

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 9 - dicembre 2013

ARGOMENTAZIONI COSTITUZIONALI
CONTRO LA GIURIDIFICAZIONE
DELLA RICERCA STORICA

Irene Spigno

ARGOMENTAZIONI COSTITUZIONALI CONTRO LA GIURIDIFICAZIONE DELLA RICERCA STORICA

Irene Spigno

Assegnista di Ricerca in Diritto Pubblico nell'Università di Siena

Attraverso l'analisi delle argomentazioni costituzionali sviluppate dal Tribunal Constitucional spagnolo e dal Conseil Constitutionnel francese, il presente lavoro si interroga sui rischi legati alla consacrazione in strumenti giuridici – tanto atti normativi quanto sentenze – di una materia quale la ricerca storica, per definizione illimitata ed in continua evoluzione.

Throughout the analysis of the constitutional arguments developed by the Spanish Tribunal Constitucional and the French Conseil Constitutionnel, this article focuses on the dangers related to the consecration in legal instruments – legislative acts as well as judicial decisions – of the historical research, fundamentally unlimited and in continuous evolution.

Sommario:

1. Quando diritto e storia si incontrano
2. La “legiferazione della storia”: un *focus* sull'esperienza francese
3. L'elaborazione giudiziale del metodo storico corretto
4. Le argomentazioni costituzionali a difesa della libertà di ricerca storica
5. Come ricordare senza “giudicare”?

1. Quando diritto e storia si incontrano

Seppur discipline ontologicamente diverse, la storia ha sempre permeato il diritto, costituendone – seppur con differenti sfumature – parte integrante¹. Se è vero che i giuristi hanno sempre mostrato una particolare propensione alla nascita e allo sviluppo nel tempo delle norme giuridiche – attitudine questa ben espressa nella frase «*law is frozen history*»² –, è altrettanto vero che, a partire dalla fine della seconda guerra mondiale ed in particolare con i processi di Norimberga e Tokyo, per la prima volta la storia è stata condotta al di fuori dei confini di una conferenza internazionale per essere sottoposta alla dialettica processuale tra accusa e difesa. Da questo momento si è intensificato un fenomeno in realtà già presente nel passato³ (come si vedrà in modo più approfondito nel paragrafo successivo), che assiste, da un lato, alla produzione normativa di atti il cui contenuto oscilla tra il simbolico e il commemorativo (le cd. *lois memoriales*⁴) e, dall'altro,

¹ Cfr. RESTA-ZENO-ZENCOVICH, *La storia "giuridificata"*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, 11. Si vedano inoltre GINZBURG, *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Milano, 2006, 16 ss., il quale si focalizza sui legami "genetici" tra le due discipline, e i diversi contributi in *Storia, verità, diritto*, in *Contemporanea*, 2009, 1, 105-155.

² Cfr. FRIEDERICH, *Law and History*, in *Vanderbilt L. Rev.*, vol. 14, 1961, 1027. La relazione tra le due discipline è talmente stretta da giustificare un autonomo insegnamento nelle facoltà giuridiche, quello di storia del diritto.

³ A tale proposito è stato segnalato un vero e proprio cambio di paradigma in quanto prima dei processi di Tokyo e Norimberga prevaleva un'attitudine di deferente rispetto ai confronti degli avvenimenti storici alla quale si accompagnava una tutela piuttosto debole dei beni della personalità come la riservatezza e l'identità. Ha fatto quindi seguito una notevole crescita di importanza dell'uso pubblico della storia e di conseguenza si è preteso un innalzamento della soglia della diligenza professionale richiesta allo storico. A tale proposito si vedano RESTA-ZENO ZENCOVICH, *La storia "giuridificata"*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., 23 e LE CROM, *Juger l'histoire*, in *Droit et société*, 1998, 37.

⁴ Volendo tentare un approccio classificatorio, le normative antinegazioniste rientrano nella categoria delle cd. "leggi sulla memoria", *genus* ampio all'interno del quale è possibile individuare diverse *species*, tra le quali le leggi sulla memoria storica. Tali normative, analogamente a quelle che puniscono il negazionismo, pongono l'interprete davanti a diversi interrogativi ricollegati specialmente al particolare rapporto tra diritto e storia. Per quanto concerne la questione delle *lois memoriales* si rinvia ai diversi contributi in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit.

alla formazione giudiziale di una memoria storica (come nei processi contro i negazionisti)⁵.

Si è così cominciato a parlare di una tendenza alla “giuridificazione della storia”⁶, espressione questa che anche se in realtà riassume situazioni e problematiche variegata e differenti, in questo lavoro sarà intesa come la regolamentazione formale in strumenti giuridici di una materia – la storia – precedentemente disciplinata solo da convenzioni sociali⁷.

Occorre a questo punto fare un’ulteriore precisazione preliminare per quanto riguarda il concetto stesso di “storia”. In particolare, due sono le accezioni con le quali questo termine può essere inteso⁸: la prima è quella secondo la quale la storia è un “insieme di eventi del passato”. È il diritto che stabilisce in uno strumento giuridico cosa è successo: così, nascondendosi dietro alla necessità di disciplinare giuridicamente il rapporto di una comunità politica con il proprio passato, le istituzioni politiche – sia a livello nazionale, che sovranazionale⁹ e internazionale¹⁰ – cristallizzano in atti normativi

⁵ A tale proposito si rinvia a MELLONI, *Per una storia della tribunalizzazione della storia*, in MARQUARD-MELLONI, *La storia che giudica, la storia che assolve*, Roma-Bari, 2008, 30 ss. e anche TUCCI, *La diffamazione dei partigiani: il caso Bentivegna*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., 352.

⁶ Con questa espressione si intende la volizione normativa che intende dare un sigillo di realtà giuridica a determinati accadimenti storici, validandone i loro contenuti, che vengono così descritti e celebrati pubblicamente. In questo senso, cfr. D’ORAZIO *La memoria doverosa. L’esperienza francese delle lois mémorielles*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., 414.

⁷ Si vedano RESTA-ZENO-ZENCOVICH, *La storia “giuridificata”*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., 12 e ALPA, *Diritto e giuridificazione*, in COSTANZA, *Oltre il diritto*, Padova, 1994, 177 ss.

⁸ Cfr. LE GOFF, *Histoire*, in ID., *Histoire et mémoire*, Paris, 1988, 180.

⁹ In questo senso si può segnalare l’atteggiamento assunto dall’Unione europea che ha incluso la negazione, l’apologia o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e di guerra tra le condotte che gli Stati membri si devono impegnare a contrastare con mezzi efficaci nella lotta contro qualunque forma di razzismo e di xenofobia. A tale fine, il Consiglio dell’Unione europea ha approvato la Decisione quadro 2008/9133/GAI. Si veda per un approfondimento SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova, 2009 (anche degli approcci sviluppati a livello comparato, in particolare per quanto riguarda la Germania). Si veda, inoltre, CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, 379.

determinati fatti storici, che assurgono al rango di “imperativi della memoria”, cioè verità storiche normativamente stabilite¹¹. Nella seconda accezione, invece, la storia deve intendersi come “storiografia”¹², metodo della ricerca storica che ha le proprie regole per quanto riguarda la ricostruzione e l’interpretazione dei fatti storici. Si tratta di due profili strettamente connessi, ma che richiedono comunque una distinzione sul piano teorico (pertanto ci si concentrerà prevalentemente su questa seconda accezione).

L’“uso pubblico della storia”¹³ solleva diverse problematiche sia di rilievo costituzionale, in particolare per quanto riguarda il contrasto tra diversi diritti fondamentali, ma anche con riferimento all’estrema attualità della questione sul piano politico e culturale. Difatti, il tema della storia quale strumento del discorso pubblico e politico coinvolge allo stesso tempo la questione della verità storica, della libertà d’espressione e dei suoi limiti, il ruolo dello Stato nell’educazione, la relazione esistente tra giustizia, morale e politica. Ma non solo. Tanto le *lois mémorielles*, quanto le normative antinegazionismo sono dirette

¹⁰ Si veda CARTA, *Historical Injustices: legittimazione passiva e forme della riparazione nel diritto internazionale ed europeo*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., 173-208.

¹¹ Per quanto riguarda il rapporto diritto-verità si vedano BIFULCO, “*Che cos’è la verità?*” *Il silenzio di Gesù, l’eloquenza del diritto e le soluzioni delle democrazie contemporanee in tema di negazionismo*, in RECCHIA LUCIANI- PATRUNO (a cura di), *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, Genova, 2013, 19-30, TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009 e HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino, 2000.

