

## **Il Tribunale costituzionale spagnolo verso l'ipertrofia del concetto di "discurso del odio" e la eccessiva compressione della libertà di espressione?\***

di **Miryam Iacometti** – *professore ordinario, Università degli Studi di Milano*

**ABSTRACT:** The essay aims to highlight two recent judgments of the Spanish Constitutional Court relating to hate speech. They express a new interpretation about the so called "discurso del odio", expanding the limits of freedom of expression and protecting the Crown as a symbol of the unity of the Spanish nation and public security in a way that seems to be different from several rulings of the European Court of Human Rights and from case-law of the United States Supreme Court. The Author stresses the views of the dissenting opinions of these judgments which offer a way for balancing freedom of expression and public security. The essay suggests that one can relate these recent judgments to the difficult ongoing situation faced by the Spanish Constitutional System which is dealing with two different threats: the independence in Catalonia and the terrorism in the Basque Country.

**SOMMARIO.** 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'azione oggetto dell'*amparo*. – 3. I precedenti della nozione di *discurso del odio* nella giurisprudenza costituzionale spagnola, con particolare riguardo alla sent. n. 235 del 2007. – 4. La "distanza" tra la giurisprudenza costituzionale spagnola e quella di altre Corti. – 5. Il *discurso del odio* nella sent. n. 177 del 2015. – 6. Le opinioni dissenzienti alla decisione. – 7. La sent. n. 112 del 2016.

### **1. Considerazioni introduttive**

La sent. n. 177, emessa il 22 luglio 2015, si propone come un interessante precedente per chi analizzi la giurisprudenza costituzionale spagnola<sup>1</sup> anche alla luce di decisioni ancor più recenti, dedicate dal *Tribunal Constitucional* alla libertà di espressione. Questa sentenza, infatti, va ascritta

---

\* Contributo sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

<sup>1</sup> Una prima rassegna della decisione può essere letta in E. SORDA, *Spagna- Il Tribunal Constitucional nega l'amparo a due uomini condannati per aver bruciato una foto del Re*, in *DPCE online*, n. 4-2015.

all'ormai ricchissimo filone delle pronunce che l'organo di giustizia costituzionale ha emanato con riguardo a questa libertà e nelle quali si illustrano, in genere, con spirito pedagogico, i due rilevanti profili di cui questa si compone. Essa tutela, infatti, sotto il profilo soggettivo, uno spazio non certo illimitato, ma assai esteso, di manifestazione del pensiero in favore dei singoli e dei gruppi, ma, quanto all'aspetto che in genere si definisce come istituzionale o oggettivo, contribuisce allo sviluppo di una società aperta e pluralistica<sup>2</sup>, così inverando in concreto i valori superiori espressi dall'art.1.1 Cost. (e cioè la libertà *tout court*, l'uguaglianza, la giustizia e il pluralismo politico) su cui si fonda l'ordinamento democratico spagnolo<sup>3</sup>.

Tuttavia, la decisione in esame non appartiene al novero di quelle che estendono questa così essenziale libertà, specialmente garantita quando si tratta di esprimere opinioni di natura politica o di interesse generale, utili per formare un'opinione pubblica libera<sup>4</sup>. Al contrario, essa si propone di

---

<sup>2</sup> Come di recente ha ricordato la dottrina penalistica spagnola ridurre la libertà di espressione, sostituendo «il discorso razionale con l'imposizione coattiva del silenzio ... manifesta una profonda sfiducia verso il dialogo sociale e la capacità dei cittadini di prendere razionalmente le loro decisioni». In tal senso R. ALCÁCER GUIRAO, *Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.14-02, 2012, in <http://criminet.ugr.es/recpc14-02.pdf>, 29 (ricordando gli orientamenti, a riguardo, di altri importanti esponenti della dottrina spagnola, come T.S. Vives Antón e M.L. Cuerda Arnau).

<sup>3</sup> Non pare dubbio che questa ricostruzione sia direttamente tributaria della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, avendo il Tribunale costituzionale ricordato, a tale proposito, ad esempio nella sent. n. 159 del 1986, uno dei casi più significativi di tale Corte, il caso *Handyside c. Regno Unito* del 7.12.1976. Sempre alla Corte europea dei diritti il Tribunale costituzionale ha guardato anche allo scopo di individuare i limiti essenziali alla libertà di espressione. In tema, di recente, C. PAUNER CHULVI, *La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC*, in *Rev. de Estudios Europeos*, n. 58, 2011, consultato in [repositori.uji.es](http://repositori.uji.es), 7. Sulla recezione da parte del Tribunale costituzionale di molti principi in tema di libertà di espressione e di informazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, J. BORELL MESTRE, *Algunas reflexiones sobre la posible influencia del constitucionalismo estadounidense en el español en materia de libertad de expresión*, in *Revista general de derecho público comparado*, n. 3, 2008, 13; R. SCARCIGLIA, *Diritto comunitario e relazioni fra il Tribunale costituzionale spagnolo, il Tribunale europeo di diritti umani e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in G.F. FERRARI (cur.), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, ESI, 2006, 388 ss. Quest'ultimo Autore sottolinea, più in generale, la «straordinaria integrazione fra i formanti giurisprudenziali provenienti dalle due Corti e il formante normativo (Cedu)», con conseguente arricchimento delle «tecniche di interpretazione costituzionale in sede di ricorso di amparo».

<sup>4</sup> I due ricordati aspetti della libertà di espressione non sono diversi da quelli che già A. De Tocqueville identificava, analizzando il sistema statunitense all'inizio del XIX secolo, e cioè, con particolare riguardo a quello che si è ora definito come l'aspetto istituzionale della libertà, il legame di quest'ultima con la sovranità popolare. D'altro canto, erano stati i *Founding Fathers* della federazione americana a sottolineare questa fondamentale relazione tra libertà di espressione e «funzione democratico-partecipativa». In tema, C. CARUSO, *Dignità degli «altri» e spazi di libertà degli «intolleranti». Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2013, 795 s. Il legame tra libertà di manifestazione del pensiero e sovranità popolare è stato espressamente affermato dallo stesso Tribunale costituzionale spagnolo, sin da una delle sue prime decisioni, la n. 6 del 1981. Per la riflessione sulla ricostruzione dei due aspetti della libertà di espressione, nel pensiero tocquevilliano, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) luglio 2013. Lo stesso Autore ricorda che anche la Corte costituzionale italiana ha affermato, in modo significativo, che la libertà di espressione è «pietra angolare dell'ordinamento democratico» (sent. n. 84 del 1969), non diversamente dalle parole utilizzate, per definire tale libertà,

ridurla, introducendone un limite assai significativo, anche se già conosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale (e ovviamente non solo da quella spagnola<sup>5</sup>), quello del cosiddetto “discorso del odio”<sup>6</sup>.

Proprio la ricostruzione di tale limite alla manifestazione del pensiero che conduce la maggioranza del *Tribunal* a sposare un *trend* peculiare e restrittivo in materia, ha fatto sorgere in alcuni componenti dello stesso organo di controllo della costituzionalità interrogativi sui modelli di bilanciamento di recente adottati tra questa essenziale libertà e le sue possibili limitazioni. Queste, infatti, paiono essere sempre più significative in un tempo, come l’attuale, in cui crisi economiche, radicalizzazione del sentimento religioso e drammatici problemi di sicurezza pubblica stravolgono ogni ragionevole certezza anche negli ordinamenti democratici in cui dovrebbe vivere come una “regina dei diritti”<sup>7</sup> proprio la libertà di espressione.

## 2. L’azione oggetto dell’amparo

La decisione in esame ha risolto un *recurso de amparo* presentato per la presunta lesione della libertà di espressione (garantita dall’art. 20.1.a della Costituzione spagnola) e ad un tempo per la violazione della libertà ideologica (tutelata, insieme alla libertà di coscienza e a quella religiosa, dall’art. 16 della stessa Carta fondamentale) da parte di due cittadini, condannati a 15 mesi di detenzione<sup>8</sup>, sia in primo grado che in appello, per il reato di *injurias* nei confronti del Sovrano e

---

nel paragrafo 66 della sent. della Corte di Strasburgo del caso *The Sunday Times c. Regno Unito* del 26.4.1979 (come sottolinea, invece, C. PAUNER CHULVI, *La defensa de los valores democráticos*, cit., 2, nota 4).

<sup>5</sup> Sulla «profonda eterogeneità delle risposte dei giudici costituzionali» e della Corte di Strasburgo, specie in tema di bilanciamento tra libertà di espressione e negazionismo della Shoah, G.E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah* in *Rivista AIC*, 12.12.2014, 8 e sulla «sussistenza di indirizzi interpretativi differenti», dello stesso Autore, *Libertà di espressione e discorso politico tra Corte europea dei diritti e Corte costituzionale*, in N. ZANON (cur.), *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana, Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, ESI, 2006, 463 ss. Sulla differenza tra *hate speech* e negazionismo si vedano le considerazioni di S. PARISI, *Il negazionismo dell’Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2013, 882, secondo la quale se il negazionismo è preludio all’odio razziale, quest’ultimo non si collega necessariamente alla critica di natura storica.

<sup>6</sup> Sulla variabilità di questa nozione e degli stessi soggetti che possono essere il “bersaglio” di tale forma di discorso, al punto che questo possa essere esteso o ridotto a seconda di come si manipoli la sua definizione, D. MARTÍN HERRERA, *Libertad de expresión ¿Derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio*, in *Estudios Deusto*, n.2/2014, in <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/249/395>. Per una utile definizione del concetto di «odio», come «stato affettivo» che «dà voce all’istanza di esclusione dalla comunità morale dei soggetti odiati», attestandone la «minorità morale» e riducendone la «posizione di parità», un sentimento legato a «tre concetti chiave: razza/etnia, fede religiosa/credenze, identità sessuale», F. BACCO, *Dalla dignità all’eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2013, 834 ss.

<sup>7</sup> Per tale definizione della libertà di espressione, P. TANZARELLA, *Rujak c. Croazia: il limite logico alla manifestazione del pensiero secondo la Corte europea dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2013, 173.

<sup>8</sup> La condanna detentiva venne poi commutata in una pena di natura pecuniaria pari a 2.700 euro.

della sua consorte. Il reato, previsto dall'art. 490.3 del cod. penale nella versione introdotta dalla l. organica n. 10 del 1995, si propone di punire comportamenti che ledano l'onore e la dignità della Corona<sup>9</sup>. Nella fattispecie i due ricorrenti in *amparo* erano stati ritenuti colpevoli del ricordato delitto, per aver bruciato una fotografia a grande formato dei Sovrani, appendendola, al contrario, ad un apposito traliccio, alla fine di una manifestazione pacifica, svoltasi nella città catalana di Gerona, il 13 settembre 2007. I manifestanti, allo scopo di protestare contro la visita dei Sovrani nella medesima città, si erano riuniti all'insegna di uno striscione che recava la scritta "300 anni di Borboni, 300 anni di lotta contro l'occupazione spagnola". La fotografia dei Sovrani, cosparsa con liquido infiammabile e poi arsa grazie ad una torcia, era stata bruciata in silenzio dai due ricorrenti i quali avevano agito, a volto coperto, senza che ne derivasse alcun atto di violenza, anche se gli astanti avevano con grida ed applausi incoraggiato l'azione.

