

DALL'EUROPA

Libertà di espressione

La decisione

Libertà di espressione nel sistema di tutela CEDU (art. 10) - «Interference» alla libertà di espressione nella società democratica - Incriminazione del negazionismo del genocidio armeno come misura restrittiva - Tutela della dignità del gruppo vittima - Assenza di istigazione all'odio e all'intolleranza - Non necessità della misura nella società democratica (CEDU, artt. 8 e 10; C.p. svizzero, art. 261-bis).

La libertà di espressione è protetta dall'art. 10 CEDU, il cui par. 2 ne ammette talune limitazioni, se “necessarie in una società democratica”, per conseguire una serie di obiettivi, tra cui la tutela degli altrui diritti.

Tra gli altrui diritti è compreso il diritto delle vittime di un genocidio e dei loro discendenti a vedersi tutelati da affermazioni negazioniste che offendono la dignità sia degli antenati sia dei membri attuali del gruppo, protetta dall'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare).

La misura penalistica di limitazione del pensiero negazionista del genocidio armeno non è necessaria in una società democratica, a meno che non istighi alla violenza, all'odio e all'intolleranza.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, GRANDE CAMERA, 15 ottobre 2015 - Perinçek, ricorrente.

Il commento

Limiti penalistici alla libertà di espressione: il caso del negazionismo del genocidio armeno¹

SOMMARIO: 1. Il caso: le affermazioni negazioniste del *Metz Yeghêrn* (1915-1916) pronunciate da Doğu Perinçek. 2. La disciplina dell'art. 10 CEDU: la libertà di espressione e le «interferences» ammissibili. 3. Le limitazioni alla libertà di espressione «necessary in a democratic society». 4. La giurisprudenza della Corte EDU sul requisito della necessità in una società democratica della misura restrittiva

¹ Il presente commento costituisce una versione annotata e ampliata della nota *I limiti all'incriminazione del negazionismo del genocidio degli Armeni*, in *Banca dati del Progetto di ricerca “L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo” dell'Università degli Studi di Perugia*, 2-12-2015, online su <https://diritti-cedu.unipg.it>. Per un più ampio studio sulla sentenza *Perinçek* e sull'incriminazione del negazionismo si rinvia a Leotta, *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte EDU sul genocidio armeno (2015)*, Padova, 2016. Tutte le risorse online menzionate in questo contributo sono state consultate l'ultima volta il 31-1-2016.

della libertà di espressione. 5. Il giudizio di bilanciamento tra art. 10 e art. 8 CEDU: i sette criteri della sentenza *Perinçek*. 6. La centralità della libertà di espressione nell'ordinamento democratico. 7. Profili critici dell'arresto *Perinçek*.

1. Il caso: le affermazioni negazioniste del Metz Yeghém (1915-1916) pronunciate da Doğu Perinçek

Doğu Perinçek è un politico turco, capo del Partito Turco dei Lavoratori, che nel 2005, in occasione di tre distinti eventi pubblici avvenuti in Svizzera, manifestava opinioni negazioniste sul genocidio degli Armeni (*Metz Yeghém*)².

² Il fenomeno del negazionismo è riferito originariamente alla negazione della *Shoah* e successivamente ad altri eventi qualificabili come genocidio, come crimini contro l'umanità o come crimini di guerra. In ambito giuridico cfr. Ambrosi, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. costituz.*, 2008, n. 3, 519-544; Bacco, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad. costituz.*, 2013, n. 4, 823-848; Bargiacchi, *Cenni sulle tendenze della prassi internazionale ed europea in tema di negazionismo*, in *Riv. cooper. giurid. intern.*, 2008, n. 29, 70-86; Bettini, *Progettazione legislativa tra storia e negazionismo*, in *Studi parl. e di politica costit.*, 2011, n. 171-172, 63-76; Bifulco, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla «menzogna di Auschwitz»*, Milano, 2012; Caputo, *La «menzogna di Auschwitz», le verità del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in Forti, Varraso, Caputo (a cura di), *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 263-325, disponibile anche in *Dir. pen. contemp.* (ed. web), 7-1-2014, online su www.penalecontemporaneo.it; Caruso C., *Dignità degli «altri» e spazi di libertà degli «intolleranti». Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quad. costituz.*, 2013, n. 4, 795-821; Id., *Ai confini dell'abuso del diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Mezzetti L., Morrone (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*. Atti del Convegno internazionale di studi, Bologna, 5-3-2010, Torino 2011, 329-352; Cascione, *Negazionismo e libertà di espressione: rilievi comparatistici*, in *Dir. informaz. e informat.*, 2011, vol. 27, n. 2, 303-323; Cassano, *Negazionismo e opportunità di una risposta penale*, in *Criminalia*, 2013, 271-284; Coletta, *Le scelte «antinegazioniste» del legislatore italiano e la loro problematica compatibilità con il dettato costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2012, 2, 63-75; Cortese, *Memoria e diritto. Contributo per un approccio non necessariamente centripeto (tra storia, giustizia e letteratura)*, in *ivi*, 19-46; Cuccia, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Rass. parlam.*, 2007, 857-884; D'Ottavio, *Contro il negazionismo: un dibattito tra storici e politici*, in *Ventesimo secolo: riv. di studi sulle transizioni*, 2008, vol. 17, n. 3, 119-128; Del Bò, *Menzogne che non si possono perdonare ma nemmeno punire. Alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo*, in *Criminalia*, 2013, 285-298; Della Morte, *L'introduzione del reato di negazionismo in Italia. Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale*, in *Dir. pubbl. compar. eur.*, 2014, n. 3, 1181-1203; Di Giovine, *Il passato che non passa: «Eichmann di carta» e repressione penale*, in *Dir. pubbl. compar. eur.*, 2006, n. 1, XIII-XXVIII; Fronza, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, n. 3, 1034-1074; Id., *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 2008, n. 30, 27-54; Id., *La protezione penale della memoria. Note critiche sul reato di negazionismo*, in Bertì, Cortese, *Il crimine dei crimini. Stermini di massa nel Novecento*, Milano, 2008, 226-241; Id., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; Id., voce «Negazionismo», in *Enc. Dir.*, *Annali*, VIII, Milano, 2015, 633-658; Guarino, *Negazionismo e pressapochismo, ovvero come distruggere un'idea*, in *Riv. coop. giurid. intern.*, 2014, n. 46, 9-17; Guella, Piciocchi, *Libera manifestazione del pensiero tra fatti di sentimento e fatti di conoscenza*, in *Quad. costituz.*, 2013, n. 4, 849-877, in particolare 865-872; Leotta, *Profili penale del negazionismo*, cit.; Lobba, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazione sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, n. 3, 109-158; Id., *Il negazionismo come abuso della libertà di*

La prima volta accade a Losanna, nel Cantone di Vaud, il 7 maggio 2005, quando, in una conferenza stampa, afferma che «*the Armenian Genocide is an international lie*», orchestrata dalle forze imperialiste degli Stati Uniti e dell'Europa. Il secondo fatto si verifica il 22 luglio 2005 a Opfikon, nel Cantone di Zurigo, in occasione di una commemorazione del Trattato di Losanna del 1923, durante la quale il ricorrente dichiara che il problema dei Curdi e degli Armeni non è mai esistito e distribuisce un volantino dal titolo *The Great Powers and the Armenian question*. Il terzo episodio risale al 18 settembre dello stesso anno: Perinçek a Köniz, nel Cantone di Berna, riporta presunte fonti sovietiche che escluderebbero la commissione di un genocidio da parte della Turchia e ribadisce che gli Armeni all'inizio del XX secolo erano alleati delle forze imperialiste nemiche dell'Impero ottomano. Conclude, infine, dicendo che «*there was no genocide of the Armenians in 1915. It was a battle between peoples*»³.