¹² La storiografia alla quale si fa riferimento in questo contesto riguarda in modo quasi esclusivo la storia contemporanea, da intendersi come un periodo di tempo che, anche se non è definibile con esattezza, interessa non più di un secolo. Tale limitazione si spiega in quanto le tematiche da essa affrontate – a differenza di quanto avviene in altri ambiti disciplinari – toccano nodi sensibili del processo di costruzione di identità e memorie collettive e della tutela di diritti fondamentali di individui e gruppi. Si vedano LAGROU, *Ou comment se constitue et se développe un nouveau champ disciplinaire*, in *La Revue pour l’Histoire du CNRS*, 2003, 1 e VIVANT, *L’historien saisi par le droit. Contribution à l’étude des droits de l’histoire*, Paris, 2007, 397-468.

¹³ Con questa espressione si vuole fare riferimento ad un’attività di divulgazione pubblica di date ricostruzioni o rappresentazioni del passato. Tale nozione è stata introdotta da HABERMAS, *L’uso pubblico della storia*, in RUSCONI (a cura di), *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l’identità tedesca*, Torino, 1987, 98 ss., con un particolare focus sul dibattito storiografico tedesco sul nazismo (*Historikerstreit*) e alla trasposizione della discussione sulle relative interpretazioni storiche.

a “*réparer l’histoire*”¹⁴: mirano quindi ad assicurare alle vittime il rispetto dovuto ai loro diritti violati dalle tragedie della storia¹⁵, da intendersi quindi come illeciti produttivi di obbligazioni di risarcimento, restituzione o riparazione dei diritti violati¹⁶.

Inoltre, tali normative risponderebbero all’esigenza di proteggere anche il diritto alla verità, strumento attraverso il quale restituire dignità alle vittime e costituire una memoria condivisa¹⁷. Il prezzo da

¹⁴ Cfr. GARAPON, *Peut-on réparer l’histoire? Colonisation, esclavage, Shoah*, Parigi, 2008, 9.

¹⁵ Si veda a tale proposito si veda FLORES, *Memoria collettiva e uso della storia*, in *Il Mulino*, 2005, 177 ss.

¹⁶ Su questo punto è stata sottolineata una profonda distinzione tra l’ approccio che potremmo definire europeo e quello invece statunitense. In Europa, infatti, la “giuridificazione” risulta essere più intensa sia perché coinvolge l’intera attività dello storico, ma anche per le tecniche adoperate (incluso il diritto penale). Al contrario, negli Stati Uniti, il quadro è più composito. Infatti, mentre le dinamiche dell’*adversarial legalism* fanno in modo che il livello di “giustiziabilità” delle ferite della storia sia piuttosto elevato (basti vedere tutti i casi di *Holocaust litigation*), il rispetto accordato dal I Emendamento della Costituzione USA alla libertà di espressione abbassa sensibilmente la possibilità di sindacare in via giudiziale le opinioni espresse nell’esercizio dell’attività di storico. Di conseguenza si abbassa anche il livello di tollerabilità costituzionale dei doveri di condotta e dei vincoli contenutistici preventivamente imposti dal legislatore attraverso leggi memoriali e norme penali anti-negazioniste. A tale proposito si vedano TEACHOUT, *Making “Holocaust Denial” a Crime: Reflections on European Anti-Negationist Laws from the Perspective of U.S. Constitutional Experience*, in *Vt. L. Rev.*, vol. 30, 2006, 655, KAHN, *Holocaust Denial and the Law. A Comparative Study*, New York, 2004, 121-135. Si vedano inoltre DU PLESSIS-PETÉ (a cura di), *Repairing the Past? International Perspectives on Reparations for Gross Human Rights Abuses*, Antwerpen-Oxford, 2007, OGLETREE, *Repairing the Past: New Efforts in the Reparations Debate in North America*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties L. Rev.*, vol. 38, 2003, 279 e POSNER, VERMEULE, *Reparations for Slavery and Other Historical Injustices*, in *Colum. L. Rev.*, vol. 103, 2003, 689.

¹⁷ Cfr. HÄBERLE, *Diritto e verità*, cit., il quale mette in evidenza come una tensione verso la verità sarebbe una spinta forte per le costituzioni e il costituzionalismo contemporaneo. Si veda inoltre BIFULCO “*Che cos’è la verità?*”, cit., 25 ss., secondo la quale anche se il punto di partenza era rappresentato da un diritto alla verità, dalle diverse esperienze maturate con riferimento alle varie commissioni di verità e riconciliazione sono comunque derivate altre situazioni giuridiche soggettive, tra le quali il dovere di preservare la memoria, il diritto delle vittime di essere a conoscenza di quello che è accaduto, il diritto al risarcimento dei danni per le ingiustizie subite, etc. In questo senso si vedano più approfonditamente RODOTÁ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012 e dello stesso AUTORE, *Il diritto alla verità*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., 497-515. Si veda anche

pagare è alto e consiste nel sacrificio della libertà di espressione e in particolare della libertà di espressione dello storico.

Alla luce delle considerazioni che precedono, nel presente lavoro ci si concentrerà principalmente sul secondo profilo evidenziato – la ricerca storica – attività che risulta fortemente limitata tanto nella metodologia utilizzata, quanto nella diffusione dei risultati sia dalla cd. “legiferazione della storia”, sia dalla formazione giudiziale di una memoria storica¹⁸. In particolare, dopo alcune riflessioni sulle problematiche incontrate dall’ordinamento francese con riferimento alla *querelle memorielle* –riflessioni che peraltro non avanzano alcuna pretesa di esaustività, data la vastità della tematica che si affronta – seguiranno delle brevi considerazioni circa alcune pronunce giudiziali sulla determinazione del metodo storico corretto. Infine, si

PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità?*, in FRONZA-FORNASARI (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente*, Trento, 2009, 99 ss.

¹⁸ In questo lavoro si fa uso di una concezione piuttosto ampia della libertà di espressione comprensiva anche della libertà di ricerca – inclusiva a sua volta tanto della attività di ricerca *strictu sensu* intesa, quanto della diffusione dei risultati di tale attività –, nonostante la non completa sovrapposizione tra le due fattispecie. Difatti, secondo le parole del giudice europeo in *Chauvy e altri c. Francia*, n. 64915/01, CEDU 2004-VI, n. 70, «*La ricerca della verità storica è parte integrante della libertà di espressione [...]*» (par. 69). In questo senso si veda anche la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 59 del 1960, dove nel punto 6 del “Considerato in diritto”, si evidenzia il rapporto tra la libertà di manifestazione del pensiero e quella di insegnamento e ricerca: «*A tal riguardo, sia l’ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, sia le difese delle parti, non mancano di sottolineare opportunamente che, siccome l’illegittimità denunciata consiste nella lesione non tanto della libertà di concepire e di manifestare le idee e le varie espressioni della scienza e dell’arte, quanto della libertà di avvalersi di ogni possibile mezzo per diffonderle, la norma costituzionale alla quale bisogna essenzialmente por mente è quella del primo comma dell’art. 21, secondo la quale tutti hanno diritto di avvalersi, per manifestare il proprio pensiero, oltre che della parola e dello scritto, anche di “ogni altro mezzo di diffusione”. É chiaro che quella particolare manifestazione della libertà di pensiero che consiste nella possibilità di diffonderlo, riguardando ogni forma di pensiero, riguarda anche quelle più elevate espressioni di esso, che sono le creazioni artistiche e scientifiche. Della diffusione di queste non si occupa l’art. 33 Cost., il quale proclama e tutela la libertà dell’arte o della scienza e quella del loro insegnamento. Onde la disciplina della loro diffusione é da considerare ricompresa nel disposto del 1 comma dell’art. 21*». Si veda inoltre DE BAETS, *Responsible History*, New York-Oxford, 2010, 144-172, secondo il quale un principio etico fondamentale sarebbe rappresentato dal fatto che la libertà di espressione include inevitabilmente il diritto di scrivere ed insegnare la storia, ma anche il diritto di ricordare il passato: in definitiva si tratterebbe dei diritti alla storia e alla memoria.

analizzeranno gli argomenti di carattere costituzionalistico sviluppati dal *Conseil Constitutionnel* francese e dal *Tribunal Constitucional* spagnolo in due recenti pronunce sulla legittimità costituzionale di normative antinegazioniste. Le due decisioni – che sicuramente non esauriscono lo spettro di decisioni disponibili nel panorama comparato – costituiscono comunque delle pronunce rilevanti, sia dal punto di vista contenutistico, ponendosi in controtendenza rispetto alla posizione prevalente in Europa, sia per quanto concerne le affermazioni relative alla libertà di ricerca degli storici.