Il particolare significato dell'*amparo* contro le sentenze che avevano ricostruito l'atto come reato e non come legittima espressione dei diritti fondamentali ricordati, è di per sé evidente se solo si considera che la decisione è stata assunta non dalla *Sala Primera* del Tribunale costituzionale che avrebbe dovuto a rigore occuparsene, ma da tutto il Tribunale costituzionale, al quale la *Sala* ha preferito rivolgersi per la decisione<sup>10</sup>. È evidente, infatti, alla luce delle tre *dissenting opinions* allegiate alla sentenza, che l'organo inizialmente incaricato di valutare l'*amparo* e presieduto dal Presidente del Tribunale era diviso al suo interno quanto alla valutazione del fatto. Almeno due dei cinque componenti della *Sala Primera*<sup>11</sup> avrebbero infatti voluto decidere in modo diverso da come ha poi giudicato la maggioranza dell'organo plenario.

Tuttavia, per poter ritenere l'azione compiuta in una piazza di Gerona, all'esito di una manifestazione indipendentista, come un delitto e non come una legittima espressione dei diritti fondamentali, anche se realizzata con una lugubre messa in scena, il Tribunale costituzionale ha

---

<sup>9</sup> La decisione in esame sottolinea che il reato di *injurias* per il quale i giudici penali avevano sanzionato i ricorrenti non è rubricato nel Tit. XI del cod.pen. che disciplina i delitti contro l'onore, ma piuttosto nel Tit. XXI, dedicato ai delitti contro la Costituzione. Si afferma, inoltre, che l'art. 490.3 del cod. pen. disciplina «un delitto di natura pubblica, attraverso il quale si protegge il mantenimento dello stesso ordine politico che garantisce la Costituzione con riguardo a ciò che la figura del Re rappresenta». Tuttavia, farebbero parte del bene giuridico protetto dalla disposizione anche l'onore e la dignità del Sovrano, purché l'offesa a questi beni sia realizzata in occasione dell'esercizio delle funzioni del Monarca. Il Tribunale rileva, inoltre, che il Sovrano pur privo di responsabilità e politicamente neutrale, può ben essere criticato per le sue funzioni pubbliche, potendo essergli ascritta una generica responsabilità istituzionale o persino simbolica. Queste ultime affermazioni riguardanti la posizione giuridica del Sovrano sono tratte dalla ricostruzione operata, a riguardo, dalla Corte di Strasburgo nel caso *Otegi Mondragón c. Spagna* del 15.3.2011.

<sup>10</sup> Come è noto, ai sensi dell'art. 48 della l. organica n. 2 del 1979 sul Tribunale costituzionale, l'*amparo* è in genere deciso da una delle due *Salas*, ognuna composta da sei giudici, in cui si divide il Tribunale costituzionale, potendo però la *Sala*, ai sensi dell'art. 52.2a della stessa legge, affidare la risoluzione del ricorso ad una delle due Sezioni di cui si compone, quando sia applicabile giurisprudenza consolidata del Tribunale. Sempre ai sensi dell'art. 10.1. n) della l. organica n. 2 del 1979 è possibile, però, a istanza del Presidente o di almeno tre giudici, che l'*amparo* sia risolto dal *Pleno* dell'organo.

<sup>11</sup> La *Sala* era composta da solo cinque magistrati a causa della morte, nell'aprile 2015, di uno dei suoi componenti, il giudice L. I. Ortega Álvarez.

utilizzato una argomentazione peculiare che pare modificare la valutazione dei fatti, data dalla giurisdizione penale, a questa sostituendo una diversa ricostruzione della fattispecie senza accogliere l'*amparo* ed annullare le relative decisioni<sup>12</sup>. L'organo di garanzia costituzionale ha infatti rigettato il ricorso, considerando che l'azione compiuta fosse ricostruibile come un incitamento alla violenza e all'odio (*discurso del odio*) verso la Corona e la persona dei Sovrani. L'atto di distruzione avrebbe potuto, infatti, suggerire una azione violenta e comportare un rischio per l'incolumità del Monarca e della sua consorte, evocativo, addirittura, della loro morte (ipotesi di particolare gravità in un ordinamento come quello spagnolo, la cui Costituzione esclude espressamente una simile pena).

Il bruciare l'effigie non avrebbe potuto essere considerato come l'«espressione di una opzione politica legittima che potrebbe stimolare il dibattito tendente a trasformare il sistema politico». Al contrario, le persone che avevano compiuto l'atto si sarebbero proposte di «sviluppare un riflesso emozionale di ostilità, incitando e promuovendo l'odio e l'intolleranza incompatibili con il sistema di valori della democrazia»<sup>13</sup>.

Come si vede si tratta di una argomentazione particolarmente recisa che non solo ha proiettato il Tribunale costituzionale in una valutazione del fatto diversa da quella realizzata dai giudici penali, ma che pare aver esteso il perimetro della nozione di *discurso del odio*, rispetto ai precedenti dello stesso organo di controllo della costituzionalità, quasi nell'implicito presupposto che, per giustificare la limitazione della libertà di espressione non sarebbe sufficiente evocare il semplice reato di *injurias*, ma si debba fare ricorso ad una giustificazione più pervasiva, che è stata infatti rinvenuta nella nozione di *discurso del odio*<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> In questo senso si esprimono, infatti, i *votos particulares discrepantes* presentati dalla Vicepresidente del Tribunale costituzionale, A. Asua Batarrita (con adesione di un giudice della *Sala Secunda* del Tribunale costituzionale, il giudice F. Valdés-Dal Ré) e quello sottoscritto da J.A. Xiol Ríos. Specie Asua Batarrita ha affermato che si sarebbero modificati gli estremi del delitto, passando dalla lesione dell'onore e della dignità della Corona all'incitamento all'odio. Si sottolinea, inoltre, che l'art. 44. 1 b) della l. organica n. 2 del 1979 che disciplina l'*amparo* non ammette che il Tribunale costituzionale rielabori i fatti della causa. L'articolo ricordato, infatti, in tema di *amparo* contro atti del potere giudiziario, esige che la lesione del diritto fondamentale per cui si ricorre sia imputabile in modo diretto ed immediato ad una azione od omissione dell'organo giurisdizionale indipendentemente dai fatti da cui promana il processo nel quale l'azione o l'omissione si siano prodotte, fatti nei quali, «en ningun caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional». J.A. Xiol Ríos ha accusato la maggioranza di «esacerbare» alcuni elementi simbolici dell'azione (il porre la fotografia al contrario, l'essere incappucciati, il non proferire parola alcuna) per poter arrivare ad un diverso inquadramento della fattispecie penale. A parere del giudice dissenziente, anche ammettendo che l'azione oggetto dei giudizi penali non rientrasse nell'ambito legittimo della libertà di espressione, il Tribunale costituzionale avrebbe dovuto meglio valutare la necessità e la proporzionalità della “risposta” dell'ordinamento nell'applicazione di sanzioni così afflittive come quelle comminate ai ricorrenti.

<sup>13</sup> Così il *Fundamento Jurídico* 4 della sentenza che può essere letta in [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

<sup>14</sup> Per tale condivisibile interpretazione del motivo che avrebbe spinto il Tribunale costituzionale a ricorrere alla nozione di *discurso del odio*, si confronti il già ricordato *voto* di A. Asua Batarrita.

### **3. I precedenti della nozione di discorso del odio nella giurisprudenza costituzionale spagnola, con particolare riguardo alla sent. n. 235 del 2007**

Come si è sottolineato, l'uso di quest'ultima espressione o, comunque, il riferimento all'incitamento all'odio e alla violenza non sono nuovi nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale. Essi si riscontrano, però, in particolare, nelle decisioni riguardanti soggetti appartenenti ad una etnia o ad un popolo, quale è specialmente quello ebreo, allo scopo di proteggerlo dalla lesione di beni costituzionali primari, quali la dignità e l'uguaglianza.

Basti ricordare, a riguardo, la sent. n. 214 del 1991 nella quale si era deciso un problematico *amparo*, presentato da una ex-internata ebrea, in un campo di concentramento nazista, Violeta Friedman, che ricorreva eccependo la lesione del suo diritto all'onore (ed insieme di quello degli appartenenti al popolo ebreo) a causa delle affermazioni negazioniste della Shoah e del presunto vittimismo degli ebrei a riguardo, di un ex-capo delle *Waffen S.S.*, León Degrelle, intervistato da una rivista spagnola<sup>15</sup>. In quel particolare caso il Tribunale costituzionale, per conoscere dell'*amparo*, garantì una legittimazione processuale estremamente ampia in favore della ricorrente, considerandola come titolare di un interesse legittimo a riguardo, anche se il suo onore non era stato direttamente leso, essendo le affermazioni offensive genericamente rivolte al popolo ebreo<sup>16</sup>. La sentenza affermò che l'onore della ricorrente, come membro di tale popolo e come discendente di una famiglia sterminata ad Auschwitz, era stato leso da una parte, almeno, delle affermazioni dell'intervistato.

Se alcune di queste erano, infatti, manifestazione della libertà di espressione, strettamente correlate alla libertà ideologica, altre invece non si limitavano a manifestare dubbi sull'esistenza, tra l'altro, delle camere a gas, ma esprimevano giudizi offensivi nei confronti del popolo ebreo; si auguravano che nascesse un nuovo *Führer*; si realizzavano con affermazioni apertamente razziste e antisemitiche, incitanti al razzismo e al disprezzo nei confronti delle vittime.

Tutto ciò non poteva che eccedere dal legittimo ambito della libertà di espressione e da quello della libertà ideologica perché si traduceva non solo in una lesione dell'onore ma, ad un tempo, in

---

<sup>15</sup> Come sottolinea A. ABA CATOIRA, *Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales*, in *AFDUC*, n. 19, 2015, 211, questa decisione è la prima nella quale il Tribunale costituzionale abbia valutato il *discurso del odio*, anche se l'organo di controllo non ha espressamente utilizzato tale dizione. Per un esame della sent. n. 214 del 1991 anche M. REVENGA SÁNCHEZ, *Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa del ethos democrático en la jurisprudencia constitucional española*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAIITA, G. SILVESTRI (cur.), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005, 230 ss.

<sup>16</sup> Sulla problematicità di questo riconoscimento ad una «sorta di diritto all'onore collettivo», G.M. TERUEL LOZANO, *La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal*, in *Indret*, n. 4, 2015, in [www.indret.com](http://www.indret.com), 15, nota 51. Per un cenno a tale discutibile legittimazione ad agire riconosciuta dalla sentenza del Tribunale costituzionale, F. GUELLA, C. PICIOCCHI, *Libera manifestazione del pensiero tra fatti di sentimento e fatti di conoscenza*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2013, 869.

una violazione dell'uguaglianza e della dignità che ne sono alla base<sup>17</sup>. Il Tribunale costituzionale aveva infatti concluso, a riguardo, che l'odio e il disprezzo nei confronti di un popolo o di un'etnia qualsiasi, sono in contrasto con il rispetto della dignità umana che è garantito solo se è assicurato in modo uguale a ogni uomo. Affermazioni che consentano di distruggere valori supremi indicati nell'art.1.1 Cost. come l'uguaglianza (garantita come uguaglianza in senso formale dall'art. 14 Cost.) non possono essere considerate come costituzionalmente legittime. Concezioni del mondo o della storia che abbiano il deliberato intento di disprezzare e di discriminare non rientrano nella tutela della libertà di espressione, perché sarebbe come ammettere, come il Tribunale costituzionale ha concluso, che sotto l'egida di un discorso più o meno storico, la Costituzione possa permettere di violare l'uguaglianza che è valore supremo dell'ordinamento e la dignità, che è invece definita dall'art.10.1 della stessa Carta fondamentale come il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale<sup>18</sup>.