espressione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, n. 4, 1815-1853; Lozano, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in *Riv. ass. ital. costituz.* (ed. web), 2014, n. 2, 1-33, online su <http://www.rivistaaic.it/>; Luther, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 1193-1222; Manetti, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in Ainis (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, 41-52; Merli, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, 2008; Id., *Relazione introduttiva*, in Violante, Galliani, Merli (a cura di), *Oggetto e limiti del potere coercitivo dello Stato nelle democrazie costituzionali*. Atti del Convegno dell'Università degli Studi di Camerino, Ascoli Piceno, 5/7-3-2010, raccolti in *Quad. degli Ann. Facoltà giur. dell'Univ. di Camerino*, 2013, n. 1, 10-38; Parisi, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quad. costituz.*, 2013, n. 4, 879-904; Patruno, *Memoria storica, negazionismo, tribunale del diritto*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2012, n. 2, 47-61; Pavich, Bonomi, *Reati in materia di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *Dir. pen. contemp.* (ed. web), 13-10-2014, disponibile online su www.penalecontemporaneo.it; Petrini, *I giuristi e il reato di negazionismo*, in *Contemporanea*, 2009, n. 1, 112-116; Pietrobon, *Un giudice internazionale per il negazionismo*, in *Forum Quaderni costit., Papers*, 2007, n. 4, 1-9, disponibile online su www.forumcostituzionale.it; Poggeschi, *Diritto e memoria: fra condanna dei genocidi e rielaborazione del passato*, in Berti, Cortese, *Il crimine dei crimini*, cit., 200-225; Resta, Zeno-Zencovich, *Riparare, risarcire, ricordare: un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012; Ripoli, *Ancora sul negazionismo. Garaudy letto sul serio*, in *Ragion pratica*, 1999, 71-82; Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, 76-102; Spatti, *Hate speech e negazionismo tra restrizioni alla libertà d'espressione e abuso del diritto*, in *Studi integr. eur.*, 2014, 341-358; Spigno, *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*. Nota a *Tribunal Constitucional* del 7-11-2007, n. 235, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, n. 4, 1921-1931; Id., *Argomentazioni costituzionali contro la giuridificazione della ricerca storica*, in *Ianus. Diritto e finanza. Riv. studi giuridici*, 2013, n. 9, 11-44, disponibile online su www3.unisi.it/ianus/; Vigevani, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Riv. ass. ital. costituz.* (ed. web), 2014, n. 4, 1-25 online su <http://www.rivistaaic.it/>; Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 217-241. Nella dottrina straniera cfr. per tutti Hennebel, Hochmann, *Genocide Denials and the Law*, Oxford-New York, 2011; Kahn, *Holocaust Denial and the Law. A Comparative Study*, New York, 2004; Wistrich (a cura di), *Holocaust Denial. The Politics of Perfidy*, Berlin, 2012.

³ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, Application no. 27510/08, 15-10-2015,

Perinçek, a causa di tali dichiarazioni, il 9 marzo 2007 è condannato al pagamento di una pena pecuniaria dal giudice di Losanna perché ritenuto responsabile del reato di cui all'art. 261-bis, par. 4, c.p. svizzero, che punisce chi pubblicamente nega, minimalizza in modo grossolano o giustifica un genocidio o un altro crimine contro l'umanità, per ragioni di discriminazione razziale, etnica o religiosa. La condanna è confermata nei successivi gradi di giudizio.

Il politico turco ricorre alla Corte EDU lamentando la violazione dell'art. 10 CEDU (diritto alla libertà di espressione); i giudici di Strasburgo (Sezione II), accogliendo il ricorso, il 17 dicembre 2013 dichiarano che la condanna è in contrasto con la disciplina convenzionale dell'art. 10. Su richiesta del Governo svizzero, la causa è, infine, portata dinanzi alla Grande Camera che si pronuncia con la sentenza del 15 ottobre 2015, qui in commento⁴.

2. La disciplina dell'art. 10 CEDU: la libertà di espressione e le «interferences» ammissibili

L'art. 10, par. 1, CEDU riconosce il diritto alla libertà di espressione, che si compone sia del diritto alla libertà di opinione sia del diritto di inviare e ricevere informazioni e comunicazioni senza ingerenze da parte delle pubbliche autorità.

Un'eventuale limitazione alla libertà di espressione («*interference*») è ammessa, ai sensi del par. 2, se sussistono tre condizioni: a) è prevista dalla legge («*lawfulness of interference*»); b) è finalizzata a perseguire uno dei seguenti scopi («*legitimate aim*»): sicurezza nazionale, integrità territoriale o sicurezza

parr. 13-16, online su <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁴ Cfr. Id., Sez. II, *Perinçek v. Switzerland*, Application no. 27510/08, 17-12-2013; in commento cfr. Lobba, *Un arresto della tendenza repressiva europea sul negazionismo. Punire la contestazione del 'genocidio armeno' viola l'art. 10 CEDU*, in *Dir. pen. contemp.* (ed. web), 15-1-2014; Montanari, *La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia sul problematico bilanciamento tra il diritto alla libertà di espressione e l'esigenza di reprimere il negazionismo del genocidio armeno*, *ivi*, 7-1-2014; Selvaggi, *Osservazioni a CEDU, 17 dicembre 2013*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 4, 1409-1411. La sentenza del 2015, Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., è stata commentata da Borgna, *Il genocidio armeno (non) passa in giudicato: in margine al caso Perinçek*, in *Diritti umani e dir. intern.*, 2015, vol. 9, n. 3, 697-704; Della Morte, *Bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della dignità umana nella sentenza Perinçek*, in *Riv. dir. intern.*, 2016, n. 1, 1-8 del dattil. (in corso di pubblicazione); Montanari, *Libertà di pensiero e dignità delle vittime in un caso di negazionismo del genocidio armeno: si pronuncia la Grande Camera della Corte EDU*, in *Dir. pen. contemp.* (ed. web), 21-10-2015; Siervo, *Alcune osservazioni a prima lettura sulla sentenza Perinçek contro Svizzera della Grande Camera*, in *Quest. Giustizia* (ed. web), 15-12-2015, disponibile online su www.questiongiustizia.it; Somma, *Negazionismo e genocidio armeno. Libertà d'espressione e diritto alla menzogna secondo la Corte EDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, n. 2, 1046-1050. I contributi qui citati, tratti da *Dir. pen. contemp.* sono disponibili su www.penalecontemporaneo.it.

pubblica, difesa dell'ordine e prevenzione dei delitti, protezione della salute o della morale, protezione della reputazione o dei diritti altrui, impedimento della diffusione di informazioni riservate, garanzia dell'autorità ed imparzialità del potere giudiziario; c) è necessaria in una società democratica⁵.

L'applicazione, nella vicenda *Perinçek*, dell'art. 261-bis, co. 4, c.p. svizzero che ha comportato la condanna del ricorrente per le proprie affermazioni negazioniste del genocidio armeno, rispetta, secondo la Corte EDU, i primi due requisiti dell'art. 10, par. 2, CEDU.

In particolare, per quanto riguarda il requisito della «*lawfulness of interference*», che ha strette connessioni con il principio di legalità (art. 7 CEDU), è da ritenersi che la norma incriminatrice rispetti i caratteri di accessibilità/prevedibilità e che non sia affetta da imprecisione poiché Perinçek, vantando una consolidata formazione giuridica e una prolungata esperienza politica, non poteva non prevedere che le affermazioni contestategli potessero integrare un fatto di reato.