Le considerazioni sviluppate nel presente lavoro, inoltre, si inseriscono in quel dibattito mai sopito che continua ad agitare l'opinione pubblica e l'arena politica italiane circa l'opportunità di prevedere o meno un reato di negazionismo all'interno dell'ordinamento italiano¹⁹.

¹⁹ Diversi sono stati i tentativi che hanno condotto il Parlamento italiano a discutere dell'introduzione nell'ordinamento giuridico del reato di negazionismo. Già nel 2007 i media avevano diffuso la notizia che l'allora Ministro della Giustizia Clemente Mastella, per mettere l'Italia alla pari con gli altri ordinamenti europei, intendeva proporre un disegno di legge che avrebbe previsto la condanna ad una pena detentiva, per chi avesse negato l'esistenza storica della Shoah. Il governo Prodi avrebbe dovuto presentare questo progetto di legge al Parlamento proprio il giorno della memoria, scelta questa di indubbio impatto emotivo e simbolico. A tale notizia fece ben presto seguito un accorato appello firmato da un gruppo nutrito di storici italiani poi presentato al Consiglio dei ministri il 26 gennaio 2007, dal quale emergeva la preoccupazione che il negazionismo rappresentasse un problema culturale, sociale e politico di grande rilevanza. Preoccupazione ancora maggiore era manifestata nei confronti del tentativo di trovare una soluzione a tale problematica attraverso lo strumento penale che costituisce l'*extrema ratio* sanzionatoria all'interno di qualsiasi ordinamento che si proclami democratico. L'appello degli storici ebbe successo e dal ddl presentato poi al Senato della Repubblica il successivo 5 luglio, era scomparsa qualunque traccia del supposto reato di negazionismo (si veda il disegno di legge recante: "Norme in materia di sensibilizzazione e repressione della discriminazione razziale, per l'orientamento sessuale e l'identità di genere. Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654"). Durante la XVI legislatura è stato presentato al Senato un disegno di legge di iniziativa parlamentare che, ancora una volta, avrebbe modificato l'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654 (ddl S. 3511) aggiungendo la lettera b-bis, secondo la quale sarebbe stato punito con la pena della reclusione fino a tre anni chiunque, con comportamenti idonei a turbare l'ordine pubblico o costituenti minaccia, offesa o ingiuria, avesse fatto apologia dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale. Assegnato in sede deliberante alla Commissione Giustizia, la discussione del ddl incontrò una sorta di stallo che divise sia la sinistra che la destra tanto da determinare la richiesta di rimessione all'Assemblea.

2. La “legiferazione della storia”: un focus sull’esperienza francese

La tendenza a disciplinare eventi storici di una certa portata attraverso lo strumento legislativo, garantendo in questo modo una “pretesa di verità”²⁰, non è una pratica nuova²¹. Ma dai primi anni del

L'interruzione della legislatura ne impedì l'esame in sede referente. Da ultimo, un gruppo di senatori appartenenti a diverse forze politiche (prima firmataria la senatrice Amati), il 15 marzo 2013 ha presentato al Senato il disegno di legge S 54 riportante “Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale”. Tale disegno di legge prevedeva, ancora una volta, l'introduzione del reato di negazionismo, mediante l'inserimento di una lettera b-bis, secondo la quale sarebbe stato punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a 10.000 euro chiunque avesse posto in essere attività di apologia, negazione, minimizzazione dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, o propagandato idee, distribuito, divulgato o pubblicizzato materiale o informazioni, con qualsiasi mezzo, anche telematico, fondati sulla superiorità o sull'odio razziale, etnico o religioso, ovvero, con particolare riferimento alla violenza e al terrorismo, se non punibili come più gravi reati, fatto apologia o incitato a commettere o commesso atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, anche mediante l'impiego diretto od interconnesso di sistemi informatici o mezzi di comunicazione telematica ovvero utilizzando reti di telecomunicazione disponibili. Dopo un tentativo – non riuscito – di un suo esame in sede deliberante, il disegno di legge è ora all'esame dell'Assemblea, che si ritrova a dover fare i conti con una disciplina profondamente differente da quella originaria (ddl 54 A): è prevista la modifica dell'art. 414 del codice penale mediante l'inserimento di uno specifico comma che incrimina la condotta di chi nega l'esistenza di tali crimini. Inoltre, è prevista una circostanza aggravante che determina l'aumento della pena della metà per chi compie istigazione o apologia dei crimini di genocidio o contro l'umanità.

²⁰ Vedi *supra* nota n. 17.

²¹ Numerose sono le esperienze di legislazione memoriale del passato, anche se si è sostenuto che generalmente tale tendenza si accompagna a transizioni di regime e a processi di riconciliazione. Così, ad esempio durante la Rivoluzione francese si è assistito a numerose pratiche di auto-celebrazione poste in essere dalle Assemblee rivoluzionarie. La necessità era quella di adottare delle politiche di rielaborazione pubblica del passato al fine di celebrarne i momenti fondativi. Sui significati assunti alle politiche del passato, in particolare per quanto riguarda l'esperienza storica francese, la dottrina è piuttosto ampia. Si vedano, *ex plurimis*: TRAVERSO, *Le passé, modes d'emploi. Histoire, mémoire, politique*, Paris, 2005, HARTOG-REVEL (a cura di), *Les usages politiques du passé*, Paris, 2001, ANDRIEU-LAVABRE-TARTANOWSKY (a cura di), *Politiques du passé. Usages politiques du passé dans la France contemporaine*, Aix-en-Provence, 2006, CRIVELLO-GARCIA-OFFENSTADT (a cura di), *La concurrence des*

XXI secolo tale fenomeno ha assunto una fisionomia nuova. A partire da questo momento, infatti, almeno limitatamente al continente europeo, le guerre della memoria cominciano ad essere combattute sul terreno legislativo²². A livello di percezione e sensibilità collettiva, gli eventi del passato possono essere distinti in due categorie: quelli per i quali non si avverte più la necessità di un'ulteriore attività di ricerca scientifica, in quanto fatti il cui avvenimento è ormai dato per certo²³ (come l'Olocausto, la cui negazione viene vista come la negazione della realtà di un evento storico ormai accertato che, pertanto, nulla avrebbe a che vedere con la ricerca storica) ed eventi la cui realizzazione è ancora in discussione. Se quindi il negazionismo della *Shoah* non rientra tra le cd. “guerre di memoria”, queste continuano ad essere combattute con riferimento a fatti ancora suscettibili di un ampio ventaglio di possibili interpretazioni (ad esempio, con riferimento alla sua possibile qualificazione come crimine di guerra o crimine contro l'umanità o genocidio oppure sulla reale entità del fatto)²⁴.

Uno dei motivi che hanno motivato la decisione di disciplinare legislativamente eventi del passato è costituito dall'inadeguatezza delle risposte fornite dalla dialettica democratica, che ha quasi obbligato i legislatori ad adottare delle normative che, guidando i comportamenti collettivi e i ricordi del passato nel presente, mirano a costruire, attraverso strumenti che appartengono alla sfera giuridica, una memoria collettiva condivisa, quale elemento cruciale dell'attualizzazione del passato. Sotto la spinta proveniente dagli stessi protagonisti (diretti o indiretti) di eventi drammatici organizzati in

passés. Usages politiques du passé dans la France contemporaine, Aix-en-Provence, 2006.

²² Cfr. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost.*, 2009, 14.

²³ Come si vedrà in modo più approfondito *infra*, par. 3, questa distinzione è stata accolta anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. A tale proposito si vedano le sentenze *Lehideux e Isorni c. Francia*, n. 24662/94, CEDU 1998-VII, n. 92 e *Chauvy e altri c. Francia*, cit.

²⁴ Le “guerre di memoria” pertanto riposano sulla distinzione tra la negazione di un fatto storico e la negazione di una sua interpretazione, distinzione questa fondamentale, ma che è spesso ignorata dallo stesso legislatore, autore di normative che indistintamente rendono legittima, se non addirittura necessaria, l'estensione della punizione da chi nega la realtà dell'Olocausto a chi nega l'interpretazione di un evento storico come genocidio o crimine di guerra. In questo senso si veda CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, in RESTA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, 372.

gruppi di pressione, associazioni o *lobbies*, i Governi hanno dato riconoscimento ufficiale attraverso leggi dello Stato alla loro interpretazione degli eventi storici in questione, spingendosi in alcuni casi fino a prevedere anche la punizione di coloro che invece sposano interpretazioni differenti, mediante la previsione di uno specifico reato di negazionismo o di “contestazionismo”²⁵. La legge in questo modo diventa lo strumento attraverso il quale gli “imperativi della memoria” prendono corpo.