Anche con una successiva decisione, la n. 176 del 1995, il Tribunale costituzionale era ritornato sui limiti alla libertà di espressione, stigmatizzando come non compreso nella forma legittima di tale diritto fondamentale la pubblicazione di un album a fumetti che ridicolizzava la persecuzione

---

<sup>17</sup> Per interessanti considerazioni sulla possibilità di fondare sui principi di dignità e di uguaglianza limitazioni alla libertà di espressione, nel quadro dell'ordinamento italiano, ma con richiamo alla sent. 214 del 1991 del Tribunale costituzionale, A. AMBROSI, *Libertà di pensiero, manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2008, 526 ss. Per una recisa critica, sempre con riguardo all'ordinamento italiano, al considerare dignità ed uguaglianza come limiti assoluti ed invalicabili alla libertà di espressione, C. CARUSO, *Dignità degli «altri» e spazi di libertà degli «intolleranti»*, cit., 810 ss. F. BACCO, *Dalla dignità all'eguale rispetto*, cit., 831 ss., ha sottolineato che l'argomento della dignità, troppo spesso usato come «seducente arma retorica» che inibisce il bilanciamento, deve essere invece utilizzato in modo non inflazionato e valutato secondo la «ragionevolezza del caso».

<sup>18</sup> Come sottolinea J.M. BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 85, 2009, 307, la pronuncia in esame non tratta in modo diretto del tema del negazionismo, ma piuttosto di espressioni offensive non garantite dalla libertà di espressione e da quella ideologica. Per l'analisi della sent. n. 214 del 1991 anche G. ROLLNERT LIERN, *Revisionismo histórico y racismo en la perspectiva constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)*, in *Revista de derecho político*, n. 73, 2008, 106 ss. Per un breve esame della decisione, sia consentito rinviare anche a M. IACOMETTI, *La giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo nel biennio 1991-1992*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 1993, 3236 s. Più di recente, un significativo cenno alla pronuncia in A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. I, 2006, XXII; J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. III, 2008, 1212 s. Sulle sentenze del Tribunale costituzionale che hanno confermato lo stesso orientamento interpretativo, C. PAUNER CHULVI, *La defensa de los valores democráticos*, cit., 15, nota 33. Da questa giurisprudenza costituzionale era derivata una nuova redazione dell'art. 510.1, introdotto con l. organica n. 10 del 1995, che puniva chi incitasse alla discriminazione, all'odio e alla violenza verso gruppi o associazioni per motivi razzisti, antisemiti o riguardanti l'ideologia, la religione, le credenze, la situazione familiare, l'appartenenza dei membri ad un'etnia, la razza, l'origine nazionale, il sesso, l'orientamento sessuale, la malattia o l'incapacità.

nei confronti del popolo ebreo con immagini talvolta oscene e con lo scopo di diffondere un messaggio razzista<sup>19</sup>.

Tuttavia, il *leading case* nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale in tema di libertà di espressione e di limiti di natura penale alla sua manifestazione, connessi espressamente al *discurso del odio*, è certamente rappresentato dalla sent. n. 235 del 2007. Questa decisione si è occupata della questione di incostituzionalità presentata nei confronti della previsione contenuta nell'art. 607.2 del codice penale che disponeva la punizione della diffusione con qualunque mezzo, di idee o dottrine che negassero o giustificassero i delitti tipizzati nel comma precedente dello stesso articolo (e cioè il delitto di genocidio e forme affini di delitto) e che pareva all'autorità giudiziaria remittente punire esclusivamente il pensiero, posta l'esistenza di una articolata serie di disposizioni penali che già sanzionavano l'apologia o l'istigazione al delitto<sup>20</sup>.

Premesso che la Costituzione garantisce anche chi ne neghi i suoi principi più sacri, dato che la Spagna non è una democrazia protetta o militante, il Tribunale costituzionale si è soffermato sulla propria giurisprudenza precedente e sugli orientamenti della stessa Corte dei diritti dell'uomo per ricordare che non sono protette dalla libertà di espressione frasi o espressioni oltraggiose od offensive e che non sono costituzionalmente ammesse campagne di natura razzista o xenofoba, né ricostruzioni della storia o concezioni del mondo che abbiano lo scopo di disprezzare o discriminare persone o gruppi in virtù di qualunque condizione personale, etnica o sociale. Riprendendo l'argomentazione utilizzata nella sent. n. 214 del 1991, ha ritenuto che ammettere questo, sotto la presunta egida di un discorso sulla storia, equivarrebbe a permettere la lesione dei valori e dei fondamenti dell'ordinamento, l'uguaglianza e la dignità della persona. Ciò, per usare lo stesso linguaggio della Corte di Strasburgo<sup>21</sup>, si tradurrebbe nel realizzare un incitamento diretto alla violenza contro i cittadini in generale o contro determinate razze o credenze, ipotesi, queste, di *discurso del odio*, anche secondo la Corte europea dei diritti.

Ciononostante, il Tribunale costituzionale ha sottolineato che le limitazioni previste dall'art. 10 della Convenzione europea nei confronti della libertà di espressione, non sono paragonabili a quelle introdotte nell'ordinamento spagnolo<sup>22</sup> e, dopo aver ricordato che la giurisprudenza della Corte di

---

<sup>19</sup> Come sottolinea A. ABA CATORA, *Protección de las libertades de expresión*, cit., p. 212, in questo caso il Tribunale costituzionale ha fatto espresso riferimento al *lenguaje del odio*. La decisione afferma (non diversamente da quanto si era giudicato da parte della Corte di Strasburgo nel caso *Handyside c. Regno Unito* del 7.12.1976) che essendo la pubblicazione, tendenzialmente destinata a bambini ed adolescenti, era elevatissimo il suo potenziale di negatività e di possibile corruzione morale.

<sup>20</sup> Come è noto, il caso dal quale si è originata la questione di incostituzionalità riguardava Pedro Varela Geiss, proprietario della Libreria Europa, specializzata in volumi di argomento negazionista e antisemita, non solo commercializzati in Spagna, ma inviati anche all'estero.

<sup>21</sup> Il Tribunale costituzionale ha fatto qui riferimento ad alcune decisioni della Corte di Strasburgo, in particolare a *Ergogdu e Ince c. Turchia* dell'8.7.1999, *Gündüz c. Turchia* del 4.12.2003 e *Erbakan c. Turchia* del 6.7.2006.

<sup>22</sup> I limiti previsti per questa libertà nell'ordinamento spagnolo sarebbero cioè meno incisivi, a parere del Tribunale costituzionale, anche se, come la dottrina ha esattamente sottolineato, questi sono forse tra i più pervasivi che la Costituzione spagnola conosca. L'art. 20.4 della Carta fondamentale dispone, infatti, che i diritti disciplinati nello stesso

Strasburgo ha ritenuto un abuso del diritto alla libertà di espressione la negazione dell'Olocausto, perché esprime una forma di diffamazione razziale verso gli ebrei e l'incitamento all'odio nei loro confronti<sup>23</sup>, ha deciso in senso difforme, differenziando le due ipotesi di reato previste dalla norma spagnola, e cioè il negare e il giustificare il genocidio. Dopo un attento esame delle differenti sanzioni che il codice penale spagnolo dedica all'apologia o alle diverse forme di provocazione, cospirazione e proposta per l'esecuzione di delitti contro la comunità internazionale o alla provocazione alla discriminazione, all'odio<sup>24</sup> o alla violenza contro gruppi o associazioni per motivi razzisti, antisemiti, o di altra specie, il Tribunale costituzionale ha affermato che l'art. 607.2 cod. pen., nella parte in cui punisce la semplice negazione del delitto di genocidio, non può ritenersi costituzionalmente legittimo perché lederebbe la libertà di espressione, potendo anzi rientrare nella tutela della libertà di ricerca scientifica, garantita dall'art. 20.1 b) Cost.<sup>25</sup>. L'art. 607.2 non esige, infatti, almeno considerandone la mera interpretazione letterale, la commissione di «azioni positive di proselitismo xenofobo o razzista», né tantomeno «l'incitamento, neppure indiretto, a commettere genocidio», ipotesi punite da altra disposizione penale e con sanzioni superiori. L'articolo in esame punirebbe solo, quanto alle opinioni negazioniste, il diffondere idee su determinati fatti senza emissione di giudizi di valore, arrestandosi così «ad uno stadio preventivo rispetto a quello che giustifica l'intervento del diritto penale», senza che esista a riguardo neppure «un pericolo potenziale rispetto ai beni giuridici tutelati dalla norma». Ne deriverebbe, dunque, che il

---

articolo hanno come limite i diritti riconosciuti nel Titolo I, le disposizioni di legge che ne sviluppano il contenuto e, in particolare, il diritto all'onore, all'intimità, all'immagine e la protezione della gioventù e dell'infanzia. Così, M. REVENGA SÁNCHEZ, *Trazando los límites de lo tolerable*, cit., 214 s. Quanto alle limitazioni invece previste dalla Convenzione europea è noto che questa, al 2° comma dell'art. 10, ammette che nei confronti della libertà di espressione possano essere introdotte restrizioni previste dalla legge e necessarie in una società democratica per garantire, tra gli altri beni, la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale, la difesa dell'ordine, la prevenzione dei delitti, la protezione della salute, della morale, della reputazione e dei diritti altrui. Inoltre, la clausola dell'abuso del diritto ex art. 17 della Convenzione, utilizzata dalla Corte di Strasburgo proprio in tema di negazionismo dell'Olocausto, non ha analogie con le previsioni costituzionali spagnole. Sulle limitazioni alla libertà di espressione previste dalla Convenzione europea e dalla Costituzione spagnola, R. ALCÁ CER GUIRAO, *Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 97, 2013, 311. Sulle prospettive “individualista” e “funzionalista” che caratterizzano la disciplina dell'art. 10 della Convenzione europea, G.E. VIGEVANI, *Libertà di espressione e discorso politico*, cit., 466.

<sup>23</sup> Il Tribunale costituzionale ha citato, a questo proposito, la sent. della Corte europea dei diritti *Garaudy c. Francia* del 24.6.2003. È vero, però, che in sentenze precedenti, pur ricordate dalla decisione in esame, la Corte europea si era espressa, quanto al negazionismo dell'Olocausto, in senso analogo alla pronuncia del Tribunale costituzionale, ad esempio nel caso *Handyside c. Regno Unito* del 7.12.1976.

<sup>24</sup> Provocazione all'odio che è criticata dalla dottrina penalistica perché anticiperebbe in modo eccessivo la sanzione penale. Così, R. ALCÁ CER GUIRAO, *Discurso del odio y discurso político*, cit., p. 17. Per un esame della decisione con riguardo alla diversa serie di disposizioni penali in essa valutate, G. ROLLNERT LIERN, *Revisionismo histórico y racismo*, cit., 120 ss.

