

Il negazionismo tra abuso del diritto e limite alla libertà di espressione in una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo

Marina Castellaneta

Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 gennaio 2019, *Richard Williamson c. Germania*, ric. 64496/17

La decisione delle autorità nazionali di punire gli autori di dichiarazioni negazioniste è conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo perché è un'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione necessaria in una società democratica.

Gli autori di tali dichiarazioni non possono invocare il diritto alla libertà di espressione garantito dalla Convenzione europea per promuovere e diffondere idee contrarie al testo e allo spirito della stessa Convenzione. Nel valutare la necessità dell'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione e, quindi, il rispetto dell'articolo 10 della Convenzione, va tenuto conto del contenuto di questi messaggi, della consapevolezza, da parte del responsabile, della violazione di una legge interna che punisce il negazionismo e dell'entità della sanzione inflitta al ricorrente.

Sommario

1. Premessa. – 2. La ricostruzione della vicenda all'origine della pronuncia della Corte europea. – 3. I criteri da valutare per accertare la necessità della misura limitativa della libertà di espressione. – 4. L'esigenza di inquadrare il negazionismo nell'abuso del diritto: osservazioni critiche alla decisione della Corte.

Keywords

Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Libertà di espressione, Negazionismo, Abuso del diritto, Articolo 10 CEDU

1. Premessa

La tutela della memoria storica come elemento essenziale del diritto alla verità e del rispetto delle vittime, in particolare con riferimento ai casi in cui sono stati commessi crimini contro l'umanità come l'Olocausto, è stata oggetto di una nuova decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che, già da tempo, si occupa del limite alla libertà di espressione nei casi di negazione di crimini contro l'umanità, accertati dalla storia¹.

¹ Le sentenze e le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo sono reperibili nel sito www.echr.

Con la decisione depositata il 31 gennaio 2019 nel caso *Williamson c. Germania* (ricorso n. 64496/17), la Corte di Strasburgo è intervenuta in un caso di negazionismo dell'Olocausto analizzando un profilo del quale sinora non si era mai occupata ossia la violazione di una norma interna che proibisce il negazionismo, applicabile a dichiarazioni che sono state trasmesse in via principale in un altro Stato (Svezia), pur essendo poi accessibili in Germania con il sistema di *video-on-demand* o su un canale a pagamento.

Se per certi aspetti la decisione amplia il perimetro di applicazione del divieto di negazionismo che va considerato, a nostro avviso, come forma indiretta di *hate speech*, dall'altro lato affiora una certa contraddittorietà rispetto a precedenti decisioni e, forse, finanche un'attenuazione della salvaguardia della memoria storica a vantaggio della libertà di espressione. In passato, infatti, la Corte, scegliendo di applicare l'art. 17 in base al quale nessuna disposizione della Convenzione «può essere interpretata come implicante il diritto per uno Stato, gruppo o individuo di esercitare un'attività o compiere un atto mirante alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella Convenzione...», ha escluso ogni valutazione sul contenuto delle dichiarazioni che affermano il negazionismo, optando per un certo automatismo nell'escludere ogni forma di tutela a espressioni negazioniste, così ritenendo, a priori, che dette dichiarazioni non possano rientrare, neppure formalmente, nell'esercizio del diritto alla libertà di espressione. Nella decisione in esame, invece, la Corte ha considerato le affermazioni di diniego dell'Olocausto come rientranti nel campo di applicazione dell'art. 10, che riconosce il diritto alla libertà di espressione, pur ritenendo corretta, sotto il profilo delle regole convenzionali, l'ingerenza dello Stato in causa, che aveva punito l'autore di tesi negazioniste, in virtù della necessità di proteggere valori fondamentali per l'intera collettività².

Resta da vedere se il mancato richiamo dell'art. 17 e, invece, l'inquadramento nell'art. 10, con la connessa necessità di una valutazione del contenuto delle dichiarazioni negazioniste, segni un cambiamento sostanziale nella posizione della Corte, nel senso di un rafforzamento, in ogni caso, della libertà di espressione, con la possibilità, tuttavia, nelle situazioni in cui gli Stati intervengano con misure limitative della libertà di espressione per punire il negazionismo, di avvalersi delle eccezioni all'esercizio di detto diritto applicando l'art. 10, par. 2. Come vedremo, infatti, detta scelta potrebbe portare a ritenere che vi sia un'attenuazione, seppure formale, nella valutazione delle

coe.int. In argomento si veda oltre, par. 4, nonché, tra le altre, le decisioni della Corte europea nel caso *Witzsch c. Germania*, ric. 41448/98 (1999); *Garaudy c. Francia*, ric. 65831/01 (2003), nonché prima ancora, dinanzi alla Commissione europea dei diritti dell'uomo, la decisione *Honsik c. Austria*, ric. 25062/94 (1995). Sul negazionismo dinanzi al Comitato dei diritti dell'uomo nell'ambito del Patto sui diritti civili e politici, si veda il caso *Faurisson c. Francia*, comunicazione n. 550/1993, CCPR/C/58/D/550/1993 (1996), reperibile nel sito <http://www.unhchr.ch>.