Diverse sono le leggi di questo tipo adottate da numerosi Stati europei²⁶, raggiungendo in Francia la dignità di vero e proprio sistema normativo (tanto che si parla di “*querelle memorielle*”), composto essenzialmente da quattro leggi. Il primo pilastro di questo complesso sistema è costituito dalla *loi Gayssot*²⁷ del 1990. Tale norma, introducendo l’art. 24 *bis* nella normativa sulla stampa del 1881²⁸,

²⁵ *Ex plurimis* si vedano FLORES, *Negazionismi, revisionismi e libertà di opinione*, in *Il Mulino*, 2007, 504 ss., LUTHER, *L’antinegazionismo nell’esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, 1193-1222 e IMBLEAU, *La négation du génocide nazi. Liberté d’expression ou crime raciste? Le négationnisme de la Shoah en droit international et comparé*, Paris, 2003. Inoltre, per quanto riguarda una ricostruzione storica del fenomeno, si veda VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013, mentre per una prospettiva più ampia del negazionismo visto da punti di vista diversi ed eterogenei si vedano i diversi contributi in RECCHIA LUCIANI-PATRUNO (a cura di), *Opporsi al negazionismo*, cit. ed in particolare LUTHER, *Costituzione, memoria e garanzie di innegabilità*, 81-95.

²⁶ Tra questi vi è la Spagna che nel 2007 ha adottato la “*Ley sobre la memoria histórica*”. In base a tale normativa si riconoscono e si ampliano i diritti, anche di natura risarcitoria, nei confronti di coloro che subirono persecuzioni e violenze durante la guerra civile e la dittatura franchista. L’Ucraina il 28 novembre 2006 ha approvato una legge che dichiarava l’*holodomor* un atto di genocidio contro il popolo ucraino stabilendo che la sua negazione sarebbe stata considerata un’offesa alla memoria di milioni di vittime e un’umiliazione della dignità del popolo ucraino, e pertanto sarebbe stata giudicata illegale. A tale proposito si veda CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., 402. In realtà il dibattito è di portata molto più ampia e coinvolge tanto i Paesi europei (tra gli altri anche la Polonia e la Russia per quanto riguarda gli eventi dell’epoca comunista) ma anche extraeuropei, come Cina, Giappone e India.

²⁷ Si tratta della *Loi no 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*.

²⁸ Cfr. *Rapport du colloque: la lutte contre le négationnisme: Bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, 5 luglio 2002 disponibile all’url <http://www.vho.org/aaargh/fran/livres5/trichetruche.pdf> (Ultima visita il 3 marzo 2014). La persecuzione di tale reato non è semplice, in quanto infatti si prevede che l’azione legale debba essere promossa entro un periodo di tre mesi, decorso il quale non è più possibile procedere contro il

punisce la contestazione dell'esistenza dei crimini contro l'umanità, come descritti nell'articolo 6 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga. La *loi Gayssot*, la cui idea di fondo risiede nella considerazione che il negazionismo deve essere punito non tanto in quanto espressione di una menzogna, quanto piuttosto perché si tratta di una menzogna che esprime propaganda antisemita²⁹ o addirittura in quanto atto di aggressione razzista³⁰, ha ricevuto numerose critiche³¹.

Innanzitutto, si teme il pericolo che si dia vita ad una verità di Stato inconfutabile. Inoltre, posto che il testo della legge francese non fa alcun riferimento letterale all'Olocausto, ma richiama i crimini contro

negazionista. L'intento originario del legislatore era probabilmente quello di configurare le sanzioni previste come degli strumenti di carattere amministrativo, piuttosto che di tipo penale, ricalcando quanto l'ordinamento francese già prevedeva con riferimento alla diffamazione e agli insulti razzisti.

²⁹ In questo senso si vedano TROPER, *La loi Gayssot e la Constitution*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1999, 1253 e IGUNET, *Histoire du négationnisme en France*, Paris, 2000.

³⁰ Queste le giustificazioni del governo francese per la *loi Gyassot* nella relazione davanti all'Assemblea Nazionale; cfr. DORSEN-ROSENFLED-SAJÓ-BAER, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, Thomson West, 2003, 919 ss..

³¹ Presentata da un deputato del partito comunista, dal quale prende il nome, Jean-Claude Gayssot, approvata da un governo di minoranza socialista e firmata da un presidente socialista, nonostante l'opposizione del Senato, la *loi Gyassot* non fu sottoposta al controllo del *Conseil Constitutionnel* prima della sua entrata in vigore. Da un punto di vista cronologico al momento dell'approvazione della legge non era trascorso molto tempo dalla desecrazione del cimitero ebraico di Carpentras nel maggio del 1990. Si era trattato di un atto per il quale l'estrema destra fu vista come diretta responsabile. Molti partiti politici si astennero dal criticare la legge pubblicamente per timore di essere indicati come sostenitori delle idee razziste e, probabilmente per le stesse motivazioni, non si raggiunse il numero di parlamentari necessario per presentare la questione al *Conseil Constitutionnel* prima della sua entrata in vigore. La sua conformità alla Costituzione francese è stata oggetto di ampi dibattiti anche da parte di giuristi e storici, che hanno concluso affermando che la restrizione della libertà di espressione nella lotta contro il fenomeno negazionista è compatibile con l'idea secondo la quale la libertà individuale deve essere promossa e affermata nello spazio collettivo. Cfr. BIRD, *Racist Speech or Free Speech? A Comparison of the Law in France and the United States*, in *Comparative Politics*, 2000, 406. Alcuni commentatori hanno ritenuto la *loi Gayssot* una norma inutile e non necessaria, in quanto vi erano comunque altre normative per contrastare i fenomeni di discriminazione razziale, come quelle in materia di diffamazione collettiva e di incitamento. A tale riguardo si veda DHOQUOIS, *Les thèses négationnistes et la liberté d'expresion en France*, in *Etnologie française*, 2006, 27-33.

l'umanità, rinviando peraltro allo Statuto del Tribunale di Norimberga³², lascia spazio alla sua applicazione a tutta una serie di fatti non specificamente determinati o determinabili. Infine, l'utilizzo del verbo *contester* (contestare) al posto del più restrittivo *nier* (negare), consentirebbe l'applicazione della legge anche ai casi di revisionismo o "negazionismo indiretto", in cui il genocidio non viene negato *in toto*, ma si mettono in dubbio circostanze e modalità rilevanti legate al suo avvenimento. Inevitabilmente, l'estensione del linguaggio della normativa attribuisce maggiori poteri allo Stato, in quanto qualunque messa in discussione dell'esistenza di questi crimini, anche se fatta in termini dubitativi, rientrerebbe nella fattispecie incriminatrice³³.

La *loi Gayssot* è stata poi seguita, a dieci anni di distanza, dalla legge sul riconoscimento del genocidio armeno del 2001³⁴. Secondo tale normativa, "La Francia riconosce pubblicamente il genocidio armeno del 1915". L'adozione di tale atto è la conseguenza di diversi fattori. In primo luogo, un ruolo molto rilevante è stato svolto dalle diverse associazioni franco-armene che hanno esercitato delle forti pressioni sul legislatore francese per il riconoscimento della qualifica di genocidio ai massacri di cui furono vittime gli armeni dell'Impero ottomano durante la prima guerra mondiale. Dall'altro, la decisione del legislatore francese è stata probabilmente anche conseguenza delle tensioni causate dal caso dello storico britannico Bernard Lewis. In un'intervista rilasciata nel 1993 al quotidiano francese *Le Monde*³⁵,

³² Si tratta di un'espressione volutamente lasciata in termini ampi dal legislatore francese, per consentire l'inclusione anche di altre tipologie criminose. Infatti, durante le discussioni sulla *loi Gayssot*, la Francia affrontava il problema relativo alla responsabilità del governo con riferimento al regime di Vichy: si voleva dunque lasciare lo spazio per inserire eventualmente gli eroi della resistenza francese nella categoria delle vittime o comunque includere in generale tutte le vittime della seconda guerra mondiale e non solo quelle dell'Olocausto.

³³ È critico in questo senso BOURRETTE, in *Rapport du colloque: la lutte contre le négationnisme*, cit., 57. È stato osservato, inoltre, come i negazionisti francesi utilizzino un linguaggio in codice per evitare di essere perseguiti cfr. KHAN, *Holocaust denial and the law: a comparative study*, cit., 101-109.

³⁴ Si tratta della *Loi n. 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915*.

³⁵ A tale proposito si veda LANGELLIER-PERONCEL-HUGOZ, *Un entretien avec Bernard Lewis*, in *Le Monde*, 16 novembre 1993. Si veda inoltre CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., 391 ss.