Ad avviso della Corte pure è integrato il secondo requisito di cui all'art. 10, par. 2, CEDU, vale a dire lo scopo legittimo per cui è prevista la limitazione alla libera manifestazione del pensiero («*legitimate aim*»). Nel caso di specie sussiste, infatti, la finalità di tutela degli altrui diritti, cioè dell'onore e della dignità dei discendenti delle vittime dei massacri commessi dai Turchi nel 1915⁶. A proposito è da osservarsi, tuttavia, che, secondo quanto si legge in

⁵ L'art. 10, par. 2, CEDU recita: «*The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary*». In commento alla disciplina dell'art. 10 CEDU cfr. Cardone, Oetheimer, *Sub art. 10*, in Bartole, De Sena, Zagrebelsky V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 397-419; Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, 2014; Caretti, *Art. 10. Libertà di espressione*, in Bartole, Conforti, Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, 337 ss.; Russo, Quaini, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, 2^a ed., Milano, 2006, 175-184. Nella letteratura straniera cfr., tra i molti contributi, Belavusau, *Freedom of Speech. Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, London, New York, 2013; Directorate General of Human Rights (a cura di), *Case Law Concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2001; Flauss, *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression*, in *Indiana Law Journal*, 2009, vol. 84, n. 3, 809-849; Herz, Molnar (a cura di), *The Content and the Context of Hate Speech*, New York, 2012; Kiska, *Hate speech: a Comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence*, in *Regent University Law Review*, 2012, vol. 27, 107-151; Weber, *Manual on hate speech*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009.

⁶ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 141-144; 155-157.

sentenza, il *vulnus* recato alla dignità delle vittime non discenderebbe tanto dalle frasi negazioniste pronunciate da Perinçek, quanto piuttosto dalla circostanza che egli abbia accusato gli Armeni di essere responsabili di eccidi di Turchi e musulmani⁷.

3. Le limitazioni alla libertà di espressione «*necessary in a democratic society*»

Appurata l'esistenza dei primi due presupposti («*lawfulness of the interference*» e «*legitimate aim*») che legittimano una restrizione nel godimento del diritto alla libera manifestazione del pensiero, resta da affrontare il profilo sulla sussistenza o meno del terzo requisito previsto dall'art. 10, par. 2, CEDU, cioè della necessità della misura limitativa in una società democratica.

In proposito, la Sezione II della Corte già si era espressa in senso negativo con la sentenza del 17 dicembre 2013, movendo dal rilievo secondo cui le dichiarazioni a contenuto storico e politico rivestono un interesse pubblico, con la conseguente riduzione del margine di apprezzamento dello Stato nella previsione di eventuali misure restrittive. In particolare, la Sezione II, nell'accogliere le doglianze del ricorrente, aveva considerato come dall'esistenza del generale consenso con cui è riconosciuto il genocidio armeno non si potesse già inferire la necessità della misura limitativa e pure aveva escluso che potesse dirsi provato che le dichiarazioni incriminate fossero idonee a fomentare comportamenti di odio e di violenza, diversamente da quanto avviene per le affermazioni negazioniste sull'Olocausto, costantemente ritenute dai giudici di Strasburgo contrarie all'ordine democratico⁸.

Richiamate le ragioni in virtù delle quali la Sezione II accoglieva nel 2013 il ricorso di Perinçek, la Grande Camera prende le mosse da due suoi recenti arresti, *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland* (2012) ed *Animal Defenders International v. The United Kingdom* (2013) nei quali già erano esposti alcuni principi sull'applicazione dell'art. 10 CEDU⁹:

⁷ Cfr. *ivi*, par. 156. La Corte esclude, invece, che sussista l'esigenza di prevenire disordini («*prevention of disorder*»), quale possibile requisito legittimante, ex art. 10, par. 2, CEDU la limitazione alla manifestazione del pensiero (cfr. *ivi*, par. 146-154). L'idoneità delle condotte punite a fomentare odio e violenza assurge, come meglio si dirà, anche a elemento di valutazione nel bilanciamento tra art. 8 e art. 10 CEDU, al fine di decidere se la misura restrittiva sia o meno necessaria in una società democratica.

⁸ È qui che si poneva un punto delicato della decisione del 2013 che pure si ripropone in quella della Grande Camera del 15 ottobre 2015, vale a dire il problema del raffronto tra negazionismo dell'Olocausto e negazionismo di altri genocidi. Sul punto cfr. in particolare, nella sentenza del 2015, i par. 209-212.

⁹ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland*, Application no. 16354/06, 13-7-2012; Id., Grande Camera, *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, Application no. 48876/08, 22-4-2013.

- a) la libertà di espressione è posta a fondamento della società democratica ed è una condizione per il compiersi della personalità individuale («*each individual's self-fulfilment*»)¹⁰. I limiti imposti ex art. 10, par. 2, CEDU sono di natura eccezionale e il godimento del diritto in questione deve essere garantito, come si era affermato a chiare lettere fin dalla sentenza *Handyside v. United Kingdom* del 1976¹¹, anche se le idee offendono, provocano *shock* o disturbano («*offend, shock or disturb*»). Da ciò discendono due corollari: le restrizioni alla libertà di espressione devono essere previste tassativamente («*construed strictly*») e la necessità di ogni restrizione deve essere giustificata secondo un canone di ragionevolezza («*the need for any restrictions must be established convincingly*»)¹²;
- b) la dizione «*necessary in a democratic society*», usata dall'art. 10, par. 2, CEDU, deve intendersi nel senso di «*existence of a pressing social need*»¹³. Gli Stati godono di un margine di apprezzamento al fine di stabilire se esista o meno tale necessità; la Corte, tuttavia, ha il potere di decidere se una misura restrittiva interna ad uno Stato sia compatibile con il diritto convenzionale della libertà di espressione;
- c) la Corte non sostituisce il giudizio delle autorità nazionali nell'applicazione della misura restrittiva, ma esercita una funzione di controllo («*review*»), finalizzata a verificare se tale applicazione, tenuti in conto tutti gli elementi del caso concreto («*in the light of the case as a whole*») sia proporzionata agli scopi previsti dall'art. 10, par. 2, CEDU e se le ragioni addotte dall'autorità nazionale per applicare la misura siano rilevanti e sufficienti¹⁴;
- d) sulle questioni di pubblico interesse, le limitazioni di cui all'art. 10, par. 2, CEDU hanno applicazione limitata¹⁵.

¹⁰ Cfr. Id., Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 196.

¹¹ Cfr., Id., Grande Camera, *Handyside v. the United Kingdom*, Application no. 5493/72, 7-12-1976, par. 49, in cui pure si afferma che «*every "formality", "condition", "restriction" or "penalty" imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued*».

¹² Cfr. Id., Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 196, lett. i).

¹³ Cfr. *ivi*, par. 196, lett. ii). In passato cfr. Id., Grande Camera, *Lehideux and Isorni v. France*, Application no. 24662/94, 23-9-1998, par. 51.

¹⁴ Cfr. Id., Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 196, lett. iii).

¹⁵ Cfr. *ivi*, par. 197, dove si legge: «*there is a little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political expression or on debate on questions of public interest*». Nello stesso senso cfr. Id., *Wingrove v. The United Kingdom*, Application no. 17419/90, 25-11-1996, par. 58; Id., Grande Camera, *Ceylan v. Turkey*, Application no. 23556/94, 8-7-1999, par. 34; Id., Grande Camera, *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, cit., par. 102.