² Cfr. M. Castellaneta, *L'hate speech: da limite alla libertà di espressione a crimine contro l'umanità*, in G. Venturini-S. Bariatti (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, 157 ss.; I. Hare, *Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards*, in I. Hare-J. Weinstein (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, 62 ss.; A. Weber, *Manual on hate speech*, Strasbourg, 2009. In generale sull'art. 10 si rinvia, per tutti, a M. Oetheimer-A. Cardone, *Art. 10*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 397 ss.

tesi negazioniste³.

L'utilizzo dell'art. 10 al posto dell'art. 17, comporta, infatti, la necessità di un apprezzamento del bilanciamento tra i diversi diritti in gioco effettuata dalle autorità nazionali e di altri elementi, che potrebbe portare, in alcuni casi, a non considerare contrarie ai valori convenzionali le dichiarazioni che negano l'Olocausto. Se, come vedremo, nel ricorrere all'art. 17 la Corte non entra neanche nel merito delle dichiarazioni rese, nel caso dell'art. 10 è tenuta a farlo, considerando, da un lato, il diritto all'esercizio della libertà di espressione e, dall'altro lato, la tutela di altri diritti come la reputazione, il diritto al rispetto della vita privata, l'ordine pubblico e altri. Nella prima ipotesi, la Corte mostra una particolare e giustificata severità nei casi di negazionismo dell'Olocausto che, almeno fino alla decisione che qui si commenta, è andata progressivamente rafforzandosi, evidentemente anche in ragione della necessità di tutelare la memoria storica via via che ci si allontana temporalmente dai fatti che hanno costituito crimini contro l'umanità, impedendo una situazione in cui la riscrittura della storia, non fondata su dati di fatto, porti al divampare di nuove forme di nazismo, anche alla luce dei maggiori rischi dovuti alle nuove tecnologie e alla massiccia e rapida diffusione di tesi che costituiscono un incitamento all'odio e alla discriminazione attraverso il web⁴.

2. La ricostruzione della vicenda all'origine della pronuncia della Corte europea

Prima di occuparci dei limiti all'esercizio della libertà di espressione e dell'abuso del diritto, appare opportuno ricostruire, seppure brevemente, la vicenda che ha portato alla decisione della Corte europea, pronuncia che s'inserisce in un quadro di interventi che vedono l'organo giurisdizionale istituito a tutela della Convenzione europea svolgere un ruolo di primo piano nella salvaguardia di una «*common knowledge established beyond any doubt by overwhelming of all kind*» nel contesto internazionale, arginando ogni possibilità di ottenere una copertura convenzionale per le dichiarazioni negazioniste da inquadrare tra le forme di antisemitismo⁵. A ricorrere ai giudici internazionali è stato un cittadino nato e residente nel Regno Unito, vescovo e componente della confraternita sacerdotale di San Pio X, fondata dall'ex arcivescovo Marcel Lefebvre, dalla quale

³ Sul punto, M. Castellaneta, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 65 ss.; O. Pollicino, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, ivi, 85 ss.; G. Cohen-Jonathan, *Négationnisme et droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. b.*, 1997, 571 ss.

Critico sul ricorso all'art. 17, P. Lobba, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 18153 ss., il quale richiama la dottrina per la quale l'applicazione dell'art. 17, nei casi in cui è in gioco la libertà di espressione, ha un "effetto ghiagliottina". Si veda anche G.E. Vigevani, *Radici della costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, 4, 2014.

⁴ Si veda oltre, par. 3.

⁵ Sull'Olocausto e sui limiti alla libertà di espressione, tra gli altri, G.E. Vigevani, *Radici della costituzione e repressione della negazione della Shoah*, cit.; M. G. Schmidt-R.L. Vojtovic, *Holocaust Denial and Freedom of Expression*, in T.S. Orlin-A. Rosas-M. Scheinin (eds.), *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach*, Turku, 2000, 133 ss.

l'uomo era stato espulso nel 2012. Un giornalista di una emittente televisiva svedese lo aveva intervistato nell'ambito di un programma televisivo di inchiesta mentre era in corso, in Germania, un seminario dell'indicata confraternita. Nel corso dell'intervista concordata su questioni religiose, il prete, a seguito delle domande del giornalista che riportava sue precedenti affermazioni, aveva anche sostenuto che le camere a gas non erano esistite. Il video era stato trasmesso in Svezia, diffuso anche attraverso il sistema del *video-on-demand* fornito dall'emittente televisiva svedese e attraverso canali a pagamento. Tuttavia, dopo pochi giorni dalla prima trasmissione, il video era reperibile sul portale "Youtube". Inoltre, il giornalista aveva fornito una copia della registrazione a un reporter del settimanale tedesco *Der Spiegel* che aveva riportato i brani dell'intervista contenenti la negazione dell'Olocausto. L'uomo aveva chiesto ai tribunali civili tedeschi la rimozione della registrazione che lo riguardava, ma tale istanza era stata respinta anche perché il ricorrente aveva dato il consenso generale alla diffusione dell'intervista e, quindi, non si giustificava la richiesta di rimozione di singole parti.

