimizzazione si riferiscono: ne deriverebbero una scarsa prevedibilità delle decisioni e, conseguentemente, una limitazione non necessaria e non proporzionata della libertà d’espressione («une incertitude sur la licéité d’actes ou de propos portant sur des faits susceptibles de faire l’objet de débats historiques», par. 196).

Più netta e orientata, invece, è l’impostazione adottata dal Tribunal Constitucional nell’ordinamento spagnolo. Qui, il legislatore era intervenuto nel 2005 con la Ley Organica 10/2005, introducendo l’art. 607, co. 2 nel Codice penale, volto a punire la diffusione con qualunque mezzo di idee o dottrine che negassero o giustificassero un genocidio o un crimine analogo.

È significativo notare che la novella legislativa muoveva, oltre che dai documenti internazionali diretti in tal senso, anche da una pronuncia del Tribunal Constitucional, risalente al 1991, nella quale si affermava che né la libertà di pensiero, né la libertà di espressione possano essere intese in senso assoluto e che esse non «includono il diritto a porre in essere manifestazioni, espressioni o campagne di carattere razzista o xenofobo», ponendosi queste esternazioni in contrasto con altri beni costituzionali, come la dignità umana (Tribunal Constitucional, sent. 214/1991). Il Tribunal, tuttavia, smentisce l’interpretazione del legislatore, e i giudici costituzionali, fedeli all’assunto in base al quale la «Costituzione protegge anche coloro che la negano» (Tribunal Constitucional, sentenza dell’11 dicembre 1995, n. 176), adottano una decisione che all’epoca è stata interpretata come “controcorrente” rispetto a «una sorta di diritto costituzionale comune europeo» (J. Luther, op. cit., 1193-1222).

Nel 2007, dunque, con sentenza n. 235/2007 (su cui E. Fronza, V. Manes, *Il reato di negazionismo nell’ordinamento spagnolo: la sentenza del Tribunal Constitucional n. 235 del 2007*, in *Ius17@unibo.it*, n. 2, 2008, p. 489 ss), il Tribunal Constitucional spagnolo ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 607, co. 2 del *Código penal* poiché la mera negazione dell’esistenza di determinati fatti storici (a differenza della loro giustificazione) non costituisce, di per sé, un “discorso del odio”. Ciò che manca è il requisito dell’incitamento diretto alla violenza contro soggetti determinati, individuabili per l’appartenenza a minoranze razziali, religiose o etniche. La mera negazione, secondo i giudici iberici, non implicherebbe necessariamente un giudizio di valore su di essi o sulla loro anti-giuridicità, non mostrando quindi profili di lesività. Per poter essere punibile, la negazione dovrebbe essere integrata dal requisito della capacità di creare un clima di ostilità nei confronti del gruppo vittima del crimine: «las ideas justificadoras entran en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes (...) cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración (...), cuando con esta conducta (...) se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos...». La criminalizzazione di una condotta «penalmente inane» determina, al contrario, una illegittima compressione della libera manifestazione del pensiero, sancita dall’art. 20 della Costituzione spagnola.

7. – La breve rassegna comparativa svolta evidenzia come, in questo terreno, le soluzioni individuate siano della più variegata natura. Al di là delle più evidenti divergenze, vi sono però due punti comuni, connessi l'uno all'altro, che si possono fare emergere e che consentono di formulare alcune brevissime considerazioni sulla decisione in commento.

Il primo, evidente, è che le questioni che ruotano attorno al negazionismo creano una tensione che scorre ai livelli più intimi degli ordinamenti costituzionali. L'esigenza (che, data la variabilità delle soluzioni adottate, pare ancora irrisolta) è quella di trovare un punto di bilanciamento fra la protezione dei valori originari delle democrazie costituzionali occidentali, la cui verità non può essere messa in dubbio senza che ne cedano le fondanti basi identitarie, e la promozione di una libertà – quella di espressione – da sempre considerata come irrinunciabile proprio perché funzionale alla costruzione di un discorso pubblico capace di includere anche chi non si riconosca nell'ordine valoriale dato.