Lewis aveva affermato che contrariamente alla stessa “versione armena”, sulla base dei documenti storici disponibili non si poteva qualificare quello armeno come un genocidio. Difatti, secondo lo storico britannico, non vi erano prove sufficienti per dimostrare che la reale intenzione del governo ottomano fosse quella di sterminare l'intero popolo degli armeni. Secondo i risultati delle sue ricerche, invece, l'intento sarebbe stato quello di deportarli nelle zone di confine in modo da impedire una loro eventuale collaborazione con i russi. In seguito a queste dichiarazioni Lewis fu denunciato per violazione dell'art. 1382 del codice civile francese e processato davanti al *Tribunal de Grand Instance* di Parigi. Il giudice parigino, nonostante la precisazione che non rientrava tra le sue competenze il decidere se quello armeno potesse essere considerato un genocidio oppure no e pur riconoscendo la libertà degli storici di esporre secondo il proprio punto di vista fatti, azioni e atteggiamenti, ha affermato che Lewis doveva comunque essere considerato colpevole in quanto aveva sostenuto che quella del genocidio era la sola “versione armena”, senza allo stesso tempo dare conto alcuno di eventuali argomentazioni contrarie (peraltro esistenti, viste anche le dichiarazioni delle istituzioni internazionali che avevano esplicitamente qualificato quello armeno come un genocidio). La sentenza del *Tribunal de Grand Instance*, oltre ad aver consacrato in uno strumento giuridico le modalità corrette con le quali gli storici dovrebbero diffondere i risultati della propria attività di ricerca storica (punto questo che verrà trattato in modo più approfondito nel paragrafo seguente), ha sicuramente influenzato l'intervento del legislatore francese, che sembrava necessario per evitare che casi come questo si potessero ripetere³⁶.

Così, con la legge del 2001 il legislatore francese ha legato in modo indissolubile la realtà dell'evento (lo sterminio degli armeni) ad una definizione giuridica (genocidio), seppur in modo apparentemente “innocuo” trattandosi di una legge meramente declaratoria che non commina alcuna sanzione. Ma non è finita qui.

Sempre nel 2001, alle pressioni provenienti dalle associazioni franco-armene hanno fatto seguito le spinte dei cittadini francesi di origine africana, per rispondere alle quali il legislatore francese ha

³⁶ Si veda la decisione del *Tribunal de Grande Instance*, 1° Chambre - 1° Section, del 21 giugno 1995.

adottato la *loi Taubira*³⁷. Tale normativa qualifica come crimini contro l'umanità sia la tratta degli schiavi nell'Oceano Atlantico e nell'Oceano Indiano, sia la schiavitù praticata a partire dal XV secolo “in America, nei Caraibi, nell'Oceano Indiano e in Europa contro le popolazioni africane, amerindiane, malgascse e indiane”. La legge inoltre prescrive anche che al tema della tratta degli schiavi africani venga riservato *lo spazio che meritano* nei programmi scolastici e di ricerca. Anche in questo caso si tratta di una legge meramente declaratoria, che non prevede alcuna sanzione. Ciononostante, la sua formulazione ampia e molto vaga interferisce comunque sulla libertà di espressione e in particolare sull'insegnamento e sulla ricerca.

Nonostante il 2001 abbia assistito all'adozione di ben due leggi sulla memoria, dagli storici non arrivò alcuna reazione. Le loro coscienze parevano sopite, salvo poi risvegliarsi tutto ad un tratto nel 2005, anno di adozione della *loi Mekachera*³⁸. Stavolta in seguito alle pressioni provenienti dalle associazioni di *rapatriés* (cittadini francesi rimpatriati dopo la fine della guerra d'Algeria), il testo approvato dal Parlamento francese prevedeva che “La Nazione esprime la sua gratitudine agli uomini e alle donne che parteciparono alle attività compiute dalla Francia negli ex dipartimenti francesi d'Algeria, in Marocco, in Tunisia e in Indocina, come pure nei territori un tempo sotto sovranità francese”. Inoltre, analogamente a quando previsto dalla *loi Taubira*, anche quest'ultimo atto legislativo stabiliva che la storia della presenza francese oltremare e in particolare nell'Africa del Nord, dovesse avere il posto che “*meritava*” nei programmi di ricerca universitari, spingendosi poi ben oltre per quanto riguardava l'insegnamento, stabilendo che si dovesse riconoscere il ruolo *positivo* avuto dalla Francia in quel contesto (corsi nostri).

Con la *loi Mekachera* il legislatore francese imponeva una precisa valutazione di un determinato evento storico, invadendo tanto i programmi di insegnamento, quanto la libera ricerca. Questa volta la reazione degli storici non si fece attendere: diversi gli appelli che

³⁷ *Loi n. 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance, par la France, de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité*, art. 1. La legge prende il nome dalla deputata guianese del *Parti socialiste* Christiane Taubira che la presentò.

³⁸ *Loi n. 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*, art. 1.

furono presentati³⁹ che chiedevano l'abrogazione di una legge che «impone una storia ufficiale, contraria alla neutralità della scuola e al rispetto della libertà di pensiero, che sono al cuore della laicità», in quanto «in uno Stato libero, non è compito del Parlamento, né dell'autorità giudiziaria definire la verità storica»⁴⁰. Anche se l'obbiettivo principale era la *loi Mekachera*, questa protesta ebbe presto un seguito rilevante, investendo anche le altre *lois memorielles*, precedentemente passate inosservate agli occhi degli storici⁴¹.

Sulla questione fu chiamato ad intervenire il *Conseil Constitutionnel*⁴² che sulla base della considerazione che una legge non poteva contenere delle prescrizioni relative a programmi scolastici, dispose l'abrogazione della disposizione che nello specifico imponeva sull'insegnamento una visione positiva del colonialismo francese.

Ma la pronuncia del giudice costituzionale d'oltralpe non è stata sufficiente a quietare il dibattito. Dopo pochi mesi, infatti, fu

³⁹ Tra questi si segnala *Colonisation: non à l'enseignement d'une histoire officielle*, pubblicato in *Le Monde* del 25 marzo 2005.

⁴⁰ Si veda l'appello *Liberté pour l'histoire!*, pubblicato in *Libération* del 30 novembre 2005. Inizialmente firmato da diciannove storici, dopo neppure un mese contava già oltre quattrocento firmatari. In realtà questo appello, oltre a reclamare l'immediata abrogazione di queste leggi, conteneva un vero e proprio manifesto del rapporto tra storia e diritto, espresso nei seguenti termini «La storia non è una religione. Lo storico non accetta nessun dogma, non rispetta nessun divieto, non conosce tabù. [...] La storia non è la morale. Il ruolo dello storico non è quello di esaltare o di condannare, ma di spiegare. Lo storico non è schiavo dell'attualità. [...] La storia non è la memoria. [...] La storia non è un oggetto giuridico».

⁴¹ Un caso simile a quello di Bernard Lewis mostrò con chiarezza il pericolo insito anche nelle altre leggi precedentemente approvate. Difatti un'associazione di francesi di origine africana, il *Collectif des Antillais, Guyanais, Réunionnais et Mahorais*, aveva presentato una denuncia contro lo storico francese Olivier Pétré-Grenouilleau, autore di un importante libro sulla tratta degli schiavi africani (*Les traites négrières. Essai d'histoire globale*, Paris, 2004 (trad. it. *La tratta degli schiavi. Saggio di storia globale*, Bologna, 2010)). L'accusa rivolta nei suoi confronti era di “negazione di crimine contro l'umanità” in quanto in un'intervista rilasciata al *Journal du Dimanche* aveva sostenuto che la tratta degli schiavi non poteva essere considerata un caso di genocidio, stante l'interesse dei negrieri a trarre profitto dagli schiavi. Egli inoltre aveva criticato la *loi Taubira* in quanto definendo la tratta degli schiavi come un crimine contro l'umanità, aveva fatto un paragone poco opportuno con l'Olocausto. Oltre alla denuncia fu chiesta anche la sospensione di Pétré-Grenouilleau dall'insegnamento. L'iniziativa giudiziaria poi non ebbe alcun seguito perché gli attori ritirarono il ricorso. Ciononostante rese gli storici consapevoli di quello che una legge sulla memoria storica poteva avere sulla loro libertà di ricerca.