4. La giurisprudenza della Corte EDU sul requisito della necessità in una società democratica della misura restrittiva della libertà di espressione

Il giudizio con cui la Grande Camera giunge ad affermare che la punizione delle dichiarazioni del ricorrente è in contrasto con l'art. 10 CEDU per carenza della necessità della misura restrittiva in una società democratica si pone all'esito del bilanciamento tra i due diritti (di pari rilevanza convenzionale)¹⁶ di libertà di espressione (art. 10 CEDU) e di rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU). È proprio sulla base di quest'ultimo articolo, infatti, che trova tutela la dignità degli Armeni e dei loro antenati dinanzi ad affermazioni negazioniste¹⁷.

Prima di comporre il bilanciamento, la Corte ripercorre i criteri con cui, in passate decisioni, ha ritenuto la misura restrittiva della manifestazione del pensiero necessaria in una società democratica. Ciò è avvenuto essenzialmente nei casi di c.d. «*hate speech*» (discorso d'odio), in cui «*the statements were made against a tense political or social background*»¹⁸ oppure le parole proferte costituivano, anche per le loro modalità comunicative, un incitamento diretto o indiretto alla violenza o una giustificazione della violenza, dell'odio o dell'intolleranza¹⁹. La Corte dichiara di considerare, a tal fine, con particolare attenzione le dichiarazioni che recano offesa o stigmatizzano un gruppo umano, etnico o religioso.

La sentenza richiama, a seguire, taluni arresti aventi a tema le restrizioni al discorso negazionista dell'Olocausto e il dibattito su temi storici in genere. Con riferimento al primo problema la Corte, come già prima la Commissione europea, ha costantemente ritenuto che i ricorsi promossi contro misure limitative del negazionismo olocaustico siano inammissibili dal momento che il fenomeno inibito è espressione dell'ideologia nazional-socialista, «*which was antidemocratic and inimical to human rights*»²⁰. Il giudizio di inammissibi-

¹⁶ Così espressamente cfr. Id., Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 198.

¹⁷ Sulla riconducibilità sotto l'art. 8 CEDU della tutela della reputazione degli antenati cfr. *ivi*, par. 200-203 e, tra i precedenti, Id., Grande Camera, *Aksu v. Turkey*, Application no. 4149/04 e 41029/04, 15-3-2012, par. 58-61, 81; Id., Sez. V, *Putistin v. Ukraine*, Application no. 16882/03, 21-11-2013, par. 36-41; Id., Sez. V, *Jelševar and Others v. Slovenia*, Application no. 47318/07, 11-3-2014, par. 29-40; Id., Sez. I, *Dzhugashvili v. Russia*, Application no. 41123/10, 9-12-2014, par. 26-35.

¹⁸ Cfr. Id., Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 205.

¹⁹ Cfr. *ivi*, par. 206-207.

²⁰ Cfr. *ivi*, par. 209. In passato già così si era espressa Commissione eur. dir. uomo, *B.H., M.W. and G.K v. Austria*, Application no. 12774/87, 12-10-1989; Id., *Wallendy v. Germany*, Application no. 211182/92, 11-1-1995; Id., *Remer v. Germany*, Application no. 25096/94, 6-9-1995; Id., *Housik v. Austria*, Application no. 25062/94, 18-10-1995; Id., *Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern v. Germany*, Application no. 25992/94, 29-11-1995; Id., *Rebhandl*

lità si è fondato, in tali precedenti, sul cosiddetto “divieto di abuso del diritto” sancito dall’art. 17 CEDU («*abuse clause*»), secondo cui nessuna disposizione convenzionale «può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un’attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione»²¹. Da ultimo, al modello decisivo ora richiamato si è fatto ricorso nel caso *M’Bala M’Bala* del 2015, sebbene tale precedente non abbia riguardato in senso stretto un episodio negazionista, bensì un fatto di ingiuria, commesso per motivi razziali, etnici o religiosi, che, tuttavia, con il negazionismo aveva nessi evidenti a causa del coinvolgimento del noto negazionista francese vivente Robert Faurisson²².

Con riferimento al rapporto tra manifestazione del pensiero e dibattito storiografico in genere, la giurisprudenza di Strasburgo, al fine di decidere se, nei singoli casi oggetto di ricorso, l’«*interference*» sia o meno rispettosa della norma convenzionale (art. 10 CEDU), valuta la modalità delle dichiarazioni²³, la tipologia dei diritti compromessi²⁴, l’impatto delle affermazioni sul contesto sociale in cui sono state proferite²⁵; la distanza temporale dai fatti storici cui si riferiscono²⁶. In sintesi la Corte ritiene, in termini non dissimili da quanto det-

v. *Austria*, Application no. 24398/94, 16-1-1996; Id., *Marais v. France*, Application no. 31159/96, 24-6-1996; Id., *D.I. v. Germany*, Application no. 26551/95, 26-6-1996; Id., *Nachtmann v. Austria*, Application no. 36773/97, 9-9-1998. Si tratta di casi tutti relativi a misure restrittive (di marca penalistica o non) di condotte negazioniste dell’Olocausto. Tra i precedenti della Corte cfr. Sez. I, *Schimanek v. Austria*, Application no. 32307/06, 1-2-2000, Id., Sez. IV, *Garaudy v. France*, Application no. 65831/01, 24-6-2003; Id., Sez. IV, *Witzsch v. Germany (no. 2)*, Application no. 7485/03, 13-12-2005; Id., Sez. V, *Gollnisch v. France*, Application no. 48135/08, 7-6-2011.

²¹ Il testo in lingua inglese recita: «*Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and 14 15 freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention*».

²² Cfr. Corte EDU, Sez. V, *M’Bala M’Bala v. France*, Application no. 25239/13, 20-10-2015, con nota di Caroli, *La Corte europea in tema di offese pubbliche contro gli Ebrei*, in *Dir. pen. contemp.* (ed. web), 21-12-2015, online su www.penalecontemporaneo.it. La sentenza decide sul ricorso promosso da M’Bala M’Bala, condannato in Francia per il reato punito dall’art. 23, *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse* per aver fatto intervenire nello spettacolo *J’ai fait l’con*, svoltosi il 26 dicembre 2008 presso il teatro parigino *Zenith*, Faurisson, già condannato in Francia nel 2007 per le sue tesi negazioniste. A questo era consegnato sulla scena un premio (un candelabro a tre braccia sormontato da tre mele) per l’“infrequentabilità” e l’“insolenza” da un personaggio vestito come un deportato ebreo in campo di concentramento. Il ricorso di M’Bala M’Bala contro la sentenza francese è stato ritenuto irricevibile ai sensi dell’art. 17 CEDU, secondo il costante orientamento della Corte EDU in materia di sanzione penale del negazionismo olocaustico.

²³ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 216.

²⁴ Cfr. *ivi*, par. 217.

²⁵ Cfr. *ivi*, par. 218.

²⁶ Cfr. *ivi*, par. 219.

to per l'«*hate speech*», che l'ammissibilità o meno di interferenze con la manifestazione del pensiero su temi storici si debba valutare alla luce dell'interazione («*interplay*») tra la natura del discorso, i suoi potenziali effetti e il contesto in cui è pronunciato²⁷. Coerentemente con tale impostazione, nella sentenza *Perinçek* si ricordano alcune decisioni in cui si è ritenuto che le limitazioni poste dalla Turchia al riconoscimento del *Metz Yeghérn* abbiano integrato, da parte delle autorità turche, una violazione dell'art. 10 CEDU²⁸.