Pur partendo dallo stesso presupposto, in base al quale quanto affermato dai negazionisti è falso, le posizioni di chi vede nel deficit di verità un deficit di democrazia e di chi, diversamente, ritiene che nessuna forma di verità possa essere fissata per legge, paiono irrimediabilmente inconciliabili. Da un lato, si sostiene che non si possa considerare “puro” un pensiero che sottenda la falsificazione di un dato di realtà politicamente sensibile (G. Balbi, *op. cit.*); dall'altro, si argomenta, anche provocatoriamente, che la giuridificazione di un fatto storico può legittimare, in altri contesti, anche la giuridificazione dell'esatto opposto (si pensi alla Turchia, dove è reato parlare di genocidio armeno o, per altro verso, alla recente legge approvata in Polonia che punisce i riferimenti al coinvolgimento polacco nei crimini della Germania nazista. La provocazione di A.M. Dershowitz è richiamata da G.E. Vigevani, *op. cit.*, 195).

La decisione in analisi, proprio di fronte a questo insanabile contrasto, pur collocandosi nell'alveo della generale deferenza mostrata dalle Corti verso le scelte incriminatrici nazionali, in particolare in riferimento alle negazioni della *Shoah*, pare offrire almeno un conforto di natura metodologica.

Prima di giungere a questo, però, si deve rilevare un secondo dato di convergenza fra le esperienze dei vari ordinamenti, strettamente dipendente dal primo. Le condotte negazioniste, intese nel modo più vario, e il disvalore ad esse connesso faticano a trovare una configurazione unitaria, tanto che, oltre alle differenze inter-ordinamentali si sono rilevate tensioni e disallineamenti – o almeno progressivi aggiustamenti – anche interni ai confini nazionali. La reale portata delle dichiarazioni che riguardano crimini contro l'umanità è fortemente condizionata dal contesto storico, temporale, geografico, politico, sociale e – verrebbe da aggiungere – culturale. Il dato interessante è che, nella decisione in commento, la corte di Strasburgo pare recepire questo dato di “variabilità” e, di conseguenza, il giudizio si reindirizza verso un metodo di natura analitica che prescinde da valutazioni astratte e da un'applicazione automatica dell'art. 17. Esso, per quanto funzionale alla tutela di determinati diritti, rischia di promuovere solo un vago e poco concreto ideale di *morale démocratique* (P. Lobba, *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights*, cit., 252) o una sorta di “ordine pubblico ideale”, che risulta «di assai problematica ambientabilità nel contesto di pluralismo ideologico proprio delle liberaldemocrazie» (A. Di Giovine, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *DPCE*, 1, 2006, xiii-xxviii). La Corte, in un caso che ha ad oggetto, insieme, l'Olocausto (un *clearly established historical fact* costitutivo dell'identità europea e del ruolo stesso del sistema convenzionale) e la forma per eccellenza del dibattito politico pubblico (quella del discorso parlamentare), abbandona lo strumento *tranchant* dell'abuso di diritto. I giudici si riappropriano, senza peraltro mutare il risultato, della capacità di mediazione fra diritti e valori contrastanti, avvicinandosi a meccanismi dialogici attivi all'interno di molti ordinamenti nazionali e aprendo uno

spiraglio verso processi di argomentazione e condivisione democratica. A fronte di questi, almeno, la proporzionalità delle scelte incriminatrici nazionali deve essere provata in base alle circostanze date dalla concretezza dei rapporti sociali e dai conflitti che connotano le società pluraliste. Il ricorso a questo metodo, senza giungere a mutare l'esito finale, pare quantomeno allontanarsi dalle tentazioni esclusivistiche cui risponde una netta dichiarazione di estraneità rispetto all'alveo di tutela offerto dalla Convenzione e si orienta all'apertura verso logiche argomentative che includano – almeno dal punto di vista procedurale – dinamiche conflittuali. La considerazione di queste ultime, così, potrebbe diventare elemento necessario nel perenne processo di costruzione di un'identità europea.