<sup>25</sup> Per un attento esame della decisione, illustrando anche la sent. n. 43 del 2004 nella quale il Tribunale costituzionale ha definito le caratteristiche della libertà di ricerca scientifica, J.M. BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio*, cit., 338 ss.

negazionismo possa essere punito, invece, quando esista un pericolo certo di generare un clima di violenza e di ostilità che possa concretizzarsi nel pericolo di realizzare atti di violenza e di discriminazione<sup>26</sup>.

Diversa valutazione ha invece realizzato il Tribunale costituzionale nei confronti della giustificazione del genocidio, essendo tale reato legato all'espressione di un giudizio di valore positivo su un evento delittuoso che, a causa della sua odiosità e pericolosità, pone a rischio l'«essenza medesima» della società. Un tale comportamento va dunque legittimamente punito purché questa giustificazione, espressa pubblicamente, operi come incitamento indiretto, come provocazione alla commissione del reato e quando si presenti come giusto il delitto di genocidio e si provochi all'odio verso determinati gruppi definiti con riguardo al colore, razza, religione, origini nazionali o etniche, in modo tale da rappresentare «un pericolo certo di generare un clima di violenza e ostilità che si possa concretizzare in atti specifici di discriminazione»<sup>27</sup>. Non basta, dunque, ad integrare il reato punito nell'art. 607.2 cod. pen., l'esprimere giudizi positivi e di pura adesione ideologica, né è necessario incitare direttamente alla commissione di delitti come il genocidio, basta però un incitamento anche indiretto o una provocazione volta in modo mediato alla discriminazione, all'odio e alla violenza. Con un accoglimento quanto alla incostituzionalità del reato di diffusione di idee negazioniste ed un'interpretazione conforme alla Costituzione con riguardo alla giustificazione del genocidio, il Tribunale costituzionale ha dunque distinto l'ipotesi prevista dall'art. 607.2 cod. pen. da altre disposizioni dello stesso codice, tentando di assicurargli un contenuto proprio rispetto ai reati di apologia o di provocazione diretta<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> In tal senso, G. M. TERUEL LOZANO, *La libertad de expresión*, cit., 35, nota 119.

<sup>27</sup> Sulla difficoltà, però, di distinguere chiaramente sotto il profilo teorico e pratico la negazione dalla giustificazione dell'Olocausto, essendo «spesso negare e giustificare aspetti di una medesima argomentazione inidonei ad essere considerati autonomamente», C. CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2008, 637 s. L'Autore sottolinea che mentre l'*hate speech* può essere posto a tutela di beni quali la dignità e l'uguaglianza, il negare o il giustificare il delitto di genocidio si collega alla garanzia di un «bene giuridico sfuggente», forse quello di un «problematico diritto alla verità».

<sup>28</sup> G.M. TERUEL LOZANO, *La libertad de expresión*, cit., 22 s., critica la decisione in materia di reato di giustificazione, perché avrebbe fondato «el contenido de injusto en la generación de un peligro cierto de que se genere un clima de hostilidad», così realizzando «formas de peligrosidad presuntas incompatibles con las exigencias mínimas de antijuricidad material». Una nozione, quella del reato di giustificazione, che, secondo lo stesso Autore, avrebbe causato problemi di applicazione anche al Tribunale supremo che l'avrebbe interpretato come un delitto di «pericolo ipotetico o potenziale esigendo la effettiva verifica di una pericolosità “reale”». La dottrina maggioritaria ha invece ritenuto che tale reato facesse eccessivamente avanzare la “barriera” del diritto penale. Per un esame delle sentt. n. 214 del 1991 e n. 235 del 2007 del Tribunale costituzionale, nel quadro di più recenti decisioni del Tribunale supremo, A. GASCÓN CUENCA, *Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* n. 26, 2012, 313 ss. Ritiene che la sent. n. 235 del 2007, non diversamente dalle sentt. nn. 214 del 1991 e 176 del 1995 perpetuerebbe il contrasto tra teorica ammissibilità di espressioni contrastanti con i principi costituzionali e profonde limitazioni della libertà di pensiero, G. ROLLNERT LIERN, *Revisionismo histórico y racismo*, cit., 134 ss. Tale ultima pronuncia costituirebbe, però, a parere di questo Autore, un progresso rispetto alle precedenti decisioni perché escluderebbe dalla protezione costituzionale non le semplici opinioni, ma piuttosto gli atti effettivi che manifestino disprezzo ed odio.

#### 4. La “distanza” tra la giurisprudenza costituzionale spagnola e quella di altre Corti

La decisione, da cui è derivata, in tempi recenti, una modifica del cod. penale che si propone di adeguare l’ordinamento spagnolo all’orientamento del Tribunale costituzionale in tema di negazionismo<sup>29</sup>, è stata profondamente criticata dal *voto* dissenziente di quattro giudici costituzionali<sup>30</sup>.

Proprio i *votos* dissenzienti hanno evidenziato, da un lato, la forte analogia di questa decisione nei confronti della “lettura” statunitense della libertà di espressione e, dall’altro, la distanza che la pronuncia avrebbe introdotto tra l’ordinamento spagnolo e altri sistemi costituzionali europei.

Basti pensare, in proposito, alle considerazioni formulate dal giudice Rodríguez Arribas che ha esortato a non fare della democrazia spagnola che pur non è “militante” come quella tedesca, una «democrazia ingenua» che possa assistere immota alla sua distruzione.

Il giudice J. Rodríguez-Zapata Pérez ha a sua volta ritenuto che il nome della Spagna non potesse più appartenere alla «*lista de honor*» nella quale sono compresi gli ordinamenti che puniscono in modo esemplare la negazione dell’Olocausto e del genocidio. Il giudice ha in particolare ammonito a non imitare in materia di libertà di espressione ordinamenti come quello statunitense che è refrattario ai limiti a tale libertà grazie alla lettura assolutizzante del I emendamento alla Costituzione ma nel quale non si sono generati in passato quei «mostri» che invece sono nati nella «vecchia Europa» e che devono essere esorcizzati dalla repressione penale. È noto, infatti, come, nell’ordinamento statunitense nel quale, nei primi decenni del XX secolo, la Corte suprema aveva sostenuto una interpretazione abbastanza restrittiva della libertà di espressione, questa fondamentale posizione giuridica, anche con riguardo all’*hate speech* abbia

---

<sup>29</sup> La l. organica n. 1 del 2015 ha infatti emendato la stesura del codice penale colpita dalla declaratoria di incostituzionalità, introducendo nell’art. 510 del cod. penale sia il reato di negazione e di minimizzazione grossolana, che di giustificazione del genocidio e prevedendo anche una punizione dei delitti riguardanti l’incitamento all’odio, all’ostilità, alla discriminazione e alla violenza. Il delitto di negazionismo è ora compreso tra i delitti dell’odio e non più, come in passato, tra i delitti contro la comunità internazionale. Il legislatore organico ha giustificato questa nuova disciplina di tali delitti, ritenendo necessario aggiornare l’ordinamento spagnolo alla luce sia della sent. n. 235 del 2007 del Tribunale costituzionale che della Direttiva-quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell’Unione europea. La dottrina, tuttavia, si è espressa in senso sfavorevole a questa nuova disciplina ritenuta «reazionaria», considerando, da un lato, che la legislazione penale spagnola, precedente alla novella, potesse essere già ritenuta in armonia con la Direttiva-quadro e, dall’altro lato, che la nuova disciplina non avesse recepito correttamente le indicazioni del Tribunale costituzionale. Su questo tema, G.M. TERUEL LOZANO, *La libertad de expresión*, cit., p. 35 il quale sottolinea che la norma ora emanata non parla di creazione di un clima di possibile violenza (secondo l’orientamento invece manifestato dal Tribunale costituzionale), ma piuttosto del promuovere e del favorire la formazione di un tale clima. Lo stesso Autore ricorda il manifesto presentato da un notevole numero di penalisti spagnoli che hanno espresso la loro opposizione alla nuova legislazione. Su tale recente riforma del cod. penale, anche A. ABA CATOIRA, *Protección de la libertad de expresión*, cit., p. 219 s.

<sup>30</sup> Si trattava di R. García-Calvo y Montiel, J. Rodríguez-Zapata Pérez, R. Rodríguez Arribas e P. Sala Sánchez. Per un esame della decisione e dei *votos*, sia consentito rinviare a M. IACOMETTI, *La giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo nel biennio 2007-2008*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2009, p. 4306 ss.

ottenuto garanzie sempre più significative. Si è passati, infatti, ad invocare la necessità di un «clear and present danger» per ritenere non coperta dal I emendamento della Costituzione la manifestazione del pensiero che avrebbe potuto istigare alla commissione di un illecito a causa di espressioni razziste o inneggianti all'odio, per approdare, poi, negli anni '70 dello scorso secolo a considerare indispensabile che tale pericolo fosse anche imminente. Tale evoluzione giurisprudenziale è stata ispirata dal fine di garantire il più possibile il libero confronto delle idee, nella speranza che non più repressi, ma esposti «all'aria aperta», quasi in libera concorrenza, anche le manifestazioni del pensiero più odiose perdessero di virulenza e di capacità di convincere<sup>31</sup>.

La posizione di altre Corti, paradigmatica quella del *Bundesverfassungsgericht* tedesco<sup>32</sup>, si è attestata, invece, sul ritenere non coperto dalla libertà di espressione il discorso negazionista, ma anche la Corte di Strasburgo, nonostante alcune iniziali oscillazioni a riguardo, pare essersi decisamente orientata (come lo stesso Tribunale costituzionale ha ricordato nella decisione in esame, pur prendendone le distanze<sup>33</sup>), a considerare addirittura come un caso di abuso del diritto la manifestazione di espressioni negazioniste dell'Olocausto<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Per un esame dei diversi orientamenti della Corte suprema statunitense da *Schenck v. U.S.* 249 U.S. 47 (1919) a *Abrams v. U.S.*, 250 U.S. 616 (1919), sino a *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969), G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano, II La Costituzione democratica*, Torino, Giappichelli, 2000, 86 ss.; Sui test progressivamente adottati dal giudice Holmes e poi dalla Corte suprema quanto alla limitazione della libertà di espressione, in particolare, M. BISBAL TORRES, *El «Mercado libre de las ideas» de O.W. Holmes*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 81, 2007, 194 ss.

<sup>32</sup> Per un esame della sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo che si sarebbe contrapposta ad una sorta di «diritto costituzionale comune europeo» in tema di negazionismo, derivante da decisioni assai diverse delle Corti europee, ed in particolare del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit., 1211 ss.; S. PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto*, cit., 889.

<sup>33</sup> Sul *contraste de modelos* tra Tribunale costituzionale e Corte europea in tema di *discorso del odio*, A. ABA CATOIRA, *Protección de las libertades*, cit., p. 217; G. M. TERUEL LOZANO, *La libertad de expresión*, cit., p. 10 s.; R. ALCÁ CER GUIRAO, *Libertad de expresión, negación del Holocausto, y defensa de la democracia*, cit., p. 313.