5. Il giudizio di bilanciamento tra art. 10 e art. 8 CEDU: i sette criteri della sentenza *Perinçek*

Così rintracciati, nella precedente giurisprudenza, i confini della libertà di espressione quando il discorso abbia ad oggetto temi storici, la Grande Camera passa ad applicare sette criteri per bilanciare tra loro, nella situazione concreta, i diritti protetti rispettivamente dall'art. 10 e dall'art. 8 CEDU e stabilire se la misura restrittiva assunta nei confronti del ricorrente *Perinçek* sia o meno necessaria in una società democratica.

Prima di procedere ad alcune considerazioni di commento, si rivela opportuno prendere in esame ciascuno di detti criteri:

a) *La natura delle dichiarazioni del ricorrente*²⁹. Il criterio consente di distinguere tra dichiarazioni di pubblico interesse a contenuto storico, politico o giuridico e dichiarazioni prive di tale carattere e di affermare che le prime sono meritevoli di «*strong protection*»³⁰. La circostanza che il discorso abbia rilevanza pubblica riduce il margine di apprezzamento dello Stato nel giudizio di bilanciamento, ma non esclude che, ove vantino tale qualifica pubblica, le parole pronunciate o scritte possano essere oggetto di «*interference*» se incitano all'odio, alla discriminazione o alla violenza, risultando in tal caso escluse dalla copertura dell'art. 10 CEDU. La Corte ritiene da un lato che le dichiarazioni «*incriminate*» di *Perinçek* meritino la qualifica di «*discorso politico*»,

²⁷ Cfr. *ivi*, par. 220.

²⁸ Cfr. ID., Sez. II, *Güçlü v. Turkey*, Application no. 27690/03, 10-2-2009; ID., Sez. II, *Dink v. Turkey*, Application nos. 2668/07, 6102/08, 30079/09 e 7124/09, 24-9-2010; ID., Sez. II, *Cox v. Turkey*, Application no. 2933/03, 20-5-2010; ID., Sez. II, *Altuğ Taner Alkam v. Turkey*, Application no. 27520/07, 25-10-2011. Tali precedenti sono richiamati in ID., Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 221-225. Si ricorda che il codice penale turco, entrato in vigore prima dell'apertura dei negoziati per l'ingresso della Turchia nell'Unione europea, punisce le condotte di «*affermazionismo*», sussumibili sotto l'art. 301 (riformulato nel 2008), laddove si prevede il delitto di denigrazione della nazione turca, dello Stato della Repubblica turca, delle istituzioni e degli organi dello Stato (cfr. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., 54-58).

²⁹ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 229-240.

³⁰ Cfr. *ivi*, par. 230.

ancorché il tema del genocidio armeno non sia particolarmente ricorrente nel dibattito politico svizzero, dall'altro che siano rimaste all'interno di un limite tollerabile poiché il "discorso politico" ammette toni anche fortemente dialettici («*it is in the nature of political speech to be controversial and often virulent*»)³¹. Neppure può ritenersi, da parte dei giudici di Strasburgo, che il ricorrente, con i suoi discorsi, abbia istigato all'odio e all'intolleranza perché non ha espresso disprezzo per le vittime armene, intendendo piuttosto affermare che sia gli Armeni che i Turchi fossero stati destinatari di complotti imperialisti. Perinçek, inoltre, non ha affermato che gli Armeni sono dei "bugiardi", ma semmai che il genocidio è una "bugia". Nel complesso, i toni da lui usati appaiono enfatici per un mero espediente retorico, cioè per attirare l'attenzione degli uditori. Di particolare interesse, ancora nell'applicazione del primo criterio di bilanciamento, è, infine, l'affermazione della Grande Camera secondo cui la condotta di giustificazione di un genocidio non può ritenersi integrata da affermazioni che rifiutino la qualificazione giuridica di un certo fatto come genocidio, ma solo da affermazioni che esprimano un giudizio di valore su tale fatto, relativizzando la sua gravità o addirittura presentandolo come un diritto dei carnefici³².

b) *Il contesto in cui si realizza l'interferenza tra il diritto alla manifestazione del pensiero ed un altro diritto*³³. Quanto più è sensibile il contesto storico e geografico in cui avviene la comunicazione, tanto più possono rendersi necessarie per una società democratica restrizioni alla manifestazione del pensiero. La rilevanza del contesto storico è una delle ragioni per cui, secondo la Grande Camera, il negazionismo dell'Olocausto «*must invariably be seen as connoting an antidemocratic ideology and anti-Semitism*»³⁴, specialmente in quegli Stati che, essendosi resi partecipi del genocidio degli Ebrei durante la seconda guerra mondiale, hanno la responsabilità morale di prendere le distanze dalle atrocità commesse. Sulla base di tale argomento, i giudici di Strasburgo ritengono che la Svizzera non abbia nessun collegamento con il genocidio degli Armeni né che in Svizzera ci siano tensioni che coinvolgono gli Armeni, anche perché i fatti sono assai risalenti nel tempo. La Corte, in verità, è consapevole che «*no message may be regarded as purely local*»³⁵ e che ciascuno Stato ha il diritto/dovere di predisporre gli strumenti più adeguati per la protezione dei diritti umani, a prescindere dalla loro proiezione pura-

³¹ Cfr. *ivi*, par. 231.

³² Cfr. *ivi*, par. 240.

³³ Cfr. *ivi*, parr. 242-250.

³⁴ Cfr. *ivi*, par. 243.

³⁵ Cfr. *ivi*, par. 246.

mente geografica; tuttavia, ritiene che il criterio della “necessità per la società democratica” richieda un carattere di proporzionalità e di ragionevole connessione («*rational connection*») tra la misura repressiva adottata nello Stato e gli scopi di tutela con tale misura perseguiti³⁶. Tale connessione non sussiste se, ad esempio, da un lato, nel contesto concreto non vi sono tensioni significative tra gruppi umani contrapposti e, dall’altro, è ragionevole ritenere che condotte del tipo di quella punita, se consentite, non possano fomentare odio in altri Stati nei confronti del gruppo vittima di un genocidio (nel caso specifico contro la minoranza armena in Turchia). Nello studio del contesto rientra, infine, il fattore “tempo”, vale a dire il numero di anni intercorsi tra i fatti negati e la comunicazione negazionista: ad oggi, secondo la Corte, non ci sono forse neppure più sopravvissuti viventi del “Grande Male”, da cui discende un affievolimento delle esigenze di tutela.

c) *La portata («extent») offensiva delle dichiarazioni rispetto ai diritti dei membri della comunità armena*³⁷. Le parole suscettibili di limitazione devono manifestare in concreto una capacità offensiva dei soggetti che fanno parte della comunità vittima dei fatti negati. La Corte, pur dichiarandosi consapevole dell’importanza che la comunità armena attribuisce al riconoscimento del genocidio, conferma l’orientamento secondo cui «*statements that contest, even in virulent terms, the significance of historical events that carry a special sensitivity for a country and touch on its national identity cannot in themselves be regarded as seriously affecting their addresses. It has come to the same conclusion with respect to statements contesting the very identity of a national group*»³⁸. Nel caso di specie, la Grande Camera asserisce, per due ordini di ragioni, che le dichiarazioni di Perinçek siano prive di una portata offensiva tale da meritare sanzione penale: anzitutto il politico turco non ha tanto stigmatizzato gli Armeni, quanto piuttosto ha accusato le potenze occidentali di essersi servite degli Armeni come strumento di propaganda contro l’Impero ottomano e di aver fomentato le violenze tra Turchi e Armeni; in secondo luogo, Perinçek non ha mai affermato che gli Armeni “si fossero meritati” di subire i massacri di cui furono vittima negli anni 1915-1916.

d) *L’esistenza o meno di un consenso tra gli Stati parte*³⁹. Il concetto di “consenso” cui si riferisce la Corte non è connesso al riconoscimento storico, da parte della comunità scientifica maggioritaria, del genocidio degli Armeni, bensì all’esistenza o meno, a livello internazionale, di strumenti normativi

³⁶ Cfr. *ibidem*.