Era iniziato nei suoi confronti un procedimento penale in Germania per incitamento all'odio. L'ordinamento tedesco, infatti, già da anni punisce in sede penale il negazionismo (art. 130 c.p.p.) e la stessa Corte costituzionale tedesca ha stabilito che il diniego dell'esistenza dell'Olocausto non può usufruire della libertà di espressione⁶.

Dopo la condanna in primo grado e l'assoluzione in secondo grado, l'uomo era stato definitivamente condannato a pagare un'ammenda di 1.800 euro per incitamento all'odio. Il ricorrente aveva intrapreso diverse azioni in sede giurisdizionale, chiedendo finanche l'intervento della Corte costituzionale, che aveva dichiarato irricevibile il ricorso. I giudici interni avevano anche respinto l'eccezione sulla mancanza di giurisdizione dei tribunali nazionali perché l'azione punitiva era dovuta al fatto che le tesi del ricorrente erano state rese pubbliche in Svezia, ma poi diffuse anche in Germania, che ha esercitato la propria giurisdizione secondo l'art. 3 c.p.p. che, con riguardo al luogo in cui sono stati commessi gli illeciti come titolo di giurisdizione, fa riferimento sia alla teoria dell'azione (tanto più che la registrazione dell'intervista era avvenuta in Germania) e, quindi, al luogo in cui è commesso l'atto illecito, sia alla teoria dell'evento tenendo conto del luogo in cui si verificano le conseguenze dell'illecito.

Così, la vicenda è arrivata dinanzi alla Corte europea che, come detto, secondo quanto previsto dall'art. 35, par. 3, lett. a), della Convenzione, ha dichiarato il ricorso inammissibile perché manifestamente infondato.

⁶ Sono ormai numerosi i casi in cui i tribunali tedeschi si sono pronunciati con condanne nei confronti di negazionisti. Si può ricordare la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 13 aprile 1994 con la quale i giudici costituzionali hanno chiarito che il diniego dell'esistenza dell'Olocausto sostenuto dallo storico David Irving non poteva essere protetto dal diritto alla libertà di espressione perché «*the statement that in the Third Reich there were no persecutions of Jews, is a factual assertion, which after countless eyewitness reports and documents and determinations of courts in numerous prosecutions, has been proven untrue*»: così R. Kahn, *Cross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech Law in the United States and Germany*, in *University of Detroit Mercy Law Review*, 2006, 163 ss. Il Tribunale costituzionale federale ha confermato quest'orientamento con l'[ordinanza del 22 giugno 2018 nel caso Haverbeck](#), con la quale la Corte ha ritenuto conforme alla Costituzione la previsione della misura sanzionatoria del carcere in caso di negazionismo dell'Olocausto.

3. I criteri da valutare per accertare la necessità della misura limitativa della libertà di espressione.

Se la conclusione della Corte europea è in linea con altre pronunce volte a impedire ogni margine di tutela a dichiarazioni negazioniste, la circostanza che essa abbia effettuato una valutazione sulla legittimità dell'ingerenza e sulla sua necessità in una società democratica ci porta ad alcune considerazioni. Prima di tutto, però, seppure brevemente, è opportuno delineare la posizione della Corte nei casi di negazionismo⁷.

Sono stati numerosi, infatti, i ricorsi presentati a Strasburgo da individui che sostenevano di essere stati vittime di una violazione del diritto alla libertà di espressione, tutelato dall'art. 10 della Convenzione europea, in quanto puniti per aver diffuso dichiarazioni volte ad affermare la negazione dell'esistenza dei crimini commessi contro gli ebrei durante il periodo nazista. I ricorsi sono stati dichiarati inammissibili perché non fondati, perché la Corte ha considerato l'ingerenza necessaria in una società democratica o perché i giudici internazionali hanno applicato l'art. 17 della Convenzione (abuso del diritto utilizzato per tutelare i valori convenzionali), che ha portata eccezionale e che viene richiamato in pochi casi.

A nostro avviso, la scelta della Corte europea di ricorrere all'art. 10, par. 2 - che indica i limiti alla libertà di espressione per assicurare la tutela di altri beni come la reputazione o l'ordine pubblico - o all'art. 17 non è neutra. Nel primo caso, infatti, ci sembra che vi sia un'attenuazione della valutazione della gravità del comportamento di chi nega crimini che hanno provocato milioni di vittime, accertati dalla storia, rispetto alla seconda ipotesi, nella quale *ex ante*, e senza effettuare una valutazione più approfondita del contenuto delle espressioni, del comportamento del ricorrente e delle sanzioni inflitte dalle autorità nazionali, la Corte nega ogni possibile copertura attraverso la Convenzione. Così, nella prima situazione le dichiarazioni negazioniste, almeno nell'inquadramento iniziale, hanno il rango di dichiarazioni che rientrano tra quelle che usufruiscono della libertà di espressione; nel secondo caso sono prive di ogni valore degno di tutela.