<sup>34</sup> Sulla posizione non univoca della Corte di Strasburgo con riguardo al negazionismo, pur essendosi ormai consolidata la sua interpretazione in tema di impossibilità di ricomprenderlo, ove riguardi l'Olocausto, nella libertà di espressione, utilizzando la clausola dell'art. 17 della Convenzione europea sull'abuso del diritto e per un esame delle relative decisioni del Tribunale costituzionale spagnolo, si cfr. I. SPIGNO, *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. IV, 2008, p. 1922 ss. Più di recente, per una ricostruzione delle diverse fasi della giurisprudenza della Corte europea in tema di negazionismo e delle «oscillazioni dello standard del giudizio» adottato a riguardo, C. CARUSO, *Ai confini dell'abuso del diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (cur.), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 340 ss. L'Autore sottolinea che il ricorso automatico in casi di *discorso del odio* alla clausola dell'art. 17 esclude l'*ad hoc balancing test* che i giudici di Strasburgo utilizzano invece, in genere, quando valutano la libertà di espressione. Nella dottrina spagnola con riguardo all'uso da parte della Corte di Strasburgo dell'art. 17 ritenuto una «artilleria (conceptual) de grueso calibre» o l'«instrumento más contundente» che non consente però di garantire valutazioni sulla proporzionalità nella sanzione utilizzata, si cfr., rispettivamente, J.M. BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio*, cit., 305, nota 9, e R. ALCÁ CER GUIRAO, *Libertad de expresión, negación del Holocausto*, cit., 313 ss.

## 5. *Il discorso del odio nella sent. n. 177 del 2015*

Se, dunque, i precedenti del Tribunale costituzionale con riguardo al *discorso del odio* paiono abbastanza chiaramente rivolti a garantire individui appartenenti a gruppi minoritari (e gli stessi gruppi) che necessitano di una particolare protezione, in quanto facilmente discriminabili per motivi di razza, di etnia, di origine nazionale, la decisione in esame tende ad allontanarsi da questi precedenti per abbracciare una prospettiva in parte nuova, quella della tutela rafforzata, attraverso il riferimento a tale forma di *discorso*, nei confronti della persona dei Sovrani. Tuttavia, anche se in modo che pare più incidentale e indiretto, anche altri soggetti sarebbero il bersaglio di questo discorso di esclusione e di odio<sup>35</sup>.

Il Tribunale costituzionale era ben conscio del fatto che i suoi precedenti andassero prevalentemente in altra direzione. Ed infatti ha affermato che le espressioni più rozze («más toscas») e brutali del *discorso del odio* non possono che riguardare soggetti che versino in particolari condizioni etniche, religiose, culturali o sessuali. Ma quello che l'organo di controllo ha anche definito come il «discorso fóbico» può essere pure legato al «fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política y aun la eliminación física de quienes no compartan el ideario de los intolerantes». E, di nuovo, valutando la possibile lesione della libertà ideologica dei ricorrenti che non si considera però violata dalle sentenze dei giudici penali, oggetto dell'*amparo* in esame, perché questi ultimi avrebbero solo punito un atto illecito, il Tribunale costituzionale ha realizzato una brevissima, ma significativa affermazione. La condanna, a suo parere, manca di qualunque «efecto disuasorio respecto de la exteriorización de un determinado credo político» perché «si collega esclusivamente al trattamento di incitamento all'odio e all'esclusione di un settore della popolazione» realizzato attraverso l'atto del bruciare i ritratti ufficiali dei Sovrani.

Sembra, allora, che l'argomentazione utilizzata dal Tribunale costituzionale per valutare il caso portato alla sua cognizione si bipartisca, anche se il richiamo al *sector de la población* è assolutamente ridotto e tangenziale rispetto all'utilizzo della nozione di *discorso del odio* in favore dei rappresentanti della Corona. La decisione, infatti, non considera legittimo esercizio dalla libertà di espressione l'atto del bruciare l'effigie, ritenendo che l'azione avrebbe potuto essere percepita dai presenti come un incitamento all'odio che avrebbe potuto scatenare «reazioni violente» e

---

<sup>35</sup> In realtà già nella sent. n. 136 del 1999 relativa ad un caso di libertà di espressione riguardante comunicazioni intimidatorie rivolte agli elettori dal partito politico *Herri Batasuna*, poi illegalizzato perché ritenuto braccio politico dell'ETA, si era considerato *discorso del odio*, anche «utilizzare messaggi od elementi che rappresentino o si identifichino con l'esclusione politica, sociale, culturale». Tale atto, infatti, avrebbe cooperato a realizzare la «intolleranza escludente». In questa decisione il Tribunale costituzionale aveva ritenuto non proporzionata la condanna comminata dal Tribunale supremo al comitato esecutivo del partito *Herri Batasuna* per il delitto di collaborazione al terrorismo, utilizzando la nozione di *efecto desaliento*, cioè affermando che la sanzione avrebbe potuto esercitare un effetto dissuasivo nei confronti dell'esercizio della libertà di espressione. In tema, M. REVENGA SÁNCHEZ, *Trazando los límites de lo tolerable*, cit., 240 ss.

«incompatibili con un clima sociale sereno e minare la fiducia nelle istituzioni democratiche»<sup>36</sup> o esacerbare moti di disprezzo e persino di odio verso i Sovrani e l'istituzione da questi rappresentata, esponendoli «ad un possibile rischio di violenza»<sup>37</sup>. Il Tribunale costituzionale ha poi ricordato che l'«incitamento all'odio non richiede necessariamente il richiamo ad un certo atto di violenza o ad altro atto delittuoso»<sup>38</sup>. L'azione, svoltasi in silenzio, non può dunque essere considerata come forma di critica politica nei confronti dell'istituzione monarchica e, lungi dall'essere espressione di una opzione politica degna di essere lasciata liberamente esplicitare perché parte del pluralismo, manifesta soltanto il disprezzo nei confronti dei soggetti che integrano la Corona, i quali godono di una protezione rafforzata nell'ordinamento costituzionale spagnolo.

Ad un tempo, però, l'atto del bruciare l'effigie esprimerebbe, per i giudici costituzionali, una forma di istigazione all'odio nei confronti dei Sovrani, suscettibile di indurre al pericolo di un danno fisico gravissimo della loro persona e assumerebbe un significato di esclusione e di odio nei confronti di un parte della popolazione (e cioè, par di capire, dei soggetti che sostengono, invece, la istituzione monarchica e quindi, più in generale, dei cittadini che riconoscono nel Sovrano il rappresentante dell'unità della nazione spagnola).

È però specialmente sotto il primo profilo argomentativo che pare innovativa e problematica la ricostruzione operata, perché tende a garantire una protezione eccessivamente estesa alla Corona, distanziandosi notevolmente da un caso relativamente recente deciso dalla Corte di Strasburgo e proprio riguardante un delitto di *injurias graves* nei confronti del Monarca spagnolo, commesso da un noto esponente politico basco. Si tratta di un caso che il Tribunale costituzionale ricorda, sottolineandone, però, la distanza rispetto all'ipotesi in esame. Ed, in effetti, qualche significativa differenziazione esiste tra le due ipotesi, come ha sottolineato anche qualche esponente della dottrina spagnola<sup>39</sup>.

Si trattava del caso *Otegi Mondragón c. Spagna*, del 15 marzo 2011, nel quale la Corte europea dei diritti umani aveva ritenuto forma legittima di espressione le affermazioni di Otegi, un componente del Parlamento del *País Vasco*, *portavoz* del gruppo parlamentare di *Sozialista Abertzaleak*, il quale, nel corso di una conferenza-stampa, riferendosi alla chiusura di un quotidiano

<sup>36</sup> Una citazione, questa, direttamente tratta dal caso giudicato dalla Corte europea dei diritti, *Féret c. Belgio*, 16.7.2009, par. 77.

<sup>37</sup> Anche in questo caso il Tribunale costituzionale ha utilizzato una citazione tratta da un caso, deciso dalla Corte di Strasburgo, il *Sürek c. Turchia* del 8.7.1999, par. 62.

<sup>38</sup> Anche in questo caso la citazione è al caso *Féret c. Belgio*, par. 73.

<sup>39</sup> Secondo G. ROLLNERT LIERN, nel blog al sito <https://presnolinera.wordpress.com/2015/08/03/el-tribunal-constitucional-en-fuego-de-tronos>, i due casi sarebbero differenti, non potendo essere assimilati una «critica politica verbale», quale quella espressa nel caso *Otegi*, ad un messaggio fondato sulle «caratteristiche di aggressività presenti nel linguaggio simbolico del fuoco», quale quello oggetto della sentenza in esame. Ritiene, invece, che il caso in esame non fosse diverso da quello di Otegi e che, dunque, in nessuna delle due ipotesi si potesse evocare il *discurso del odio*, dovendosi garantire la libertà di espressione, M. Á. PRESNO LINERA, *El Tribunal Constitucional en fuego de tronos*, in *El derecho y el revés*, in <https://presnolinera.wordpress.com/2015/08/03/el-tribunal-constitucional-en-fuego-de-tronos>.

basco perché ritenuto legato all'ETA, aveva stigmatizzato le presunte torture a cui sarebbero stati sottoposti dalla *Guardia Civil* i fermati in quell'operazione di polizia, ed aveva definito il Sovrano, in quanto comandante delle Forze armate spagnole, come il capo dei torturatori.

Il Tribunale costituzionale, pur avendo dichiarato inammissibile il ricorso *de amparo* presentato dall'esponente politico per lesione della sua libertà di espressione e ideologica, a causa della condanna penale comminatagli per il ricordato delitto, aveva sostenuto che la Costituzione non garantisce un presunto diritto all'insulto. Otegi si era però rivolto alla Corte europea, la quale aveva condannato lo Stato spagnolo per lesione della libertà di espressione, ritenendo, in sostanza, che la manifestazione del pensiero in questioni di interesse pubblico, quali le presunte torture di detenuti indipendentisti, rese note da un rappresentante politico, fossero legittime. Era stata dunque considerata come sproporzionata la sanzione irrogata, pari ad un anno di detenzione e alla sospensione dell'elettorato passivo per lo stesso periodo di tempo. Come ha ricordato la dottrina spagnola, la Corte di Strasburgo aveva in quel caso espressamente escluso che le affermazioni di Otegi potessero essere ricomprese in una forma di *discurso del odio*<sup>40</sup>.

Il Tribunale costituzionale ha dunque ritenuto di distanziarsi da questo precedente della Corte europea, utilizzandone, però, uno diverso e valutato dalla dottrina come paradigmatico di una tendenza restrittiva in materia di manifestazione del pensiero di natura politica. Si trattava del caso *Féret c. Belgio* del 16 luglio 2009, nel quale, il rischio di suscitare violenze a causa delle affermazioni xenofobe, pronunciate da un uomo politico del Fronte Nazionale nel corso della campagna elettorale, non era stata ritenuta forma legittima di libertà di espressione<sup>41</sup>.

Ma per tornare ai casi spagnoli di *injurias* al Sovrano, non pare dubbio che, nonostante la pressoché analoga tipizzazione da parte dei giudici penali dell'atto compiuto nei confronti del rappresentante dello Stato, simbolo della sua unità, il rivolgere pesanti accuse verbali o il bruciare una effigie non possano che essere considerate come forme di espressione diverse. Il linguaggio meramente simbolico del fuoco, come è stato esattamente sottolineato dalla dottrina, ha in sé una

---

<sup>40</sup> Per una critica alla sentenza della Corte europea che non avrebbe tenuto conto della necessità di garantire un adeguato margine di apprezzamento ai poteri pubblici spagnoli, data la particolare situazione del *País Vasco*, ritenendo che i giudici di Strasburgo avrebbero dovuto considerare le espressioni di Otegi come *discurso del odio*, I. SERRANO MAÍLLO, *El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos: dos casos españoles*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28, 2011, 592 ss. In tema e per un esame di questa sentenza della Corte di Strasburgo, anche R. ALCÁCER GUIRAO, *Discurso del odio y discurso político*, cit., 11 s., il quale sottolinea che, come è noto, secondo tale Corte, il controllo degli organi giurisdizionali nei confronti del linguaggio utilizzato in questioni di pubblico interesse da parte di uomini politici deve essere ridotto, dovendosi garantire a questi ultimi «una maggior dose di esagerazione e di provocazione». È però altrettanto noto che, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, gli uomini politici, possono a loro volta essere soggetti ad una incisiva critica, come ricorda, G.E. VIGEVANI, *Libertà di espressione e discorso politico*, cit., 470 ss.