³⁷ Cfr. *ivi*, parr. 251-255.

³⁸ Cfr. *ivi*, par. 253.

³⁹ Cfr. *ivi*, parr. 255-257.

omogenei di repressione del negazionismo. L'argomento era stato invocato dallo stesso governo svizzero, ma i giudici di Strasburgo non ritengono possa essere speso a favore della parte resistente poiché in materia di negazionismo le legislazioni degli Stati parte sono visibilmente differenti tra loro.

e) *L'esistenza di obblighi internazionali di incriminazione*⁴⁰. Il criterio, già considerato dalla Corte in alcuni suoi precedenti⁴¹, è intento a verificare se l'«*interference*» imposta dallo Stato a un diritto individuale previsto nella CEDU possa essere giustificato in base all'esistenza in capo allo Stato medesimo di un obbligo internazionale di reprimere determinati fatti o fenomeni. Tale vincolo, escluso che possa discendere dal diritto internazionale consuetudinario, non deriva alla Svizzera né dall'adesione alla Convenzione Onu del 1965 per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (CERD) né dall'adesione ai Patti per i diritti civili e politici del 1966 (ICCPR); chiarito, inoltre, che indicazioni univoche sul punto neppure provengono dai Comitati istituiti in seno alle Nazioni Unite (in particolare dal Comitato per i diritti umani e dal Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni razziali), la Grande Camera ritiene che a prevedere espressamente un obbligo di criminalizzazione del negazionismo si sia espressa la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza, la quale, tuttavia, non detta norme vincolanti («*binding law*»). Infine non sussistono in capo alla Svizzera gli obblighi di cui alla decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea 2008/913/GAI del 28 novembre 2008, posto che essa non fa parte dell'Unione. Ad ogni modo, si consideri (l'osservazione è di chi scrive) che la stessa decisione quadro, anziché prescrivere l'incriminazione *tout court* del negazionismo dei crimini di guerra, del genocidio e dei crimini contro l'umanità puniti nello Statuto di Roma (art. 1, par. 1, lett. d) e dell'Olocausto (art. 1, par. 1, lett. e), prevede che tali condotte siano sanzionate penalmente se sono «dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza e all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto ad istigare alla violenza e all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro».

f) *Le ragioni in base alle quali lo Stato motiva il provvedimento di condanna del ricorrente*⁴². Nel tener conto di tale criterio, occorre valutare se l'applicazione della legge nazionale sia rispettosa nel caso concreto della disciplina convenzionale: all'esito di tale giudizio, la Grande Camera esclude

⁴⁰ Cfr. *ivi*, parr. 258-268.

⁴¹ Cfr., ad esempio, *Id.*, Grande Camera, *Nada v. Switzerland*, Application no. 10593/08, 12-9-2012.

⁴² Cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., parr. 269-271.

che nei provvedimenti dell'autorità giudiziaria svizzera si riscontri una giustificazione univoca sulla meritevolezza della condanna di Perinçek. Ad esempio il giudice di Losanna, nell'affermare che i massacri degli Armeni sono stati un genocidio, non si è soffermato sull'interpretazione della nozione giuridica del crimine introdotta con la Convenzione ONU del 9 dicembre 1948 né sull'esame delle fonti interne e internazionali e si è riferito, piuttosto, ad atti internazionali di natura politica o al parere di studiosi o esperti. Con modalità non dissimili la Corte del Cantone di Vaud ha insistito sul fatto che per il Parlamento svizzero la qualificazione del "Grande Male" come genocidio sia da considerarsi definitiva. Neppure la Corte federale ha cambiato approccio, riprendendo in particolare l'impostazione del primo giudice al fine di respingere gli argomenti spesi da Perinçek per affermare, a sua difesa, che i fatti del 1915 non potessero qualificarsi come genocidio ai sensi dell'art. 264 c.p. svizzero. Alla luce di quanto ora detto, i giudici di Strasburgo ritengono che non emerga in modo chiaro se Perinçek è stato condannato perché le parole proferite negavano che i massacri degli Armeni fossero qualificabili come genocidio in applicazione delle fonti che definiscono e reprimono il crimine («*legal qualification*») oppure perché tale convinzione è quella prevalente nella società svizzera. Questa seconda opzione non sarebbe ammissibile per giustificare la condanna; infatti, in tal caso «*the applicant's conviction must be seen as inimical to the possibility, in a "democratic society", to express opinions that diverge from those the authorities or any sector of the population*»⁴³.

g) *La severità della limitazione*⁴⁴. L'ultimo criterio invocato dalla Grande Camera guarda agli effetti limitativi, nel caso concreto, della manifestazione del pensiero: si tratta essenzialmente di un criterio di proporzionalità che merita di essere applicato con particolare rigore quando la misura consiste in una sanzione penale e può concretizzarsi in una limitazione della libertà personale. Il requisito in parola, nella vicenda *de qua*, non è ritenuto integrato poiché lo strumento penalistico si rivela eccessivo e sono eventualmente esperibili rimedi civilistici di tutela.

Applicando i sette criteri elencati, la Grande Camera, all'esito di un giudizio di bilanciamento tra l'art. 10 e l'art. 8 CEDU, ritiene che nella fattispecie concreta la repressione penale delle dichiarazioni proferite da Perinçek violi la disciplina convenzionale sulla libertà di manifestazione del pensiero, dal momento che l'autorità svizzera ha disatteso l'obbligo di illustrare le ragioni per cui la misura restrittiva adottata, per di più di marca penalistica, fosse necessaria in una società democratica. «*Indeed, an interference with the right to*

⁴³ Cfr. *ivi*, par. 271.

⁴⁴ Cfr. *ivi*, parr. 272-273.

freedom of expression that takes the form of a criminal conviction inevitably requires detailed judicial assessment of the specific conduct sought to be punished»; «in this type of case - continua la Grande Camera - it is normally not sufficient that the interference was imposed because its subject-matter fell within a particular category or was caught by a legal rule formulated in general terms; what is rather required is that it was necessary in the specific circumstances»⁴⁵.

A fronte di tale carenza, la Corte EDU conclude affermando che *«it was not necessary, in a democratic society, to subject the applicant to a criminal penalty in order to protect the rights of the Armenian community at stake in the present case»⁴⁶.*

6. La centralità della libertà di espressione nell'ordinamento democratico

Sebbene non intenda fornire un giudizio di carattere generale sulla legittimità dell'incriminazione di dichiarazioni negazioniste e limiti la propria portata alla vicenda concreta, è verosimile ritenere che il caso *Perinçek*, deciso nell'anno del centenario del "Grande Male", sia destinato ad avere un'eco duratura nel dibattito giuridico e politico sulla punibilità del negazionismo.