Ed invero, al par. 20 della decisione in esame, la Corte prospetta le due possibilità, constatando che, chiamata a giudicare alcuni ricorsi relativi al negazionismo, in taluni casi ha dichiarato inammissibile il ricorso perché manifestamente mal fondato secondo quanto previsto dall'art. 35 della Convenzione, utilizzando l'art. 10, par. 2, o, in altri ricorsi, ha applicato l'art. 17 ritenendo incompatibile *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione la negazione dell'Olocausto e delle camere a gas. Tuttavia, la Corte non chiarisce le motivazioni che l'hanno portata, in questo caso, a scegliere l'utilizzo dell'art. 10, par. 2. Nella decisione *Williamson*, infatti, la Corte ha optato per l'inammissibilità del ricorso sulla base della valutazione dell'art. 10, par. 2, ma non ha fornito alcuna spiegazione sulle motivazioni alla base di questa scelta.

Ora, l'utilizzo dell'art. 10, par. 2, ha avuto, come conseguenza, che la Corte ha dovuto verificare se l'ingerenza lamentata dal ricorrente fosse prevista dalla legge, proporzionale e necessaria in una società democratica, occupandosi, anche se in via incidentale,

⁷ Si veda M. Levinet, *La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2004, 653 ss.; S. Giordano, *La repressione legale del negazionismo storico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Pace diritti umani*, 2006, n. 2, 83 ss.

dell'entità della sanzione. L'art. 10 par. 2 della Convenzione, infatti, chiarendo che la libertà di espressione comporta doveri e responsabilità, dispone che l'esercizio di tale libertà possa essere sottoposta «a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei disordini e dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario». Constatato che la condanna del ricorrente era un'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione, prevista dall'art. 130 del codice penale tedesco, la Corte ha effettuato il test circa la necessità della misura in una società democratica, test che non sarebbe stato necessario laddove avesse inteso far ricorso all'art. 17.

Sulla questione della necessità della misura, i giudici internazionali hanno condiviso la prospettiva dei tribunali interni circa la volontà del ricorrente di sminuire i crimini commessi dai nazisti nei confronti degli ebrei, ridimensionando la portata del genocidio e negando l'utilizzo delle camere a gas. In questo modo, non solo è stata colpita la dignità delle vittime, ma è stata anche lesa la pace sociale in Germania, tenendo conto che senza dubbio il negazionismo è una forma, seppure indiretta, di *hate speech*, da arginare per impedire il riaffacciarsi dei fantasmi del Novecento⁸. Il ricorrente, inoltre, non aveva mai smentito o preso le distanze dalla sua dichiarazione, limitandosi soltanto a impedire la diffusione, senza particolare impegno, in Germania, per evitare conseguenze sul piano penale. La Corte europea, in ultimo, trova corretta la ricostruzione dei tribunali interni secondo i quali l'illecito era stato commesso in Germania (luogo in cui per di più era stata registrata l'intervista), anche se la diffusione diretta era avvenuta in Svezia. Con la conseguenza che è stata applicata correttamente la norma interna sull'attribuzione della giurisdizione (prevedibile per il ricorrente), non accogliendo la tesi secondo la quale era il luogo in cui era stata mandata in onda l'intervista a determinare la giurisdizione. D'altra parte, come evidenziato dalla Corte, l'uomo era consapevole che la sua intervista poteva essere reperibile anche in Germania attraverso il sistema di *video-on-demand* o attraverso la sottoscrizione di un abbonamento al canale televisivo svedese, così come aveva accettato di registrare l'intervista in Germania malgrado non risiedesse in quel Paese e sapesse che le dichiarazioni relative alla negazione dell'Olocausto costituivano un reato secondo l'ordinamento tedesco. Durante l'intervista, inoltre, l'uomo non aveva posto un limite alla diffusione della registrazione e non aveva chiesto di non trasmettere l'intervista in Germania, ma aveva solo raccomandato attenzione al reporter perché poteva essere sanzionato prima di lasciare il Paese. Nel dare rilievo a questi elementi ci sembra che la Corte europea consideri come rilevante l'elemento psicologico ossia la presenza dell'elemento della consapevolezza da parte di colui che nega i crimini contro gli ebrei circa la lesione dei valori sottesi alla punizione del negazionismo.