<sup>41</sup> Per un attento esame della sentenza *Féret c. Belgio*, R. ALCÁCER GUIRAO, *Discurso del odio y discurso político*, cit., p. 5 ss. il quale sottolinea la differenza tra democrazia "militante" protetta dalla Corte di Strasburgo e democrazia spagnola. Per l'esistenza, nella protezione garantita dalla Convenzione europea, di un ordine pubblico ideale, C. CARUSO, *Ai confini dell'abuso del diritto*, cit., 351.

carica di distruttività e di aggressività forse superiore a molte parole<sup>42</sup>. Eppure, anche a ciò considerare, pare eccessiva la ricostruzione operata dal Tribunale costituzionale che non solo non ha ritenuto legittima forma di espressione e di critica il bruciare l'effigie dei Sovrani senza che si fosse pronunciata la minima parola e a volto coperto, ma la ha considerata incitamento alla violenza e all'odio (anche se nessuna violenza ne è di fatto scaturita<sup>43</sup>).

Tanto il *voto* dissenziente di A. Asua Batarrita, che quello di J.A. Xiol Ríos, hanno invece valutato l'atto come una forma pur provocatoria, negativa e discutibile di opposizione politica, ma che avrebbe ben potuto essere considerata come esercizio delle libertà di espressione e ideologica, posizioni giuridiche soggettive che il Tribunale costituzionale ha solo formalmente considerato come autonome, finendo, però, in sostanza, per ritenere la seconda sostanzialmente assorbita nella prima<sup>44</sup>.

Va ricordato, infatti, che i due ricorrenti, che pur avevano agito a volto coperto facendo poi perdere le loro tracce tra la folla, avevano in realtà partecipato ad una riunione pacifica, non trasformatasi in violenta anche dopo la conclusione dell'atto, ritenuto dai giudici penali, delittuoso. Si trattava, come già si è sottolineato, di una manifestazione indipendentista e anti-monarchica nella quale, almeno uno degli striscioni recati in corteo, ricordava la presunta oppressione della Catalogna da parte dei Borboni a far tempo dalla guerra di successione spagnola. La sostituzione della casa regnante degli Asburgo con quella dei Borboni aveva infatti scatenato la lotta della Catalogna contro un Sovrano di origine francese, che si sarebbe conclusa nel 1714 con una sconfitta

---

<sup>42</sup> In tal senso, ritenendo che non di *discurso del odio* si tratti, ma certo di una forma di manifestazione del proprio orientamento ideologico che manifesti odio non soltanto nei confronti del Sovrano, ma della Spagna, di cui questi è simbolo, e tale da violare l'ordine pubblico costituzionale posto alla base del sistema democratico, G. ROLLNERT LIERN, *Las llamas del odio: la quema del símbolo y las incongruencias del Tribunal Constitucional*, in [www.academia.edu/14751198/Las\\_llamas\\_del\\_odio\\_](http://www.academia.edu/14751198/Las_llamas_del_odio_), 3 ss.. Questo Autore ritiene che, in questo caso, la libertà ideologica ed il suo limite (l'ordine pubblico) avrebbero dovuto essere specialmente considerati dal Tribunale costituzionale.

<sup>43</sup> Rileva tale contraddizione nella motivazione della decisione, ben evidenziata dalle opinioni dissenzienti, G. ROLLNERT LIERN, *Las llamas del odio*, cit., 5.

<sup>44</sup> In tal senso si è espresso il significativo *voto* dissenziente di E. Roca Trías, la quale ha sostenuto che l'*amparo* avrebbe dovuto essere accolto, considerando l'atto compiuto come estrinsecazione della libertà ideologica (e non della pressoché sola libertà di espressione). L'atto avrebbe potuto rientrare nella libertà costituzionalmente garantita, se si fosse utilizzato un *test* di giudizio simile al *clear and present danger*, ben noto alla giurisprudenza statunitense. La dissenziente ha inoltre sottolineato che esistono limiti diversi, secondo le indicazioni costituzionali, alle due libertà. Infatti quella di espressione è soggetta, come si è già ricordato, a limiti più stringenti ed, in particolare, ai sensi dell'art. 20.1.4 Cost., è limitata dai diritti del Titolo I e dalle previsioni delle leggi che li sviluppano, dal diritto all'onore, all'intimità, all'immagine, e dalla protezione della gioventù e dell'infanzia. La libertà ideologica, ai sensi dell'art. 16.1 Cost., è invece garantita «senza altre limitazioni nel suo esercizio che quelle necessarie per il mantenimento dell'ordine pubblico tutelato dalla legge». La centralità della libertà ideologica era stata ben individuata da una risalente sentenza del Tribunale costituzionale, la n. 20 del 1990 (che è infatti ricordata dal *voto* in esame), nella motivazione della quale si era anche affermato che ciò che sia in contrasto con i valori e i beni consacrati nella Costituzione e, più in generale, nell'ordinamento giuridico, deve essere ammesso, «esclusa sempre la violenza usata per imporre i propri orientamenti».

e che avrebbe visto svilupparsi una centralizzazione dello Stato spagnolo in sfavore della Catalogna, che pur conservava, però, il proprio diritto civile<sup>45</sup>.

Insomma, in uno degli striscioni che aveva animato la manifestazione di Gerona c'era "l'immaginario collettivo" dei Catalani ed il richiamo potente al loro passato. Proprio la storia che, come la dottrina spagnola ha ben evidenziato, è per i nazionalismi una fonte di *legitimidad política*<sup>46</sup>, è stata uno degli elementi ispiratori, insieme alla diversità linguistica e culturale e alle più recenti rivendicazioni di natura economica, dell'anelito ad una maggiore autonomia e, da ultimo, ad un'autentica indipendenza dallo Stato spagnolo. Un desiderio sempre più radicalizzatosi in terra catalana, specie a far tempo dall'entrata in vigore del nuovo Statuto della Comunità autonoma nel 2006 e della sentenza n. 31 del 2010 con la quale il Tribunale costituzionale ha dichiarato legittime, con una decisione interpretativa, molte delle disposizioni dell'atto normativo approvato, prima, dalla assemblea legislativa della Comunità, poi, dalle *Cortes* e, infine, in *referendum* dai cittadini catalani, sostanzialmente, però, riscrivendole (e alimentando così, in modo sempre più veemente, la rivendicazione indipendentista)<sup>47</sup>. Da allora, come è ben noto, si è realizzata una autentica *escalation* della contrapposizione tra Catalogna e nazione spagnola, contrassegnata dalla richiesta di nuove forme di finanziamento e, più di recente, di un *referendum* che potesse far decidere sul suo futuro la Comunità autonoma catalana e a cui il Governo spagnolo ha risposto sempre in modo negativo. Nel confuso e complesso momento politico che la Catalogna ha vissuto negli ultimi quattro anni si sono succedute due diverse elezioni anticipate e l'emanazione di risoluzioni del Parlamento regionale che proclamavano la sovranità del popolo catalano o che addirittura individuavano il percorso verso una "disconnessione" dallo Stato, l'indipendenza e la futura formazione di una Repubblica catalana (risoluzioni tutte impugnate dal Governo spagnolo e dichiarate illegittime costituzionalmente dal Tribunale costituzionale)<sup>48</sup>. Né sembra che dopo la

<sup>45</sup> In tema, F. GARCIA DE CORTÁZAR, J. M. GONZÁLEZ VESGA, *Storia della Spagna, dalle origini al ritorno della democrazia*, Milano, Bompiani, 1996, p. 268.

<sup>46</sup> Per tale ricostruzione, R.L. BLANCO VALDÉS, *Nacionalidades históricas y regiones sin historia. A propósito de la obsesión ruritana*, Madrid, Alianza, 2005, p. 124 s., il quale ricorda che l'*incipit* di una delle prime opere sul catalanismo politico, quella di Enric Prat de la Riba, *La nacionalitat catalana*, pubblicata nel 1906, esamina proprio la situazione della Catalogna agli inizi del XVIII secolo.

<sup>47</sup> Su tale decisione, si cfr. i saggi contenuti in *Especial sentència sobre l'Estatut*, in *Revista catalana de dret públic*, disponibile in [www.10gencat.cat/eapc\\_revistadret](http://www.10gencat.cat/eapc_revistadret) e, nella dottrina italiana, *Forum: Statuto catalano e giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. I, 2011, 3 ss.

<sup>48</sup> Basti pensare, tra le più significative, alla sent. n. 42 del 2014 riguardante la risoluzione 5/X con la quale il Parlamento catalano ha approvato, il 23.1.2013, la "Dichiarazione sulla sovranità e sul diritto a decidere del popolo della Catalogna" (decisione che ha dichiarato incostituzionale l'affermazione della sovranità del popolo catalano, pur ammettendo, sotto il profilo politico, il *derecho a decidir* del corpo elettorale) e alla sent. n. 259 del 2015 che ha ritenuto incostituzionale la risoluzione del Parlamento catalano 1/XI, deliberata il 9.11.2015, che dichiarava la "disconnessione" della Catalogna dalla Spagna e l'inizio del percorso verso la formazione di una Repubblica indipendente. Esistono, inoltre, significativi *autos* emessi dal Tribunale costituzionale per risolvere *incidentes de ejecución* relativi alla applicazione della sent. n. 259 del 2015 ed originati dalla approvazione, da parte del Parlamento catalano, nel corso del 2016, di una serie di risoluzioni illegittime che disattendono la giurisprudenza costituzionale,

formazione, nel gennaio 2016, di un nuovo Governo, i poteri pubblici della Comunità autonoma intendano recedere dal convocare forme di *referendum* non ritenute ammissibili dal Tribunale costituzionale.

Se questa è storia recentissima, non stupisce, però, che una manifestazione assai più risalente nel tempo, perché indetta il 13 settembre 2007, subito dopo la festa catalana dell'11 settembre, la *Diada*, che appunto ricorda la sconfitta della Catalogna contro i Borboni, cui, quantomeno negli ultimi anni, si ricollegano impulsi indipendentisti, si sia realizzata nei modi pur lugubri che si sono ricordati.

