

Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare.
La problematica distinzione del Tribunale Costituzionale spagnolo
(commento alla sent. n. 235/2007)

di Corrado Caruso *
(3 aprile 2008)

La sentenza del Tribunale spagnolo sul reato di "giustificazionismo" presenta spunti interessanti e problematici, sia per l'oggetto della pronuncia (la norma penale che punisce la negazione e la giustificazione dei delitti di genocidio), sia per il percorso interpretativo seguito dal *Tribunal Costitucional*: l'iter logico-argomentativo appare infatti non sempre lineare, quasi a riflettere le difficoltà ermenutiche che tali fattispecie presentano rispetto alle norme costituzionali degli ordinamenti giuridici occidentali. Partendo dall'esposizione del caso, si tenterà di evidenziare le principali questioni che tale pronuncia ha sollevato.

Pedro Varela Geis è titolare e direttore di una libreria specializzata nella vendita e diffusione di riviste, pubblicazioni, audiovisivi volti alla discriminazione della razza ebraica e alla negazione dell'Olocausto. In relazione a tale attività viene condannato in primo grado rispettivamente a due e a tre anni di detenzione in quanto autore dei reati sanzionati dagli artt. 607 II comma e 510 I comma del codice penale spagnolo. La prima fattispecie punisce la diffusione, attraverso qualunque mezzo, di idee e dottrine che neghino o giustificino i delitti di genocidio come tipizzati nel comma I del medesimo articolo o che siano volte a riabilitare regimi o istituzioni che difendano pratiche generatrici del delitto di genocidio; la seconda punisce invece coloro che istighino alla discriminazione, all'odio o alla violenza contro gruppi o associazioni, per motivi razziali, antisemiti o ideologici, a causa di religioni o credenze, situazioni familiari, o per l'appartenenza dei membri ad una etnia o razza o ancora per ragioni legate alle origini nazionali, all'infermità o ad altre menomazioni fisiche.

Il codice spagnolo definisce cosa debba intendersi per istigazione ed apologia, al contrario di quanto avviene nel nostro ordinamento nonostante il precedente del codice Zanardelli. L'art. 18 c.p. descrive l'istigazione come quel comportamento volto ad incitare *direttamente* per mezzo della stampa, della radiodiffusione o di qualsiasi altro mezzo di efficacia simile, la *publicidad a la perpetracion de un delito*. Al contrario, il II comma dello stesso indica l'apologia sanzionabile penalmente come quella forma di esaltazione del delitto diretta a perpetuare una fattispecie criminale (concetto assai simile a quell'istigazione indiretta con cui la nostra Corte -sent. 65/1970- ha individuato le condotte apologetiche rilevanti penalmente).

Di fronte a queste analitiche definizioni, appare evidente come il secondo comma dell'art. 607 rappresenti una fattispecie a sé stante, che determina l'antigiuridicità del comportamento *ex se*, per il solo fatto di negare o giustificare il delitto di genocidio: non a

caso il tribunale di Barcellona, durante il processo d'appello promosso dal Varela, solleva questione di legittimità costituzionale della norma in riferimento al primo comma lett. a) dell'art. 20 della Costituzione che riconosce a tutti i consociati il diritto "a esprimere e diffondere liberamente il pensiero, le idee e le opinioni per mezzo della parola, degli scritti o con qualunque altro mezzo di riproduzione." L'autorità giudiziaria lamenta l'incostituzionalità della norma perché le condotte previste "non possono essere inquadrate né nel concetto di istigazione a delinquere né di apologia di delitto, giacché il tenore letterale della disposizione indicata non richiede, quale elemento delle stesse, che siano dirette a istigare la commissione del delitto di genocidio"; condizione quest'ultima ritenuta invece dirimente ai fini della sanzionabilità delle condotte previste dall'art. 18 c.p. L'arretramento della soglia di punibilità è dunque evidente. E lo è ancor di più se si considera che l'Avvocatura di Stato, costituitasi in giudizio, argomenta per la salvezza della norma, richiamando la nozione di reato di pericolo presunto: "la negazione o la giustificazione del genocidio costituisce pericolo potenziale per beni giuridici di massima importanza, e perciò non può considerarsi coperta dalla libertà d'espressione, essendo tale pericolo potenziale di per sé sufficiente per la sua punizione."