⁴² Cfr. *Conseil Constitutionnel, Décision* n. 2006- 203.

presentata una proposta di legge nella quale si prevedevano per la negazione del genocidio armeno le stesse pene previste dalla *loi Gayssot* per la contestazione dell'esistenza dei crimini contro l'umanità⁴⁵. Questa proposta di legge fu accolta da un coro di proteste, levatosi sia tra gli storici francesi che tra quelli stranieri e gli stessi costituzionalisti. La risposta da parte del potere politico fu l'istituzione di un'apposita commissione d'inchiesta parlamentare, presieduta da Bernard Accoyer. Il compito di questa commissione era quello di esaminare le questioni legate alle politiche legislative della storia e della memoria. Dopo aver ascoltato un gran numero di storici, filosofi e giuristi, la commissione Accoyer aveva concluso prendendo le distanze dalla cd. "deriva delle *lois mémorielles*"⁴⁴. Secondo il rapporto finale⁴⁵ della commissione non si dovevano abrogare le *lois mémorielles* già esistenti, ma il Parlamento avrebbe dovuto fare in modo di non approvarne altre, specialmente quelle che implicavano delle sanzioni penali, viste le forti limitazioni tanto per la libertà di espressione, quanto per la libertà di ricerca e di insegnamento⁴⁶.

Questa conclusione parve soddisfare sia le istituzioni politiche che gli storici, ma fu una tregua di breve durata in quanto già nel 2011 il caso armeno portò alla ribalta ancora una volta la questione. In seguito al cambio di maggioranza politica al Senato, conseguente alle elezioni

⁴⁵ Nell'aprile del 2006, infatti, Didier Migaud, deputato del *Parti socialiste*, presentò una proposta di legge (*Proposition de loi tendant à réprimer la contestation de l'existence du génocide arménien*), approvata dall'Assemblea nazionale il 12 ottobre 2006 e poi trasmessa al Senato che, dominato da una maggioranza di centro destra, non inserì nemmeno la proposta nell'ordine del giorno. Un'altra proposta fu poi presentata del 2011 dal senatore Serge Lagauche, anche lui del *Parti Socialiste*, che però fu bocciata. Uno dei principali argomenti contro tale proposta risiedeva nella considerazione che non sarebbe compito del legislatore dare definizioni giuridiche del passato legandole al codice penale. Cfr. Sénat, Session extraordinaire de 2009-2010: *Proposition de loi tendant à réprimer la contestation de l'existence du génocide arménien* (presentato alla Presidenza del Senato il 5 luglio 2010, doc. 607).

⁴⁴ Cfr. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., 388.

⁴⁵ Assemblée Nationale, *Rapport d'information fait en application de l'article 145 du règlement au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles, Président-Rapporteur M. Bertrand Accoyer* (presentato alla Presidenza dell'Assemblea nazionale il 18 novembre 2008), 101-105.

⁴⁶ Assemblée Nationale, *Rapport d'information*, cit., 98.

del 25 settembre 2011⁴⁷, il *Parti Socialiste* ripresentò una proposta di legge⁴⁸ all'Assemblea Nazionale, mascherata da normativa di recepimento del diritto comunitario in materia di lotta al razzismo e allo stesso tempo come strumento per reprimere anche la “*contestation*” del genocidio armeno. L'articolo 1 del progetto di legge modificava, come già aveva fatto nel 1990 la *loi Gayssot*, la legge del 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa, inserendovi un articolo 24 *ter* secondo il quale si puniva «l'apologia, la negazione o la minimizzazione estremistica (*outrancier*) in pubblico dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra [...] che siano stati riconosciuti da una legge, da una convenzione internazionale firmata e ratificata dalla Francia o alla quale questa abbia aderito, da una decisione presa da una istituzione comunitaria o internazionale, o qualificati come tali da una giurisdizione francese».

Tale proposta di legge seguì un *iter* procedimentale molto veloce: il 22 dicembre 2011 fu votata nell'Assemblea nazionale (anche se con posizioni favorevoli e contrarie in entrambi gli schieramenti), per poi passare al Senato che l'approvò il 23 gennaio 2012 in un clima piuttosto agitato, animato dalle proteste sia degli storici che del governo turco che minacciava delle ritorsioni⁴⁹. Immediatamente dopo l'approvazione parlamentare, due gruppi di deputati e senatori presentarono altrettanti ricorsi al *Conseil Constitutionnel*, che il 28 febbraio 2012 ha dichiarato incostituzionale la legge (di cui si parlerà diffusamente nel paragrafo 4).

Come visto, anche se le *lois memorielles* sono delle normative apparentemente “innocue”, in quanto non prevedono una sanzione penale per la loro violazione, in realtà sono anch'esse fortemente limitative della libertà di espressione. Infatti, si tratta comunque di disposizioni che nell'imporre un dovere di ricordare determinati eventi storici in un certo modo, limitano la libertà di ricerca e di insegnamento.

⁴⁷ Per un approfondimento delle vicende che condussero alla presentazione di questa proposta di legge si veda CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., 398 ss.

⁴⁸ *Assemblée nationale, Proposition de loi portant transposition du droit communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien* (n. 384, presentato alla Presidenza dell'Assemblea nazionale il 18 ottobre 2011).

⁴⁹ Cfr. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., 397 ss.

Ma se questa è la posizione del legislatore, rimane a questo punto da chiedersi: quale spazio hanno i giudici per restituire spazio a questa libertà? Nel paragrafo che segue ci si occuperà delle determinazioni giudiziali con riferimento al metodo storico corretto e successivamente delle argomentazioni costituzionali sviluppate da due giudici costituzionali che di recente si sono espressi sul bilanciamento tra i diversi valori costituzionali coinvolti: libertà di ricerca storica da un lato, dignità umana dall'altro.

3. L'elaborazione giudiziale del metodo storico corretto

Nel momento in cui un determinato fatto storico viene consacrato in una legge, il legislatore si rende artefice dell'approvazione di atti peculiari il cui contenuto oscilla tra il simbolico e il commemorativo. Quando invece la storia interagisce con il diritto giurisprudenziale, il giudice è chiamato a pronunciarsi con riferimento alle responsabilità di un determinato avvenimento storico al fine di comminare, una volta compiuto questo accertamento, le dovute sanzioni e rendere così giustizia.

Con particolare riferimento all'applicazione delle normative antinegazioniste, il giudice attraverso i tradizionali strumenti giuridici di cui dispone, determina una specifica verità giudiziale su degli eventi storici oppure sottopone a giudizio l'attività di ricerca dello storico, il metodo da questi utilizzato e i risultati raggiunti. Questo è quello che accade, ad esempio, durante i processi nei confronti dei negazionisti, laddove il parametro di validità della ricerca storica pare essere rappresentato dalla tutela di valori fondamentali per la società in generale e per i singoli individui, come la verità storica e la dignità umana.

Difatti, uno degli elementi che spesso emerge dalle argomentazioni dei giudici che si sono pronunciati sull'applicazione delle normative antinegazionismo, unitamente alle questioni legate alla lesività del contenuto delle tesi antinegazioniste (della dignità delle vittime, così come del principio d'eguaglianza, della pacifica convivenza tra i gruppi o dell'ordine pubblico etc.) è rappresentato dalla critica nei confronti del presunto metodo storico utilizzato dei negazionisti, andando in questo modo a centrare uno dei profili più problematici nello scontro

diritto-storia, in quanto vissuto dagli storici come una intromissione illegittima da parte del giudice nel suo mestiere.

Partendo dalla distinzione cui si è fatto cenno precedentemente tra “fatti storici chiaramente stabiliti”⁵⁰ ed altri fatti rispetto ai quali è ancora in corso un dibattito tra gli storici circa le modalità del loro avvenimento e sulla loro interpretazione⁵¹, la Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Garaudy v. Francia*⁵², ha affrontato la questione dei limiti al dibattito storico. Nonostante riconosca che un dibattito aperto e sereno sulla propria storia sia fondamentale⁵³, afferma che i discorsi negazionisti e revisionisti aventi ad oggetto l’Olocausto ebraico, proprio per il fatto di mettere in discussione fatti storici ormai accertati, non rientrerebbero nella copertura dell’art. 10 della Convenzione. Tali discorsi, lungi dal contribuire all’avanzamento dei risultati della ricerca storica, in realtà avrebbero come unico obiettivo quello di offendere e ledere i diritti altrui e pertanto sarebbero incompatibili con la democrazia e con i diritti umani, rientrando così nei divieti *ex art.* 17 della Convenzione. Tale distinzione, riconosce la stessa Corte, non sarebbe però assoluta, in quanto anche i “fatti storici chiaramente stabiliti” possono essere rimessi in discussione *purché ciò avvenga seguendo determinate condizioni*, la sussistenza delle quali viene accertata giudizialmente. Il giudice deve quindi valutare quale è l’*obbiettivo* perseguito con le dichiarazioni negazioniste, la *correttezza* del metodo utilizzato e il *contenuto* stesso delle affermazioni.