Né stupisce che il Tribunale costituzionale, giudicando in un momento storico di gran lunga successivo rispetto allo svolgimento del fatto ed in cui, come si è detto, la radicalizzazione del contrasto tra la Comunità autonoma catalana e la Spagna si è fatta particolarmente profonda, abbia ritenuto che un atto come quello che ha dato luogo all'*amparo*, non potesse rientrare nella legittima manifestazione del pensiero e dell'ideologia. È parso all'organo di controllo, chiamato più volte di recente a difendere l'unità dello Stato e i meccanismi ordinari utilizzabili per la revisione della sua Costituzione, che l'atto manifestasse odio e che, dunque, dovesse essere limitato per la necessità non solo di proteggere la Corona, ma implicitamente l'idea cui questa è strettamente collegata, l'unità indissolubile della nazione spagnola. Eppure, non a torto, alcuni giudici costituzionali, nelle loro opinioni dissenzienti, hanno espresso il timore per la riduzione della libertà del pensiero che la decisione in esame avrebbe in concreto realizzato, nonostante le modalità con le quali tale libertà si era manifestata. Gli stessi giudici hanno ritenuto inoltre eccessivo che si potesse ritenere l'atto compiuto come alludente ad un'autentica eliminazione di tipo fisico di chi si opponesse all'ideologia dei ricorrenti.

## 6. *Le opinioni dissenzienti alla decisione*

Come si è ora accennato, le opinioni dissenzienti alla decisione sono paradigmatiche della problematicità della ricostruzione operata dalla maggioranza del Tribunale. Queste hanno infatti

---

creando una apposita commissione di studio per il processo costituente (risol. 5/XI, su cui *auto* 141/2016), ratificando le conclusioni dell'attività di tale commissione (risol. 263/XI, su cui *auto* 170/2016), individuando orientamenti politici favorevoli all'autodeterminazione e alla celebrazione del *referendum* (risol. 306/XI, su cui *auto* del 14.2. 2017). Per un esame della complessa situazione che la Catalogna sta vivendo e delle principali decisioni del Tribunale costituzionale a riguardo, J.M. CASTELLÀ ANDREU, *Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 37, 2016, 567 ss. e, nella dottrina italiana, G. FERRAIUOLO, *La via catalana. Vicende dello Stato plurinazionale spagnolo*, in *Federalismi*, n. 18, 2013, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). e, più di recente, M. IACOMETTI, *La Catalogna e il suo difficile percorso verso l'indipendenza*, in C. MARTINELLI (cur.), *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, Torino, Giappichelli, 2016, 243 ss.; L. FROSINA, *Il governo "minoritario" di Mariano Rajoy e le complesse sfide della XII legislatura*, in *Nomos, Le attualità nel diritto*, n. 3, 2016, [www.nomos-leattualitàneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitàneldiritto.it).

sottolineato la centralità della libertà di espressione per l'ordinamento democratico ed il fatto che quest'ultima dovrebbe mancare praticamente di limiti quando si colleghi all'esternazione di opinioni di natura politica. In particolare, il *voto* di A. Asua Batarrita ha sottolineato che certo esistono limitazioni connesse a profili di sicurezza pubblica che inibiscono nel discorso politico l'incitamento alla violenza o l'uso di espressioni che evocano un rischio imminente per la sicurezza di persone o di cose o che realizzino il *discorso del odio*, e cioè l'incitamento alla discriminazione e all'esclusione o, addirittura, all'eliminazione di gruppi di persone per le loro caratteristiche etnico-culturali, religiose, di origine nazionale, sesso, orientamento sessuale o analoghi fattori di vulnerabilità. Riecheggiano, in questa ricostruzione, le parole del *Great Dissenter* Holmes in *Abrams v. U.S.*<sup>49</sup>, sui restrittivi limiti alla libertà di espressione, che sono infatti esplicitamente richiamati dal *voto*. Né manca, nell'argomentazione di Asua Batarrita, la citazione di un detto famoso dello stesso giudice statunitense, espresso proprio in favore della libertà di espressione: la necessità di vigilare contro i tentativi di impedire che si esprima ciò che pur si aborrisce.

Ma, per tornare alla fattispecie in esame, non pare dubbio, come infatti ha sottolineato il *voto* dissenziente, che mancasse pericolo imminente di scatenare qualche violenza. Quanto, in particolare, all'uso dell'argomento del *discorso del odio*, questo è definito addirittura nel *voto*, come un «ejercicio errático»<sup>50</sup>, volto alla «ricerca di una copertura giuridica che si ritiene impossibile, cercando di giustificare in ogni modo il rigetto dell'*amparo*», perché non è possibile il considerare uguali forme, anche se simboliche di espressione, contrarie all'istituto monarchico, o l'insulto ad una istituzione di elevato rilievo pubblico e le affermazioni, volte alla discriminazione o all'esclusione sociale di gruppi vulnerabili.

---

<sup>49</sup> Come è noto, si tratta della storica sentenza *Abrams v. U.S.*, 250 U.S. 616 (1919) nella quale la maggioranza della Corte adottò il «clear and present danger test» ascrivibile al giudice Holmes il quale presentò alla decisione un famoso *dissenting* (cui aderì anche il giudice Brandeis), nel quale si orientava per ancor più ridotti limiti alla libertà di espressione. Si trattava di un nuovo standard legato all'imminenza del pericolo, destinato ad ottenere significative applicazioni da parte della *Supreme Court* statunitense a far tempo dal già ricordato caso *Brandenburg v. Ohio* 395.U.S. 444 (1969). Per una ricostruzione delle diverse motivazioni dei due giudici con riguardo al ricordato *test*, e un esame delle decisioni anche precedenti in cui la Corte suprema aveva evocato il *clear and present danger*, G. BOGNETTI, *La libertà di espressione nella giurisprudenza nordamericana. Contributo allo studio sui processi dell'interpretazione giuridica*, Milano, Cisalpino, 1958, 14 ss. Sul *dissent* di Holmes in *Abrams*, S.J. HEYMAN, *Hate speech and the theory of free expression*, in *Hate speech and the Constitution*, Vol. I, New York-London, Garland Publishing, 1996, LIX ss. Per un esame ancor più risalente alla giurisprudenza statunitense in tema di libertà di espressione, J. WEINSTEIN, *The Story of Masses Publishing Co. v. Patten: Judge Learned Hand, First Amendment Prophet*, in R. W. GARNETT, A. KOPPELMAN (eds.), *First Amendment Stories*, New York, Foundation Press, Thomson Reuters, 2012, 61 ss. Per una utile ricostruzione delle differenze tra il sistema europeo e quello americano in tema di *hate speech*, nella dottrina spagnola, R. ALCÁ CER GUIRAO, *Victimas y disidentes. El «discorso del odio» en E.E. U.U. y Europa*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 103, 2015, 45 ss.

<sup>50</sup> Il *voto* di A. Asua Batarrita sottolinea, inoltre, che non solo la ricostruzione del Tribunale sarebbe priva di qualunque base fattuale, ma sarebbe addirittura tale da «sfigurare» il concetto di *discorso del odio* e da «distorcere pericolosamente la sua portata».

Ma è, in particolare, il *voto* di J.A. Xiol Ríos a criticare la decisione dal Tribunale costituzionale, ricostruendo l'orientamento interpretativo sia della giurisprudenza costituzionale che della Corte di Strasburgo. Il giudice dissenziente ha infatti manifestato il suo rammarico per una più generale tendenza restrittiva del *Tribunal Constitucional* con riguardo ad aspetti diversi della libertà di espressione che lo stesso giudice continua a contrastare attraverso le sue opinioni dissenzienti<sup>51</sup>.

A suo parere, proprio nel caso in esame, la giurisprudenza costituzionale spagnola sarebbe in assoluta contro-tendenza rispetto a standard internazionali in tema di manifestazione della libertà di espressione, evidenti in sentenze recenti della Corte di Strasburgo e in più risalenti e note decisioni della *Supreme Court* statunitense. Secondo tali criteri il bruciare fotografie è forma pienamente ammissibile di manifestazione di dissenso e di opposizione e, dunque, non solo non è possibile considerarla come *discorso del odio*, ma fare riferimento a quest'ultima nozione in tali casi, ne costituirebbe, addirittura, una forma di «banalizzazione».

Il giudice dissenziente ha ricordato, quanto alle decisioni della Corte di Strasburgo, sentenze nelle quali si erano giudicate come forme legittime di manifestazione del pensiero, anche se di tipo non verbale e simbolico, l'imbrattare con pittura statue di uno statista la cui memoria veniva garantita da una severa legislazione<sup>52</sup> o il bruciare bandiere nazionali ed effigi di personaggi pubblici<sup>53</sup>.

Quanto, invece, all'interpretazione, a riguardo, della Corte suprema statunitense, Xiol Ríos ha ricordato alcuni significativi *rulings* di quest'ultima nei quali si era considerata come garantita dal I emendamento della Costituzione la distruzione con il fuoco della bandiera nazionale e si era dichiarata l'illegittimità della legislazione che sanzionava tale atto<sup>54</sup>.

Infine, a parere del giudice dissenziente, la decisione del Tribunale costituzionale sarebbe incorsa in un'altra banalizzazione: quella della pena di morte, dovuta al ritenere che con l'atto di dar

<sup>51</sup> Si tratta dei *votos* alle sentt. nn. 176 del 2013, 19 del 2014, 73 del 2014, 18 del 2015, 65 del 2015.

<sup>52</sup> Si tratta della sentenza *Murat Vural c. Turchia* del 21.10.2014 che si riferiva ad un caso nel quale il ricorrente aveva più volte usato di questa forma di espressione simbolica, nei confronti delle statue di Kemal Atatürk, il fondatore della Repubblica turca, per manifestare sia contro l'ideologia kemalista che contro la decisione del Ministero per l'Istruzione di non assumerlo come insegnante. La Corte aveva ritenuto legittimo il comportamento del ricorrente considerando l'estrema severità della punizione comminata (ben tredici anni di detenzione ed undici anni di sospensione del diritto di voto).

<sup>53</sup> Si tratta della sentenza *Christian Democratic People's Party c. Moldova (n.2)* del 2.2.2010 nella quale la Corte di Strasburgo aveva invece affermato il contrasto con la libertà di riunione e di espressione, del divieto di una manifestazione programmata da una compagine partitica all'opposizione perché in passato questa, protestando contro la presenza di truppe russe nel territorio moldavo, aveva bruciato l'effigie del Presidente Putin e la bandiera russa. Anche se la manifestazione era stata indetta con distribuzione di volantini nei quali erano iscritti slogan contrari al regime russo e persino se la riunione si fosse realizzata bruciando di nuovo l'effigie del Presidente Putin, le libertà fondamentali non potevano essere vietate, poiché esprimevano un orientamento partitico collegato ad una questione di rilevante interesse pubblico.

<sup>54</sup> Si tratta, rispettivamente, dei casi *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), *U.S. v. Eichmann*, 496 U.S. 310 (1990) (*ruling*, quest'ultimo, con il quale si dichiarava illegittimo il *Flag Protection Act* approvato per cancellare la precedente decisione della Corte suprema). In tema, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., 91.

fuoco all'effigie si intendesse evocare la messa a morte dei regnanti. Il fatto, poi, che la manifestazione incriminata riguardasse in realtà non la persona fisica del Sovrano<sup>55</sup>, ma piuttosto l'istituzione monarchica, avrebbe dovuto far ritenere che la manifestazione del pensiero, espressa nella forma simbolica del bruciare la fotografia, afferisse al discorso politico e, dunque, dovesse essere degna di particolare tutela<sup>56</sup>.

### **7. La sent. n. 112 del 2016**

Che però la giurisprudenza costituzionale spagnola recente prosegua verso una linea di progressiva limitazione della libertà di espressione, pur comprensibile a fronte di stringenti preoccupazioni per la sicurezza pubblica, è reso evidente anche da una più recente decisione, la n. 112 del 20 giugno 2016. Anche a questa sentenza, emessa dalla *Sala Primera*, è stato presentato, questa volta dal solo Xiol Ríos, un *voto* dissenziente.