Nel decidere, il Tribunale Costituzionale parte da lontano. Sottolinea l'importanza della libertà d'espressione, ponendo l'accento sulla sua idoneità a fondare la legittimità democratico-rappresentativa dell'ordinamento. Ne assume il carattere assoluto, capace di ricomprendere al suo interno sia le opinioni considerate inoffensive e irrilevanti per la comunità, sia quelle "contrarie, scioccanti o capaci di inquietare lo Stato o una parte qualsiasi della popolazione", evidenziando altresì il legame tra il suo più ampio riconoscimento ed il pluralismo sociale.

Nonostante il lungo elogio della libertà d'espressione, nel corso dell'argomentazione il Tribunale corregge l'approccio iniziale. Rinviene un fondamentale diritto alla dignità umana: tale diritto "costituisce la cornice al cui interno deve svolgersi l'esercizio dei diritti fondamentali." Richiamando un suo precedente (STC 214/1991), sostiene come la libertà di manifestare il proprio pensiero non garantisca "un diritto a esprimere e diffondere una determinata concezione della storia o del mondo con il deliberato convincimento di disprezzare o discriminare persone o gruppi in ragione di qualche condizione o circostanza personale, etnica o sociale (...); la Costituzione infatti non "permette la violazione dei valori supremi dell'ordinamento giuridico, quali l'eguaglianza (art.1) e il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale: la dignità della persona umana."

L'esame di costituzionalità del secondo comma dell'art. 607 si traduce quindi in una verifica della correttezza del bilanciamento effettuato dal legislatore penale tra beni giuridici di pari rango. L'intervento legislativo pare aver concretizzato una scelta politica volta a definire il disvalore di un comportamento per il fatto stesso della sua esistenza, senza considerarne l'effettiva lesività, ponendo contestualmente un limite non necessario al diritto di libertà.

Il giudice delle leggi sostiene così che negare delitti di genocidio non può costituire condotta penalmente sanzionabile: la negazione di fatti assunti come storicamente certi comporta un giudizio di fatto non suscettibile di limitazioni, in quanto manifestazione del pensiero rientrante nella più generale libertà di ricerca storica e scientifica riconosciuta dall'art. 20 lett. b) Cost.. Giustificare tali delitti comporta invece un giudizio di valore, punibile qualora costituisca un *incitamento indiretto* alla commissione del delitto. Ove tale condotta integri un'istigazione indiretta - che, per come formulata, sembra lontana dalla condotta apologetica rilevante a fini penali individuata dalla nostra Corte in un'ormai storica pronuncia (sent. n. 65/1970) - il legislatore penale può liberamente intervenire, "sempre che tale incriminazione non colpisca la mera adesione psicologica a posizioni politiche di qualsiasi tipo".

Il *Tribunal* dichiara quindi l'incostituzionalità del reato di negazionismo, accogliendo, seppur parzialmente, la questione sollevata; respinge, tentando un'interpretazione costituzionalmente orientata, il dubbio relativo al giustificazionismo. Proprio tale distinzione sembra piuttosto problematica: oggetto di esplicita critica nelle quattro opinioni dissenzienti che accompagnano la sentenza, l'argomentazione offerta dalla maggioranza del collegio costituzionale è infatti definita *contradictoria* dai giudici contrari alla dichiarazione d'incostituzionalità della fattispecie di negazionismo.

In effetti, appare difficile scindere la negazione del genocidio dalla giustificazione: sia da un punto di vista teorico (la distinzione tra giudizi di fatto e di valore nelle scienze sociali è oggetto di forti critiche nel dibattito odierno, da ultimo H. Putnam 2002), sia da un punto di vista pratico. Pochissimi sono infatti i casi in cui si neghi *tout court* l'Olocausto: spesso negare e giustificare sono aspetti di una medesima argomentazione inidonei ad essere considerati autonomamente.

Inoltre, anche rinvenendo casi in cui la negazione del genocidio assuma autonoma rilevanza, la decisione pare fondare un'irragionevole distinzione tra chi contesti l'esistenza del genocidio partendo da un'analisi storica fondata su (ancorché discutibili) basi empiriche, e chi invece, magari per educazione ed estrazione culturale, fonda le proprie affermazioni su slogan e luoghi comuni (mai punibile la prima, sempre sanzionabili le seconde).

Quanto poi all'interpretazione adottata per far salva la condotta di giustificazione, essa non sembra dare apprezzabile materialità ad una fattispecie che rischia di risultare ancorata all'empireo del moralmente inaccettabile. Il giustificazionismo che integri un incitamento indiretto alla commissione dei delitti di genocidio costituisce infatti un *tertium genus* rispetto alle fattispecie istigatrici e apologetiche previste dal codice penale spagnolo, costruite secondo lo schema dei reati di pericolo concreto.