Questo aspetto ci sembra emerga chiaramente anche nell'esame del test circa la necessità della misura perché, per la Corte, il comportamento dell'autore è indice della volontà di utilizzare il diritto alla libertà di espressione per promuovere idee contrarie

⁸ Cfr. R.A. Wilson, *Incitement on Trial*, Cambridge, 2017.

al testo e allo spirito della Convenzione, aspetto che incide sulla valutazione della necessità dell'ingerenza. Nella stessa direzione ci sembra possa essere collocato il fatto che il ricorrente non abbia preso le distanze da questi contenuti e che si sia limitato a presentare un'ingiunzione per bloccare la diffusione del filmato in Germania.

Tra gli elementi considerati dalla Corte per accertare la necessità della misura limitativa della libertà di espressione, vi è anche l'elemento territoriale. Ed invero, la Corte dà rilievo alla circostanza che il ricorrente era consapevole della diffusione dell'intervista in Germania, ossia nel luogo in cui vi è il maggiore impatto delle "tesi" negazioniste. Tale elemento è considerato rilevante nella valutazione della necessità della misura e del bisogno sociale imperativo sotteso all'ingerenza proprio perché le autorità nazionali tedesche più di quelle di altri Stati hanno una speciale responsabilità morale nel rispettare le vittime e nel prendere le distanze dalle atrocità di massa perpetrate dai nazisti.

4. L'esigenza di inquadrare il negazionismo nell'abuso del diritto: osservazioni critiche alla decisione della Corte

Se il risultato al quale è arrivata la Corte, ossia di considerare inammissibile il ricorso, è del tutto condivisibile, non persuade l'iter seguito e il richiamo all'art. 10, par. 2, piuttosto che all'art. 17 sull'abuso del diritto⁹. La gravità delle dichiarazioni negazioniste, che possono rappresentare un pericolo per la democrazia tenendo conto che il riconoscimento dell'Olocausto è uno strumento per arginare derive antidemocratiche e il fascismo, non dovrebbe comportare, a nostro avviso, una valutazione delle stesse dichiarazioni - con riguardo ad aspetti soggettivi, oggettivi o territoriali - da considerare, *ab origine*, come non degne di alcuna tutela.

Sotto il profilo dell'esame soggettivo, la dichiarazione che nega l'Olocausto ha una gravità in sé che deve prescindere, a nostro avviso, dalla consapevolezza della commissione di un reato o dagli effetti che potrebbero derivare dalle dichiarazioni rese, proprio in ragione della natura e della finalità antisemita delle tesi negazioniste che, sostanzialmente, incitano all'odio, seppure in via indiretta, verso un determinato gruppo, al quale non viene riconosciuta neanche la qualità di vittima malgrado la verità storica. A ciò si aggiunga che, oggi, la dichiarazione che nega l'Olocausto, anche se resa in uno Stato, ha inevitabili effetti ovunque nel mondo in ragione della tecnologia che ne permette la diffusione immediata, amplificando così la portata di incitamento all'odio e la discriminazione nei confronti delle vittime e dei superstiti. La circostanza, poi, che siano trascorsi molti anni dall'Olocausto rende ancora più necessario un approccio di "tolleranza zero" verso chi nega i crimini.

Pertanto, a nostro avviso, a fronte di espressioni negazioniste dell'Olocausto, la Corte avrebbe dovuto mantenere il proprio indirizzo nel senso di applicare direttamente l'art. 17 e non il par. 2 dell'art. 10, non entrando così nel merito delle dichiarazioni rese, ma

⁹ Cfr. M. E. Villiger, *Article 17 ECHR and freedom of speech in Strasbourg practice*, in J. Casadevall-E. Myjer-M. O'Boyle-A. Austin (eds.), *Freedom of Expression, Essays in honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk, 2012, 321 ss.

impedendo *ex ante* la diffusione delle dichiarazioni del negazionismo. È vero che la Corte, nella sua valutazione, ritiene che il ricorrente non può utilizzare la Convenzione per diffondere idee contrarie al testo e allo spirito della stessa Convenzione europea, con ciò avvicinandosi al contenuto dell'art. 17 più che all'art. 10, ma il ragionamento e l'accertamento effettuato sono fondati su quest'ultima disposizione. Così, come ci sembra che, pur condividendo il ragionamento in base al quale gli Stati con esperienza degli orrori del nazismo hanno sicuramente una responsabilità morale speciale nel prendere le distanze da quei crimini, la repressione del negazionismo, proprio come strumento per impedire ogni seppur piccola diffusione di messaggi discriminatori, abbia una portata universale tanto più che questi messaggi mettono in pericolo la tolleranza, la democrazia e la pace sociale.

Tra gli elementi negativi dovuti al richiamo dell'art. 10 piuttosto che dell'art. 17 vi è anche la valutazione dell'entità della sanzione.