La pronuncia appartiene allo stesso filone giurisprudenziale della precedente sent. n. 177 del 2015, in materia di libertà di manifestazione del pensiero ed, anzi, si richiama espressamente a questa, oltre che ad altre ed, *in primis*, alla n. 235 del 2007. Nella motivazione, infatti, prima di risolvere il caso portato alla sua cognizione, il Tribunale, rigettando l'*amparo*, ha ricordato l'*acquis* della sent. n. 177 del 2015 in tema di caratteristiche che rendono preminente la libertà di espressione, ma anche di limiti a tale libertà. L'organo di controllo ha anche evocato la necessità e proporzionalità della repressione penale di atti che non possano essere ascritti al diritto fondamentale, allo scopo di non comprimere in modo eccessivo la manifestazione del pensiero (in sostanza dissuadendo, così, dall'esercitarla, in base al cosiddetto *efecto desaliento*).

Il richiamo era assolutamente pertinente se si considera che la decisione si proponeva di risolvere un *recurso de amparo* presentato da un detenuto per il delitto di esaltazione del terrorismo, punito dall'art. 578 del cod. penale. Nella fattispecie, il ricorrente era stato così sanzionato per avere pronunciato in un luogo pubblico un discorso commemorativo di un militante dell'ETA, perito trenta anni prima in terra francese nel corso di un attentato terroristico. Pur non avendo particolari legami di conoscenza o di amicizia nei confronti dell'*etarra* defunto tanti anni prima, il ricorrente, ben noto esponente dell'indipendentismo basco, aveva accettato di partecipare alla commemorazione, pubblicizzata attraverso locandine nelle quali era trascritto un brano di cui era autore il militante defunto e nel quale si affermava che la lotta armata, pur dura, era

<sup>55</sup> Il giudice dissenziente ha inoltre sottolineato come la giurisprudenza della Corte europea dei diritti si sia espressa in genere contro una protezione privilegiata dei Capi di Stato, citando i casi *Colombano e altri c. Francia*, del 25.6.2002, *Antun e Güvener c. Turchia*, del 26.6.2007, *Gutiérrez Suárez c. Spagna*, del 1.6.2010, *Eon c. Francia*, del 13.3.2013, *Couderc e Hachette Filipacchi Associati c. Francia*, del 12.6.2014. Da queste decisioni si deduce come la libertà di espressione, specie della stampa, ma anche dei soggetti privati, pur non esente da significativi limiti, abbia margini molto ampi quando riguardi personaggi pubblici e questioni di pubblico interesse.

<sup>56</sup> Il *voto* ha inoltre ritenuto la sentenza viziata sotto il profilo della tipologia della sanzione irrogata, considerata, invece, dalla maggioranza, come necessaria e proporzionata al fatto compiuto.

«imprescindibile per avanzare». Il discorso aveva costituito il momento centrale dell'evento, il quale, svoltosi tra danze di spade, genuflessione alla *ikurrina* (la bandiera del *País Vasco*), proiezione di fotografie di membri dell'ETA, si era concluso con un omaggio floreale. Nel suo discorso il ricorrente aveva chiesto di riflettere «sul cammino più idoneo...che faccia più danno allo Stato e che conduca questo popolo a un nuovo scenario di democrazia».

Anche in questo caso il Tribunale costituzionale ha fatto riferimento al già ricordato caso *Féret c. Belgio*, deciso dalla Corte di Strasburgo, ed ha sottolineato che l'istigazione all'odio non richiede necessariamente l'incitamento a commettere un atto violento, bastando semplicemente che l'atto elevi il rischio che si realizzi la violenza<sup>57</sup>. Un rischio evidente, secondo il Tribunale costituzionale nel caso in esame, dato il contesto specifico nel quale l'omaggio ad un militante del gruppo terroristico si era realizzato, il *País Vasco*, tradizionale *caldo de cultivo* per azioni drammaticamente violente. Lo scatenarsi della violenza terrorista sarebbe stato, infatti, ancor più pericoloso e probabile per l'ordinamento spagnolo, rispetto alla negazione o giustificazione del genocidio, oggetto della sent. n. 235 del 2007.

È evidente la similitudine tra il caso giudicato dalla sent. n. 177 del 2015 e quello valutato dalla n. 112 del 2016, anche se in quest'ultima ipotesi il rischio di violenza pare ben più probabile di quanto non potesse essere quello evocato dall'atto di distruggere con il fuoco la fotografia dei Sovrani in una Catalogna ormai almeno desiderosa di addivenire all'indipendenza di quanto siano stati, tradizionalmente, i Paesi Baschi, ma certo non adusa, come questi, ad azioni di terrorismo.

Ben si comprende, però, la posizione preoccupata espressa nel *voto* dissenziente alla decisione da J.A. Xiol Ríos ed il suo profondo imbarazzo nel presentare tale *dissenting*. Se la sua preoccupazione riguarda, infatti, il timore per la più volte sottolineata, progressiva, limitazione della libertà di espressione che sarebbe realizzata dalla giurisprudenza costituzionale, l'imbarazzo evidente del giudice, si collega, invece, al manifestare il proprio dissenso in relazione a «condotte così sensibili socialmente» come sono, in questa particolare fattispecie, l'esaltazione di un componente della banda che ha seminato per decenni il terrore in terra di Spagna. Ma ciononostante, il giudice ha ribadito che la libertà di espressione (insieme a quella di informazione) va protetta non solo perché è legata alla democrazia dell'ordinamento, ma anche perché è «uno dei migliori indicatori della sua qualità», iniziando questa a deteriorarsi proprio con la restrizione del diritto fondamentale. Ed ha cercato di dimostrare come, nella fattispecie in esame, il controllo del Tribunale costituzionale, che pur poteva essere considerato un «progresso» nell'interpretazione del delitto di esaltazione al terrorismo<sup>58</sup>, avrebbe dovuto approfondire aspetti che avrebbero meglio

---

<sup>57</sup> Il Tribunale costituzionale ha inoltre affermato (con richiamo anche in questo caso alla sent. n. 177 del 2015) che con la sua attività di controllo dovrebbe valutare «se i fatti siano espressione di un'opzione politica legittima, che possa stimolare il dibattito volto a trasformare il sistema politico o se, al contrario, non si propongano di sviluppare un riflesso emozionale di ostilità, incitando e promuovendo l'odio e l'intolleranza, incompatibile con il sistema di valori della democrazia».

<sup>58</sup> Va ricordato, anzi, che la speciale rilevanza costituzionale che dopo l'entrata in vigore della l. organica n. 6 del 2007 consente al Tribunale costituzionale di giudicare del *recurso de amparo* era collegata proprio al fatto che in

consentito di valutare la necessità e la proporzionalità della repressione penale, considerando che la sanzione comminata era pari ad un anno di detenzione. Il ricorrente, che non era uomo politico al momento dei fatti, era stato, però, consigliere del Comune di Bilbao e, poi, deputato al Parlamento basco. Da tempo si era convertito alla lotta democratica e aveva pronunciato il suo discorso, pur nel quadro di una coreografia di cui non era direttamente responsabile, di fronte a non più di una cinquantina di persone senza che i *media* avessero diffuso se non l'inizio e la fine della sua allocuzione. In sostanza, il giudice dissenziente riteneva che il discorso non potesse ritenersi come una forma di esaltazione del terrorismo, ma piuttosto un invito ad utilizzare strumenti democratici, senza alcun incitamento diretto alla violenza.

Nella giurisprudenza costituzionale più recente le due diverse anime che già in passato si sono confrontate proprio con riguardo al *discorso del odio*, con la paradigmatica sent. n. 235 del 2007, quella più desiderosa di tutelare la sicurezza dell'ordinamento, invocando una lettura "all'europea" e non "all'americana"<sup>59</sup>, per così dire, della libertà di espressione e che ammoniva a non fare della democrazia non protetta spagnola una democrazia ingenua e quella più garantista che invece aveva animato quella decisione permangono, solo che non c'è dubbio che si sia progressivamente ristretto il margine della libertà di espressione.

Forse, questo, è davvero il tempo nel quale essendo «ormai alle spalle» quella che è stata definita la «stagione di fioritura della libertà di pensiero»<sup>60</sup>, se ne deve ammettere una significativa compressione, dovuta alla necessità di proteggere l'ordinamento giuridico. Qualche interessante orientamento viene, però, dalle ricostruzioni più aperte alla tutela della libertà di espressione, disseminate in alcune delle opinioni dissenzianti alle decisioni qui esaminate. Specie i *votos* di Xiol Ríos alle sentenze n. 177 del 2015 e n. 112 del 2016 (ed in particolare quello a quest'ultima decisione) danno a riguardo utili chiavi di lettura. Si deve infatti accettare di ridurre la libertà di espressione, ma senza evocare, non sempre a proposito, *discursos del odio*; si deve valutare con particolare attenzione (utilizzando a riguardo alcuni orientamenti interpretativi della Corte di Strasburgo) chi siano i soggetti che si esprimono; quali siano le modalità, le forme e gli strumenti più o meno pubblici o diffusivi della manifestazione del pensiero ed, infine, quali siano state le più o meno dirette conseguenze di tali esternazioni<sup>61</sup>. Insomma, solo un elevato affinamento del *test* di

---

precedenza l'organo di controllo non aveva avuto occasione di occuparsi della relazione tra delitto di esaltazione del terrorismo e libertà di espressione.

<sup>59</sup> Anche se non manca nella giurisprudenza statunitense qualche notevole inversione di tendenza come ricorda M. MANETTI, *Una stagione di fioritura della libertà di pensiero è ormai alle spalle*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, 2.

<sup>60</sup> Questo è appunto il suggestivo titolo del saggio di M. MANETTI, ricordato *supra*, la quale sottolinea che non è ormai più uno stato di emergenza quello che si estrinseca nella riduzione della libertà di espressione, ma una autentica stabilizzazione del medesimo sia in Europa sia in America.

<sup>61</sup> Orientamenti che il giudice Xiol Ríos ha indicato attraverso la citazione di una numerosa serie di decisioni che riguardano tutti gli aspetti ricordati: dallo *status* di chi si esprime, sia questi un uomo politico, piuttosto che un detenuto; alla forma, legata alla partecipazione ad una commemorazione o ad altro atto pubblico; al mezzo usato per la manifestazione del pensiero, che può essere più o meno "diffusivo" a seconda che si tratti di un libro, di un comunicato, di una dichiarazione ai *mass media* o resa di fronte a un numero più o meno ridotto di persone; alla coincidenza nel

controllo può garantire che la sicurezza pubblica sia protetta, ma che anche la libertà di espressione del dissenso possa continuare a sopravvivere.

---

tempo tra espressione e atti violenti; all'analisi delle effettive affermazioni, in particolare nel caso in cui queste siano ammantate di calcolata ambiguità e non si realizzino con l'incitamento diretto. Dunque, anche se la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è ricca di importanti indicazioni, non va però dimenticato che, come la dottrina ha spesso sottolineato, essa è però casistica e non consente di dedurre orientamenti assolutamente univoci. In tema, ad esempio, C. CARUSO, *Il "Political Speech" nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo: il caso Eon c. France*, in [www.diritticomparati.it/2013/04](http://www.diritticomparati.it/2013/04).