In realtà, la scelta della Corte di effettuare un discrimine tra fatti accertati e fatti ancora oggetto di dibattito appare contestabile, in quanto evidenzia una concezione della ricerca storica da intendersi come processo di acquisizione che, anche se in modo molto graduale, è destinato a condurre ad una conoscenza definitiva del passato. Tutt’al

⁵⁰ Tra i quali, come già rilevato anteriormente, rientrerebbe l’Olocausto (*Garaudy c. Francia*, n. 65831/01, par. 28).

⁵¹ In questo senso si veda anche la sentenza della Corte Edu *Lehideux et Isorni c. Francia*, cit., par. 47

⁵² *Garaudy c. Francia*, cit. In questa decisione il giudice europeo ha dichiarato l’inammissibilità del ricorso presentato da Garaudy, autore de “I miti fondatori della politica israeliana”, opera in cui con diverse strategie argomentative si negava l’Olocausto degli ebrei durante la seconda guerra mondiale, riconoscendo la legittimità della limitazione che la libertà di espressione aveva subito in applicazione della normativa francese.

⁵³ *Lehideux et Isorni c. Francia*, cit., par. 55.

più ci potranno essere determinati fatti sui quali la ricerca ha dedicato una maggiore attenzione e quelli, tendenzialmente più recenti, sui quali la storiografia non si è ancora concentrata a sufficienza. Ma l'indagine storica è per definizione illimitata. E questo è uno dei punti, messi in evidenza dallo stesso Calamandrei⁵⁴, di distanza tra attività giurisdizionale e quella di ricerca storica. Infatti, mentre la prima è rigorosamente limitata ai fatti che devono essere accertati in quello specifico processo, l'oggetto della seconda è potenzialmente illimitato. Il voler consacrare eventi del passato in una sentenza, oltre a comportare l'utilizzo di categorie giuridiche contemporanee per leggere fatti del passato, implica anche l'irrigidimento di una materia, la ricerca storica, che per definizione è l'area del cambiamento, del conflitto e della continua ridefinizione.

Carico del bagaglio culturale europeo, il giudice di Strasburgo riserva questo trattamento, definito come "rudimentale"⁵⁵, al fenomeno del negazionismo dell'Olocausto del popolo ebraico, consentendo invece la ri-espansione della garanzia della libertà di espressione per quanto riguarda la negazione o la revisione di altri fatti storici⁵⁶, con riferimento ai quali la Corte stessa ha affermato che «*Non rientra tra i ruoli della Corte arbitrare e definire questioni storiche che sono oggetto*

⁵⁴ Cfr. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in BESTA (a cura di), *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*, Milano, 1939, 353. Sulle analogie tra il mestiere di storico e quello di giudice, in particolare per quanto concerne la natura del ragionamento indiziario che entrambi utilizzano si veda MAIER, *Fare giustizia, fare storia: epurazioni politiche e narrative nazionali dopo il 1945 e il 1989*, in PAGGI (a cura di), *La memoria del nazismo nell'Europa di oggi*, Firenze, 1997, 245-246.

⁵⁵ È stato evidenziato come tale tipo di distinzione fatta dal giudice europeo muove da una concezione dell'indagine storica "estremamente rudimentale" che non tiene nella dovuta considerazione il fatto che la ricerca storica consiste in una continua messa in discussione di verità che sono date per acquisite in uno specifico momento storico. Cfr. BURATTI, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2, 2012. Buratti sottolinea come anche se volessimo dare accertato l'avvenimento di un determinato evento, potrebbe comunque mutare la sua interpretazione, fortemente legata al punto di vista dell'osservatore, alle sue inclinazioni personali, agli interrogativi posti al materiale documentale e al contesto culturale di riferimento.

⁵⁶ Come è accaduto, ad esempio, nella sentenza *Leidheux*, dove si voleva riabilitare la figura del maresciallo Pétain, pagina della storia francese ancora oggi disponibile per la critica storica.

di un dibattito aperto tra storici sui fatti storici e sulle loro interpretazioni»⁵⁷.

Tale punto di vista della Corte si è espresso con maggiore chiarezza nella decisione *Fatullayev c. Azerbaijan*⁵⁸. Il caso aveva come protagonista un giornalista azero, condannato dalle autorità nazionali per aver contestato in diverse pubblicazioni quella che era la verità storica tradizionalmente accolta del massacro di Khojaly, evento tragico del 1992 che rappresenta uno degli eventi fondativi della memoria storica nazionale, durante il quale gli eserciti armeno e russo avevano attaccato la popolazione azera. Fatullayev metteva in discussione il numero delle vittime chiamando in causa anche le responsabilità dell'esercito azero. La Corte ha sottolineato le profonde differenze della contestazione di cui il giornalista azero era accusato con il negazionismo dell'Olocausto affermando come nel caso di specie si trattava di fatti piuttosto recenti oggetto di un dibattito ancora in corso. Inoltre, secondo la Corte, il ricorrente non voleva negare il fatto che l'eccidio di massa dei civili avesse avuto luogo e, in ogni caso, non aveva espresso disprezzo nei confronti delle vittime: in realtà, egli non intendeva giustificare coloro che erano considerati responsabili del massacro né mitigare le loro responsabilità o approvare le loro azioni, ma aggiungere a queste eventuali responsabilità anche quelle dell'esercito azero. Tali elementi hanno consentito alla Corte di Strasburgo di far rientrare l'attività revisionista di Fatullayev nell'ambito di un'attività di ricerca storica legittima.

Anche alcuni tribunali nazionali hanno avuto la possibilità di pronunciarsi sulle questioni del metodo storico. Tra questi si segnala il *Tribunal de Grande Instance* di Lione, il quale nella sentenza del 3 gennaio 2006 con la quale, in applicazione della nota *loi Gayssot*, condannava George Theil alla pena di sei mesi di reclusione e ad una pena pecuniaria di 10.000 euro perché aveva negato l'esistenza delle camere a gas durante un'intervista televisiva, ha sottolineato la necessità di non trasformare il ruolo di giudici in quello di guardiani di una verità storica ufficiale. La dialettica giudiziale non deve appropriarsi dell'oggetto della ricerca storica e non deve trasformare gli eventi storici in verità indiscusse. Però, secondo il giudice francese, è possibile determinare in via giudiziale quale è il metodo corretto che lo

⁵⁷ Cfr. *Chauvy e altri c. Francia*, cit., par. 69.

⁵⁸ *Fatullayev c. Azerbaijan*, n. 40984/2007.

storico dovrebbe utilizzare nella sua attività, sottolineando la necessità di valutare se lo storico abbia seguito un procedimento in buona fede tenendo in considerazione le fonti utilizzate, il rispetto della gerarchia tra queste e l'uso di una documentazione sufficiente.

In tutti i casi – seppur brevemente – sopra descritti, i giudici giudicano della bontà della metodologia di una materia che non gli appartiene, determinandone di fatto i canoni di correttezza. Parte della dottrina è però di avviso contrario. Infatti, secondo alcuni⁵⁹ il giudice è costretto ad affrontare questioni di metodo storiografico: il doversi occupare di teorie negazioniste che utilizzano un metodo storiografico in modo pretestuoso ai soli fini di diffondere dei contenuti falsi che recano un'offesa alla dignità e alla credibilità delle vittime, dei loro discendenti e di tutti quanti appartengano al gruppo colpito dalla menzogna storica, implicherebbe una pronuncia del giudice non su un ordine di verità storiche, quanto piuttosto sul bilanciamento tra beni costituzionali. In realtà, i giudici non fanno altro che dare per presupposte verità storiche: se questo discorso può essere tendenzialmente condivisibile per quanto riguarda la negazione della *Shoah*, al cui avvenimento fanno riferimento sia molte legislazioni nazionali, che lo stesso legislatore europeo, accomunati dalle referenze al processo di Norimberga e al paradigma di verità che li è stato consacrato, che succede con riferimento ad altri eventi storici sui quali non si è ancora raggiunta una tendenziale uniformità di vedute tra gli storici? D'altronde, richiamando le parole del Tribunale di Torino nella sentenza del 27 novembre 2008, n. 7881, il legislatore non avrebbe attribuito al processo civile (ma stesso discorso può essere esteso a quello penale) il compito e il potere di accertare la “storia” e quindi le esatte ragioni politiche e sociali che muovono l'umanità e a cui conseguono eventi, mutamenti e purtroppo talvolta guerre e persecuzioni.

⁵⁹ Cfr. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla “menzogna di Auschwitz”*, Milano, 2012.

4. Le argomentazioni costituzionali a difesa della libertà di ricerca storica

Prerogativa specifica dei giudici costituzionali è quella di valutare se una determinata normativa che regola, spesso limitandolo, un diritto fondamentale, è conforme alle norme costituzionali, quale garanzia della supremazia e della rigidità della Costituzione. Questa attività interpretativa, se riferita alla legittimità costituzionale delle normative antinegazionismo, richiede che l'interprete bilanci valori fondamentali in palese contrasto tra di loro: tra gli altri, libertà di espressione, dignità umana, non discriminazione ed eguaglianza.