Della sentenza possono essere evidenziati, per cominciare, taluni rilevanti passaggi che meritano apprezzamento. Anzitutto, l'arresto riconduce con lodevole chiarezza il problema della legittimità/illegittimità della sanzione del negazionismo al suo fondamento convenzionale: anche il negazionismo è manifestazione del pensiero, i cui limiti (a prescindere da scelte incriminatrici nazionali) sono ammissibili nel sistema CEDU solo alle condizioni previste nell'art. 10, par. 2. Tali limiti costituiscono non la regola, bensì l'eccezione e, in quanto tali, sono da interpretarsi restrittivamente. La libertà di manifestazione del pensiero non può, infatti, avere spazio solo quando la "parola" è di per sé inoffensiva o ha a oggetto un tema indifferente; al contrario, in una società democratica, essa deve essere garantita anche se le idee offendono, provocano *shock*, o disturbano («*offend, shock or disturb*»)⁴⁷.

Il legittimo esercizio del diritto di cui all'art. 10 CEDU neppure richiede che l'autore si pronunci con toni asettici⁴⁸; la circostanza, poi, che ci si esprima in un contesto "comunicativo" politico rende di per sé fisiologico il tono dialetti-

⁴⁵ Cfr. *ivi*, par. 275.

⁴⁶ Cfr. *ivi*, par. 280.

⁴⁷ Cfr. *ivi*, par. 196. Non solo: «*expression on matters of public interest is in principle entitled to strong protection, whereas expression that promotes or justifies violence, hatred, xenophobia or another form of intolerance cannot normally claim protection*» (cfr. *ivi*, par. 230).

⁴⁸ Cfr. *ivi*, par. 231.

co della comunicazione poiché «*it is in the nature of political speech to be controversial and often virulent*»⁴⁹.

Nel caso, infine, in cui il discorso verta su temi storici, la manifestazione del pensiero gode di una “protezione forte”, a meno che esso – tenuto conto della modalità con cui l’idea è manifestata⁵⁰, degli interessi e dei diritti contrapposti a tale dichiarazione⁵¹ e del suo impatto sociale⁵² – non scada in un’istigazione alla violenza, all’odio e all’intolleranza che fuoriesce dalla tutela convenzionale.

Da quanto ora detto è conseguenziale che la punizione del negazionismo non possa già giustificarsi per il “contenuto” dell’idea, ma solo nell’ipotesi in cui, sussistendo gli altri requisiti di cui all’art. 10, par. 2, CEDU, si riveli, in ossequio al principio di *extrema ratio*, misura, nel caso concreto, necessaria in una società democratica, considerato «*the interplay between the nature and potential effects of such statements and the context in which they were made*»⁵³.

È corollario di tale principio il fatto che la mancata applicazione di una sanzione penale al negazionismo non comporti in alcun modo l’adesione o la legittimazione del discorso negazionista da parte delle istituzioni o dell’opinione pubblica⁵⁴. Sotto questo profilo, non può sfuggire lo sforzo con cui la Corte spiega che, in fondo, neppure la punibilità del negazionismo dell’Olocausto si fonda sulla circostanza che di esso sia stata accertata la verità storica, quanto piuttosto sulla circostanza che la sua negazione, anche se presentata come il frutto di una ricerca storica imparziale, «*must invariably be seen as connoting an antidemocratic and anti-Semitism*»⁵⁵.

Infine la sentenza tiene adeguatamente in conto il “contesto di interferenza” tra manifestazione del pensiero e godimento di un altro diritto che ne può richiedere una limitazione: se è vero da un lato che il contesto è definito dallo “spazio” e dal “tempo” in cui prende voce l’idea, dall’altro è altresì indiscutibile che i diritti umani abbiano portata universale, da cui l’impossibilità di limitarsi ad un bilanciamento “locale” tra il pensiero manifestato e il bene che ne risulta (o ne può risultare) offeso. Pur accogliendo le doglianze del ricorrente, tale profilo non è sfuggito alla Grande Camera, la quale ha soppesato (o perlomeno ha inteso farlo) gli effetti che la condotta punita avrebbe potuto

⁴⁹ Cfr. *ibidem*.

⁵⁰ Cfr. *ivi*, par. 216.

⁵¹ Cfr. *ivi*, par. 217.

⁵² Cfr. *ivi*, par. 218.

⁵³ Cfr. *ivi*, par. 220.

⁵⁴ Cfr. *ivi*, par. 244.

⁵⁵ Cfr. *ivi*, par. 243.

provocare oltre i confini della Svizzera, in cui era stata disposta la misura restrittiva.

7. Profili critici dell'arresto *Perinçek*

Nonostante la sentenza *Perinçek* presenti, come si è detto, argomenti apprezzabili volti a ribadire l'eccezionalità, nel sistema CEDU, dei limiti posti alla libertà di espressione, non se ne può tacere una latente ambiguità a proposito delle finalità di tutela che possano essere perseguite da norme incriminatrici del fenomeno negazionista.

Senza affrontare in questa sede il problema dell'opportunità politico-criminale di sanzionare penalmente il negazionismo – come noto, in Italia sono attualmente in discussione il d.d.l. S.54-B, assegnato alla Commissione Giustizia del Senato il 27-10-2015 e il d.d.l. C.3084, di iniziativa governativa, presentato alla Camera dei Deputati il 29-4-2015, al fine di dare attuazione al Protocollo addizionale del 28-1-2003 alla “Convenzione di Budapest” del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica (2001)⁵⁶ – si osservi come la Grande Camera prenda le mosse dall'affermazione secondo cui il diritto alla memoria storica di un gruppo sia espressione del diritto al rispetto della vita personale e familiare, protetto dall'art. 8 CEDU e di pari dignità del diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU.

Sembra, tuttavia, che da una siffatta individuazione di partenza del bene protetto, la Corte non faccia discendere conseguenze del tutto coerenti ed accoglia, infine, il ricorso di *Perinçek* essenzialmente perché esclude che le frasi da lui proferite abbiano istigato all'odio, alla violenza o all'intolleranza. Così, ad esempio, avviene nella parte della decisione in cui, in ossequio al primo dei sette criteri («*nature of applicant's statements*»)⁵⁷, qualificate le dichiarazioni del ricorrente come “discorso pubblico”, si legge: «*the Court, taking into account the overall thrust of his statements, does not perceive them as a form of*

⁵⁶ A seguito delle modifiche apposte al d.d.l. C.3084 il 21 gennaio 2016 dalla II e dalla III Commissione della Camera, riunite in sede referente, entrambi i testi, pur con alcune differenze tra loro, andrebbero ad intervenire sulla l. 13 ottobre 1975, n. 654, *Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966*, prevedendo, per quanto è dato sapere al 10-2-2016, l'inserimento nell'ordinamento interno di un'aggravante speciale ad effetto comune, da applicarsi ai delitti di propaganda razzista e di istigazione alla discriminazione razzista violenta e non, puniti dall'art. 3, 1° co., lett. a) e lett. b), anche commessi nella forma associativa tipizzata al 3° co. dello stesso articolo, se la condotta si fonda in tutto o in parte su dichiarazioni negazioniste della *Shoah* o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come previsti nello Statuto di Roma del 1998, a condizione che tali fatti siano accertati con sentenza definitiva di un giudice internazionale o con atti di organismi internazionali e sovranazionali di cui l'Italia è membro.

⁵⁷ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 229-241.

*incitement to hatred or intolerance*⁵⁸. Poco oltre il giudizio è ribadito: «*For the Court, the applicant's statements, read as a whole and taken in their immediate and wider context, cannot be seen as a call for hatred, violence or intolerance towards the Armenians*»⁵⁹.