Giova ricordare che, in passato, proprio nei casi in cui il negazionismo o l'*hate speech* sono stati inquadrati nell'art. 17, la Corte ha automaticamente respinto il ricorso senza valutare l'entità della sanzione disposta dai giudici nazionali. Così non fa per l'art. 10 e, quindi, nel caso in esame, la Corte ha anche richiamato, a fondamento della decisione di respingere il ricorso, la circostanza che la sanzione fosse stata di lieve entità, facendo sorgere il dubbio che in caso di importi elevati la soluzione sarebbe stata diversa. È vero che la valutazione dell'entità della multa è richiamata quasi come elemento aggiuntivo e non decisivo nella pronuncia sull'inammissibilità del ricorso, ma se la Corte avesse fatto ricorso all'art. 17 sull'abuso del diritto non avrebbe dovuto applicare un test di proporzionalità sull'entità della sanzione, evidenziando una maggiore severità verso chi commette atti di negazionismo.

In questa direzione, si può ricordare la decisione *M'Bala M'Bala* (noto come *Dieudonné c. Francia*) (ricorso n. 25239/13) depositata il 20 ottobre 2015, nella quale, proprio in ragione dell'applicazione dell'art. 17, la Corte non ha valutato la severità della sanzione, rafforzando la dimensione punitiva nei casi di negazionismo, che possono distruggere i valori convenzionali, ed escludendo un accertamento sulla proporzionalità della sanzione che, anche se fosse stata particolarmente elevata, non avrebbe inciso sull'irricevibilità del ricorso ai sensi dell'art. 17.

Non va dimenticato, tra l'altro, che gli anni recenti vedono il divampare dell'antisemitismo, al quale si deve ascrivere il negazionismo. Basti pensare ai dati divulgati il 22 gennaio 2019 da Eurobarometro che, nell'analisi della percezione dell'antisemitismo in Europa (dicembre 2018), ha considerato il negazionismo relativo all'Olocausto come «*the most pernicious problem, followed by antisemitism on the Internet*»¹⁰. Dal canto suo, l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, in occasione della giornata per ricordare la “notte dei cristalli” (9 novembre 1938), ha pubblicato, il 9 novembre 2018, il rapporto dal titolo “*Antisemitism: overview of data available in the European Union 2007-2017*” in cui ha lanciato l'allarme per la diffusione dell'antisemitismo¹¹, così come ha fatto

¹⁰ Si veda lo speciale n. 484 reperibile nel sito www.europa.eu.

¹¹ Il documento è reperibile nel sito www.fra.europa.eu. Si veda anche il documento del febbraio 2009 sulla situazione dei fenomeni di antisemitismo in Europa nel quale si afferma che «*Holocaust denial or 'revisionism' has become a central part of the propagandistic repertoire of parties and organisations on the right fringe of*

Note a sentenza - Sezione Europa Corte europea dei diritti dell'uomo

la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza del Consiglio d'Europa (ECRI) nel rapporto annuale relativo al 2017 pubblicato nel giugno 2018¹². L'allarme è poi diffuso a livello mondiale. Si consideri che l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, dopo aver introdotto il 27 gennaio come giorno della memoria in ricordo delle vittime dell'Olocausto¹³, ha adottato, il 22 marzo 2007, la risoluzione 61/255¹⁴ in cui «condemns without any reservation any denial of the Holocaust». Un richiamo diretto ai rischi del negazionismo è stato fatto con la dichiarazione congiunta sulle dieci minacce chiave alla libertà di espressione adottata il 3 febbraio 2010 dal Rappresentante speciale delle Nazioni Unite sulla libertà di espressione e di opinione, dall'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa, dal Relatore speciale sulla libertà di espressione dell'Organizzazione degli Stati americani e da quello della Commissione africana sui diritti dell'uomo e dei popoli, nella quale è stato chiesto agli Stati di bloccare «the misuse of hate speech law to prevent historically disadvantaged groups from engaging in legitimate debate about their problems and concerns»¹⁵.

Sul piano dell'Unione europea, con riferimento agli atti vincolanti, va ricordata la decisione quadro 2008/913/GAI del 28 novembre 2008 sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale¹⁶ nella quale si chiede agli Stati membri di punire anche «l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale...»¹⁷, nonché dei crimini definiti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga. Tale atto ha condotto numerosi Paesi ad adottare legislazioni nazionali volte a punire il negazionismo (antesignana la Francia, con la «legge Gayssot»), che si sono aggiunte a quelle dei Paesi maggiormente «colpiti» dai crimini contro l'umanità durante la Seconda Guerra Mondiale (in ragione del maggior numero di autori di crimini e del luogo in cui si è avuto, sotto il profilo territoriale, il più alto numero di vittime) come Germania e Austria che, con il *National Socialism Prohibition Act* dell'8 maggio 1945, modificato dalla legge 26 febbraio 1992, ha introdotto il divieto di negare l'Olocausto¹⁸. Per quanto riguarda l'Italia, solo a titolo di completezza, si può ricordare

the political spectrum throughout Europe», nonché il documento su «*Discrimination and hate crime against Jews in EU Member States: experiences and perceptions of anti-semitism*», sui crimini d'odio contro gli ebrei in alcuni Stati membri dell'Unione europea.