Il *Tribunal* pare consapevole della distinzione intercorrente tra negazionismo ed *hate speech*. Richiama espressamente la giurisprudenza della Corte EDU che nella sentenza 8 luglio 1999 *Ergogdu & Ince c. Turchia* riconosce quale condotta punibile *l'istigazione*

diretta alla violenza nei confronti di cittadini o di determinati gruppi razziali, individuando i limiti del negazionismo punibile. Tuttavia, nonostante tale richiamo e a fronte della asserita palese incostituzionalità della norma che punisce la semplice negazione di delitti di genocidio, viene irragionevolmente salvata la fattispecie relativa alla condotta giustificatoria.

La pronuncia sembra così confermare quella tendenza, propria dell'odierno dibattito politico, che pone sullo stesso piano fattispecie penali diverse quanto a condotte vietate e beni giuridici tutelati. Incitamento all'odio razziale, negazionismo, giustificazionismo, sono espressioni sovente utilizzate indistintamente, spesso sovrapposte.

Se però si guarda alle norme, stridente è la dissonanza: i beni giuridici tutelati da fattispecie generalmente riconducibili a formule di *hate speech* o di incitamento all'odio razziale costituiscono valori costituzionali che da tempo la dottrina individua come oggetto di una possibile tutela (Esposito 1958, Barile 1974, Id. 1984, Scaffardi 2006; in modo più problematico Ambrosi 2008, Pace-Manetti 2006), quali la dignità sociale e l'eguaglianza dei gruppi nella dignità stessa. Qualora invece si sanziona il negare o il giustificare delitti di genocidio come in Spagna, o Germania (ove per altro, in riferimento all'Olocausto, si tenta di ricondurre a canoni di maggior concretezza la norma penale, punendosi la negazione *idonea* a turbare la pace pubblica, sul punto E. Fronza 1999; sulle questione poste dal c.d. caso Irving, M. Malena, 2006), il bene giuridico protetto appare sfuggente. Si è così di fronte a fattispecie di pericolo presunto (F. Mantovani 2001), volte a tutelare un problematico diritto alla verità. I moderni ordinamenti costituzionali però, per storia, norme e vocazione, più che affermare *la* verità, dovrebbero rafforzare gli strumenti giuridici per consentire l'incontro *delle* verità (Häberle 2001, Zagrebelsky 1995).

A meno di non strutturare tali norme quali reati di pericolo concreto: questa è stata la strada percorsa dalla nostra Corte Costituzionale in due risalenti pronunce. La già citata sent. 65/1970 ha definito l'apologia rilevante a fini penali come quel comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti. Una decisione di qualche anno successivo (n. 108/1974) ha invece tentato di rinvenire, quanto alla condotta di istigazione all'odio tra classi sociali, una concezione materiale dell'ordine pubblico quale bene giuridico tutelato: l'istigazione, perché sia punibile, deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità.

E' dunque il giudice delle leggi che spesso riconduce fattispecie penali *simboliche* (Pulitanò 2007) ai canoni costituzionali di offensività e determinatezza: ma è proprio in relazione a tali aspetti che la pronuncia in esame sembra insoddisfacente.

Non si vuole infatti negare l'importanza della tutela di beni giuridici di rango costituzionale: da sempre la dignità e l'uguaglianza di individui e gruppi sociali sono considerati limiti impliciti alla libertà di manifestazione del pensiero. Non sembrano tuttavia questi i valori costituzionali protetti dalla fattispecie, almeno così come formulata dal c.p. spagnolo: affinché vi sia un corretto bilanciamento tra beni giuridici di pari rango, risulta necessaria

l'analitica individuazione della condotta effettivamente lesiva, ponendo magari l'accento (come del resto fa lo stesso codice nel determinare l'istigazione concretamente punibile) sull'idoneità a fini istigatori del mezzo di diffusione utilizzato.

La frammentarietà del diritto penale in un ordinamento costituzionale impone il necessario bilanciamento, compiuto in sede legislativa, tra interessi costituzionalmente rilevanti e contrapposti: la verità storica però, a meno di negare se stessa, non può essere bilanciata, risultando dunque strutturalmente inidonea a costituire bene giuridico tutelato da una norma penale.

A meno che, ed è tentazione ricorrente, non si voglia lasciare alla pedagogia del diritto penale simbolico la formazione dell'identità europea: pericoloso arretramento culturale, le conseguenze di un simile orientamento dovrebbero essere oggetto di un'attenta valutazione.

* Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Bologna