Il medesimo approccio, incentrato sull'idoneità/inidoneità del discorso negazionista a suscitare odio o violenza, si rinviene nell'applicazione del secondo criterio («*the context of the interference*»)⁶⁰: qui la Corte, soppesando se le dichiarazioni di Perinçek possano esplicare efficacia oltre i confini della Svizzera, in particolare in Turchia, conclude ritenendo che «*there is moreover no evidence that the applicant's statements have in themselves provoked hatred towards the Armenians in Turkey*»⁶¹. Allo stesso parametro di giudizio si ricorre in applicazione del quarto criterio di bilanciamento («*the existence or lack of consensus among the High Contracting Parties*»)⁶².

I passaggi della sentenza ora richiamati rivelano, a parere di chi scrive, come la Corte, a dispetto delle premesse, anziché bilanciare libertà di manifestazione del pensiero e dignità del gruppo vittima, operi, piuttosto, un bilanciamento tra il primo dei due beni e la tutela dell'ordine pubblico, inteso come pacifica convivenza tra i consociati⁶³. Quest'ultimo, tuttavia, è un bene differente dalla dignità del gruppo, la quale è in sé intangibile e connessa alla percezione interna ed esterna del valore di una comunità e al rispetto e alla conservazione dei suoi caratteri identitari: negare un fatto di genocidio offende o può offendere la dignità di un gruppo anche a prescindere dalla sua efficacia istigativa di fatti di odio o di violenza perché comporta, attraverso il rifiuto di un accadimento storico, il disprezzo di chi intorno ad una memoria di dolore costruisce la propria identità e la propria volontà di perpetuarsi nel tempo.

Ciò nonostante, la Grande Camera della Corte EDU si mostra poco attenta a ponderare se le dichiarazioni di Perinçek, a prescindere dal fatto che possano aver istigato odio e violenza, non abbiano comunque offeso la dignità degli Armeni viventi in Svizzera e nel resto del mondo.

In particolare, non si spiega l'assoluta indulgenza con cui l'arresto prende in esame le seguenti affermazioni contestate al politico turco: «*The Great Powers, which wanted to divide the Ottoman Empire provoked a section of the Armenians, with whom we had lived in peace for centuries, and incited them*

⁵⁸ Cfr. *ivi*, par. 233.

⁵⁹ Cfr. *ivi*, par. 239.

⁶⁰ Cfr. *ivi*, parr. 242-250.

⁶¹ Cfr. *ivi*, par. 246.

⁶² Cfr. *ivi*, parr. 255-257.

⁶³ Tale giudizio è stato condiviso da Della Morte, *Bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della dignità umana nella sentenza Perinçek*, cit., *passim*.

*to violence. The Turks and Kurds defended their homeland from these attacks*⁶⁴; «*But Turkey was on the side of those defending their homeland and the Armenians were on the side of the imperialist powers and their instruments*»⁶⁵; e ancora: «*the Armenians troops carried out massacres of Turks and Muslims*»⁶⁶.

Obliterando il tenore letterale di tali pronunciamenti, con cui si afferma che gli Armeni compirono massacri di Turchi e musulmani perché si erano fatti strumento delle forze occidentali antagoniste dell'Impero ottomano e che i Turchi si trovarono a doversi difendere da siffatti attacchi, la Grande Camera non solo esclude che ciò costituisca un tentativo di giustificazione storico-politica del genocidio armeno⁶⁷, ma, nella parte in cui applica il terzo criterio di bilanciamento («*extent to which the applicant's statements affected the rights of the members of the Armenian community*»)⁶⁸, giunge ad affermare che le dichiarazioni di Perinçek non erano dirette contro gli Armeni, ma contro gli Stati imperialisti e che «*he did not draw from this the conclusion that they [the Armenians] had deserved to be subjected to atrocities or annihilation; he rather accused the "imperialist" of stirring up violence between Turks and Armenians*»⁶⁹.

Ulteriori perplessità sorgono se si considera l'affermazione, contenuta in sentenza, secondo cui il tempo trascorso dai fatti negati consente di per sé maggiori spazi alla manifestazione del pensiero: ciò eventualmente può essere vero nella misura in cui si valutino gli effetti del discorso negazionista rispetto ai rischi della convivenza (cioè, appunto, all'ordine pubblico), ma non se si bilancia, come la Corte dichiara di fare, il diritto alla manifestazione del pensiero con la dignità del gruppo. Il negazionismo, infatti, non offende i morti, ma i vivi, discendenti delle vittime di un massacro, da cui la conseguenza che non rileva in alcun modo la circostanza che oggi siano scomparsi i superstiti o i testimoni diretti della tragedia negata.

Infine, se realmente i giudici di Strasburgo avessero soppesato l'offensività dei discorsi negazionisti del ricorrente rispetto all'art. 8 CEDU, sarebbe inammisibile la distinzione di tutela tra genocidi commessi a danno di differenti gruppi vittima e suonerebbe come discriminatoria, a fronte dell'accoglimento del ricorso di Perinçek, negazionista del genocidio armeno, la frase per cui il negazionismo dell'Olocausto «*must invariably be seen as connoting an anti-*

⁶⁴ Cfr. *ivi*, par. 13.

⁶⁵ Cfr. *ivi*, par. 16.

⁶⁶ Cfr. *ibidem*.

⁶⁷ Così espressamente cfr. *ivi*, par. 240.

⁶⁸ Cfr. *ivi*, parr. 251-254.

⁶⁹ Cfr. *ivi*, par. 252.

democratic ideology and anti-Semitism»⁷⁰: come a dire che, in un sistema democratico, la dignità di certi gruppi merita una maggior tutela di quella di altri e che tale tutela, e non quella di tutti, è sempre necessaria⁷¹.

Anziché negare che le frasi di Perinçek avessero recato offesa alla dignità del “popolo dell’arca”, che sul genocidio costruisce parte della sua identità, sarebbe stata, allora, preferibile una differente scelta della Corte (non nel *decisum*, ma nella motivazione del provvedimento), volta a riconoscere con maggiore chiarezza e maggiore coerenza che il requisito della necessità, in una società democratica, della misura restrittiva del negazionismo discende sì dal bilanciamento tra gli artt. 10 e 8 CEDU, ma che, al contempo, il diritto al rispetto della vita privata e familiare è, all’esito del bilanciamento, effettivamente tutelabile, *a fortiori* dalla sanzione criminale, solo a fronte di una concreta esigenza di difesa della pacifica convivenza dei consociati, che è condizione dell’ordine pubblico (bene anch’esso espressamente contemplato dall’art. 10, par. 2, CEDU).

Non pare corretto affermare, invece, che, qualora il discorso non superi la soglia di aggresione alla pacifica convivenza, per ciò solo non sussista l’offesa al bene della dignità e della identità del gruppo protetto, come ha cercato di fare la Grande Camera, attirandosi le critiche della dottrina.

L’offesa c’è, ma, finché non si traduce in un’istigazione all’odio e alla violenza, è opportuno che l’ordinamento penale la tolleri, astenendosi da interventi repressivi, pena il rischio di affidare alla norma incriminatrice una funzione performatrice delle coscienze, per supplire l’incapacità della società civile di ricercare e conservare, con l’intelligenza della ragione, la memoria storica che nutre, anche dialetticamente, la relazione intersoggettiva dei gruppi umani e, dunque, l’esperienza politica.

⁷⁰ Cfr. *ivi*, par. 253.

⁷¹ In senso critico alla sentenza *Perinçek* proprio su siffatto profilo cfr. Montanari, *Libertà di pensiero e dignità delle vittime in un caso di negazionismo del genocidio armeno*, cit., *passim*; Siervo, *Alcune osservazioni a prima lettura sulla sentenza Perinçek contro Svizzera della Grande Camera*, *passim*.