¹² Doc CRI(2018)26, reperibile nel sito www.coe.int. È opportuno ricordare, sempre tra le attività del Consiglio d'Europa, il Protocollo del 28 gennaio 2003, entrato in vigore il 1° marzo 2006, riguardante la criminalizzazione di atti dal contenuto razzista o xenofobo attraverso i sistemi informatici (non ancora ratificato dall'Italia), addizionale alla Convenzione sul cybercrime del 21 novembre 2001, in vigore dal 1° luglio 2004 (ratificata dall'Italia), nel quale si ritiene necessario che gli Stati puniscano in sede penale i casi «which denies, grossly minimises, approves or justifies act constituting genocide or crimes against humanity» come definiti dal diritto internazionale, dal Tribunale di Norimberga o da altri tribunali internazionali.

¹³ Si veda la risoluzione n. 60/7 del 21 novembre 2005.

¹⁴ La risoluzione è reperibile nel sito www.un.org/depts/dhl/resguide/r61.htm.

¹⁵ Reperibile nel sito www.cidh.org/comunicados/english/2010/18-10eng.htm.

¹⁶ In *GUUE* L 328 del 6 dicembre 2008, 55 ss.

¹⁷ La Carta dei diritti fondamentali dell'Ue non inserisce espressamente l'*hate speech* come limite alla libertà di espressione (art. 11), ma vieta la discriminazione fondata su razza, origine etnica etc. (art. 21).

¹⁸ Sui limiti alla libertà di espressione e la diffusione di legislazioni che stabiliscono la punizione del

che, con l'art. 3 della l. 654/1975 (nota come "legge Mancino"), con la quale è stata ratificata e data esecuzione in Italia alla Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, come modificato dalla l. 115/2016, è stato introdotto come reato la propaganda, l'istigazione e l'incitamento nella forma della negazione della Shoah o dei crimini di genocidio e dei crimini di guerra e contro l'umanità (si veda anche la l. 205/1993 di conversione, con modificazioni, del d.l. 122/1993 "recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa")¹⁹. A rafforzare la portata punitiva è intervenuta la legge 25 ottobre 2017, n. 163 "Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2016-2017", con la quale, per assicurare la completa attuazione della decisione quadro 2008/913/GAI, è stata modificata l'aggravante del negazionismo aggiungendo i casi di minimizzazione grave o l'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità, dei crimini di guerra come stabiliti nello Statuto della Corte penale internazionale.

E la stessa Corte europea, d'altra parte, ha rafforzato la protezione della memoria storica e del riconoscimento dell'Olocausto, proprio avvalendosi, nei casi di negazionismo, nel corso degli anni, dell'art. 17 piuttosto che dell'art. 10. Così, se nella decisione del 16 luglio 1982 *X c. Repubblica federale tedesca*²⁰, è stato respinto il ricorso di un cittadino tedesco al quale era stato proibito di diffondere un testo contenente affermazioni negazioniste alla luce dell'art. 10 della Convenzione in quanto le misure limitative della libertà di espressione erano necessarie in una società democratica, con il passare degli anni la Commissione prima e la Corte poi hanno costruito un solido impianto che, in via indiretta, legittima le legislazioni nazionali che puniscono in sede penale, anche con sanzioni rilevanti, coloro che negano l'Olocausto, non offrendo alcuna possibilità di invocare la libertà di espressione. In questo senso, la Corte è passata dall'applicazione dell'art. 10 all'art. 17, «con ciò ritenendo di particolare gravità quelle affermazioni, in grado di condurre alla distruzione di diritti riconosciuti nella Convenzione»²¹.

Ricostruendo brevemente l'attività degli organi di garanzia della Convenzione, si può

negazionismo si veda G.E. Vigevani, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in G.E. Vigevani-O. Pollicino-C. Melzi d'Eril-M. Cuniberti-M. Bassini (a cura di), *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019, 3 ss. Cfr. anche O. Pollicino, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, cit., 85 ss.; C.M. Cascione, *Negazionismo e libertà di espressione: rilievi comparatistici*, in *Dir. Inf.*, 2011, 312 ss.

Non va dimenticato che in alcuni casi gli Stati hanno introdotto, nelle legislazioni volte a punire il negazionismo della Shoah, elementi in grado di compromettere la libertà di espressione, senza la tutela di alcun valore: è il caso della Polonia con la nuova proposta di legge che punisce coloro che accusano Varsavia di complicità nell'Olocausto.

¹⁹ Cfr., tra gli altri, E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; M. Manetti, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. Ainis (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2008, 41 ss.

²⁰ Ric. 9235/81. Si veda P. Wachsmann, *La jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme*, in J. Flauss-M. Di Salvia (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme: développements récents et nouveaux défis*, Bruxelles, 1997, 103 ss. In generale, sulla ricostruzione della giurisprudenza della Corte europea, si veda P. Lobba, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 18153 ss.

²¹ Ci permettiamo di rinviare a M. Castellaneta, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'applicazione del principio dell'abuso del diritto nei casi di hate speech*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, 745 ss.; Id., *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, cit.

Note a sentenza - Sezione Europa Corte europea dei diritti dell'uomo

ricordare la decisione del 18 ottobre 1995 nel ricorso *Honsik c. Austria*²² nella quale, per dichiarare parzialmente irricevibile il ricorso, la Commissione ha utilizzato sia l'art. 10, sia l'art. 17 della Convenzione rilevando che la tesi negazionista poteva condurre «*to the destruction of the rights and freedom guaranteed by the Conventions*»²³.

Questo cammino ci sembra sia stato compiuto dalla stessa Corte che, per citare solo i casi più significativi, con la decisione *Garaudy c. Francia* del 24 giugno 2003²⁴, ha respinto il ricorso di uno scrittore francese che era stato condannato dai tribunali nazionali in base alla legge *Gayssot* perché aveva negato l'esistenza di un elevato numero di vittime nella cosiddetta "soluzione finale", proprio utilizzando l'art. 17 della Convenzione. In quell'occasione, la Corte ha stabilito che la contestazione di fatti storici chiaramente stabiliti, come l'Olocausto, «*ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité. L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention*».

L'utilizzo dell'art. 17 della Convenzione europea per escludere l'applicazione dell'art. 10 della medesima Convenzione nei casi di negazionismo è stato confermato, seppure in modo indiretto, più di recente, nella sentenza *Fatullayev c. Azerbaijan* depositata il 22 aprile 2010,²⁵ nella quale la Corte ha rilevato che l'art. 17 non poteva trovare applicazione nel caso di specie perché la vicenda sottoposta al suo esame non riguardava una vicenda di negazionismo o la revisione di «*clearly established historical facts such as the Holocaust*», con ciò confermando che in questi casi la Convenzione non accorda la specifica protezione prevista per il negazionismo. Nella stessa direzione, nel citato caso *M'Bala M'Bala c. Francia*, la Corte, per la prima volta, ha applicato l'art. 17 non solo con riguardo a manifestazioni esplicite e dirette per le quali non è necessaria alcuna interpretazione, ma anche con riferimento alle espressioni antisemite «*travestie sous l'apparence d'une production artistique*», ritenendo tali espressioni «*dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte*» (§ 40)²⁶, con un evidente allargamento del perimetro dell'art. 17. In quest'occasione, infatti, la Corte ha respinto il ricorso di M'Bala che, nel corso di uno spettacolo teatrale, aveva invitato Faurisson²⁷, un accademico condannato a più riprese per aver negato l'Olocausto, affermando che le dichiarazioni di negazione dell'Olocausto e i

²² Ric. 25062/94.

²³ Si vedano anche la decisione del 29 marzo 1993 (*F.P. c. Germania*, ric. 19459/92), quella del 26 giugno 1996, relativa al caso *Marais c. Francia* (ric. 31159/96) e la decisione del 2 settembre 1994 (*Ochsenberger c. Austria*, ric. 21318/93).

²⁴ Ric. 65831/01.

²⁵ Ric. 40984/07.

²⁶ Si veda *supra*, par. 4.

²⁷ V. *supra*, nota n. 1.

comportamenti che favoriscono la diffusione di questi messaggi sono contrari ai valori convenzionali, con la conseguente applicazione dell'art. 17.

Alla luce di questa analisi suscita perplessità la circostanza che nella decisione *Williamson*, pur non offrendo alcuna protezione alle tesi negazioniste, la Corte abbia utilizzato l'art. 10 piuttosto che l'art. 17, facendo sorgere qualche dubbio sulla necessità di valutare preliminarmente il comportamento dell'autore dei messaggi di negazione dell'Olocausto alla luce della consapevolezza dell'esistenza di un reato e della portata della sanzione subita. Pertanto, proprio per l'attenuazione della repressione del negazionismo che ne potrebbe derivare, con l'introduzione, a causa del mancato utilizzo dell'art. 17, del test sul bilanciamento e sul margine di apprezzamento delle autorità nazionali, la posizione della Corte europea non è condivisibile tanto più che, nel caso in esame, appare presente il parametro individuato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza del 17 dicembre 2013, *Perincek c. Svizzera*, n. 27510/08, confermata dalla Grande Camera con sentenza del 15 ottobre 2015, con la quale la Corte ha stabilito che è possibile applicare l'art. 17 solo se è "del tutto chiaro" che quanto dichiarato a titolo di libertà di espressione è manifestamente contrario ai valori convenzionali. Situazione che ci sembra essere configurabile nei casi di negazionismo al centro della decisione in esame che, d'altra parte, riguardava un caso incontestabile quale la commissione dell'Olocausto.