L'analisi casistica delle decisioni dei giudici costituzionali che a livello comparato si sono pronunciati sulla legittimità costituzionale delle normative antinegazionismo ha messo in evidenza come la tradizionale operazione di bilanciamento tra diritti, aventi tutta rilevanza costituzionale, oltre a determinare la legittimità o meno di una specifica normativa, si arricchisce di una conseguenza ulteriore: la determinazione giudiziale di un presunto metodo corretto di ricerca storica.

La natura del presente lavoro e l'elevato numero di pronunce su questo tema non ci consentono di procedere ad un'analisi ad ampio spettro. Pertanto ci si limiterà a due recenti pronunce che risultano essere di particolare interesse in quanto entrambe si pongono in una posizione di controtendenza rispetto alla prospettiva prevalente in Europa che tende a preferire un approccio profondamente punitivo del negazionismo: si tratta della sentenza del *Conseil Constitutionnel* francese 2012-647 e la pronuncia del *Tribunal Constitucional* spagnolo 235/2007.

Come sopra menzionato, l'occasione per inserirsi nel dibattito sulla legittimità costituzionale delle normative antinegazionismo per incompatibilità con la libertà di espressione e per il delicato rapporto tra diritto e storia che queste interpretano è stata offerta al giudice costituzionale francese dal ricorso presentato nell'ambito del controllo preventivo di costituzionalità nei confronti della "*Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*". Secondo tale normativa, come visto già diffusamente nel paragrafo 2, l'articolo 24 *ter* della legge sulla stampa del 1881 avrebbe previsto la pena massima di un anno di carcere e 45.000 euro a titolo di ammenda per coloro che «contestano o minimizzano in modo oltraggioso»,

indipendentemente dal mezzo utilizzato per diffondere la comunicazione, l'esistenza di uno o più crimini di genocidio definiti dall'art. 211-1 del codice penale e riconosciuti come tali dalla legge francese. Questa volta il ricorso al *Conseil Constitutionnel* non si è fatto attendere: un gruppo di deputati e uno di senatori si è infatti rivolto al giudice costituzionale immediatamente dopo l'approvazione parlamentare. Le motivazioni addotte dai ricorrenti partivano dal comune presupposto di non voler in alcun modo sostenere il negazionismo, essendo ogni tipo di genocidio condannabile irrimediabilmente e senza dubbio alcuno, sia sotto la prospettiva della coscienza individuale, che di quella collettiva. Ciononostante, una normativa come quella impugnata rappresentava una violazione sia della libertà d'espressione e comunicazione riconosciuta nell'art. 11 della *Déclaration de droits de l'homme et du citoyen* del 1789, così come del principio di legalità dei reati e delle pene consacrato nell'art. 8 della medesima Dichiarazione. Inoltre, secondo il ricorso presentato dai deputati, la legge sarebbe stata incostituzionale in quanto, nel limitare la punizione della contestazione dell'esistenza solo di quei genocidi riconosciuti dalla legge francese, subordinava la determinazione di uno degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice (la condotta tipica) ad un riconoscimento legislativo totalmente aleatorio: «*L'histoire*» si legge nel ricorso «*n'est en effet pas un sujet juridique et elle ne peut donc être un sujet législatif*», sottolineando in tal modo come non spetterebbe al legislatore consacrare fatti storici in verità indiscutibili, essendo tutt'al più di competenza dei giudici, mediante l'applicazione di criteri nazionali o internazionali, l'individuazione della sanzione da applicare per un crimine contro l'umanità. In questo modo il legislatore avrebbe superato i confini della propria sfera di competenza, con conseguente violazione dell'art. 16 della *Déclaration de droits de l'homme et du citoyen* del 1789 sulla separazione dei poteri.

Ciò che i ricorrenti contestavano, da un punto di vista strettamente costituzionalistico, era la possibilità di istituire una nuova figura di reato, subordinata al riconoscimento legislativo di fatti storici, per definizione aleatorio e sottoposto alle pressioni politiche del momento. Al contrario, tale determinazione rientrerebbe nella competenza dei giudici e non del legislatore anche se, euristicamente parlando, si tratta di una materia che non può che appartenere al dibattito storico

pubblico, che sarebbe seriamente compromesso e ostacolato da una legge come quella impugnata. Il *Conseil* non ha avuto bisogno di fare grandi giri di parole. Con una decisione succintamente motivata⁶⁰, ha rilevato in modo chiaro l'incostituzionalità della normativa impugnata, evidenziando in particolare, due punti di contrasto, strettamente collegati tra di loro. La norma che, se avesse passato il vaglio di costituzionalità del *Conseil*, avrebbe punito la contestazione dell'esistenza (solo) di quei genocidi riconosciuti dalla legge francese è stata dichiarata incompatibile sia con la libertà di espressione, che con il principio generale, ricavabile dal combinato disposto dell'art. 6 della *Déclaration* del 1789, secondo il quale la legge è espressione della volontà generale, con altre norme di valore costituzionale (primo tra tutti l'art. 34 della Costituzione), secondo cui la legge in materia di diritti e libertà deve rivestire una portata normativa⁶¹.

In particolare, il giudice costituzionale d'oltralpe ha sottolineato come il legislatore possa disciplinare e limitare, anche mediante la previsione di sanzioni penali, l'esercizio di una libertà costituzionalmente garantita, specialmente nel caso di condotte che attentino all'ordine pubblico o ai diritti dei terzi, purché si tratti di limiti necessari, adeguati e proporzionati rispetto all'obiettivo perseguito. Difatti, secondo l'art. 34 della Costituzione, il legislatore ha il compito di fissare le regole concernenti le garanzie fondamentali e i diritti civili riconosciuti ai cittadini per l'esercizio delle libertà pubbliche.

Secondo il *Conseil* una disposizione normativa avente ad oggetto il riconoscimento di un crimine di genocidio non riveste portata normativa. Pertanto, il reprimere la negazione o la minimizzazione dell'esistenza di uno o dei vari crimini di genocidio "riconosciuti come tali dalla legge francese" (secondo la formulazione dell'art. 1 della legge impugnata) violerebbe il diritto costituzionale alla libertà di espressione e di comunicazione che può essere limitato solo dalla "legge" da intendersi come strumento espressione della volontà

⁶⁰ *Conseil Constitutionnel, Décision n. 2012-647, DC* del 28 febbraio 2012.

⁶¹ Più nello specifico, oltre ad essere lo strumento espressione della volontà generale ed astratta, secondo quanto esplicitamente stabilito nell'art. 6 della Dichiarazione, la legge ha la vocazione di prevedere regole e, pertanto, deve avere una portata normativa. Tale caratteristica della legge è imprescindibile con riferimento a quelle disposizioni che incidono sul contenuto e la portata dei diritti fondamentali (art. 34 della Costituzione).

generale (secondo quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 6 della Dichiarazione del 1789 e l'art. 34 della Costituzione). Come visto, nonostante siano poche le parole utilizzate dal giudice costituzionale francese per dichiarare l'incostituzionalità della legge impugnata colpiscono nel vivo, centrando il cuore del dibattito che anima il continente europeo – e non solo – circa la portata dei limiti alla libertà di espressione e il rapporto tra diritto e storia, mediante la stretta delimitazione delle funzioni del diritto, tra le quali non rientra la determinazione della verità storica⁶².

Seppur controtendenza, la pronuncia del giudice costituzionale francese non rappresenta un caso isolato. Nel 2007, infatti, il *Tribunal Constitucional* spagnolo aveva già inferto un duro colpo alla legislazione penale spagnola in materia di discriminazione razziale, dichiarando incostituzionale il delitto di negazionismo e ponendo in tal modo la Spagna in una posizione controcorrente rispetto a quella prevalente in Europa⁶³. La norma investita dalla declaratoria di

⁶² Per un approfondimento della decisione del *Conseil Constitutionnel* sia consentito rinviare a SPIGNO, *La pronuncia del Conseil constitutionnel, tra lois mémorielles e normative antinegazionismo*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2012, 1420- 1424. Si vedano inoltre, tra i numerosi commenti della dottrina francese, TERRE, *L'histoire jugera*, in *La Semaine juridique*, 2012, 525, AMSON, *Loi sur la négation du génocide arménien: la décision du Conseil constitutionnel du 28 février 2012 ou l'impossible conciliation des lois mémorielles et de la liberté d'expression*, in *Gazette du Palais*, 28-03- 2012, 9-11, ROUX, *Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien: l'a-normativité à l'inconstitutionnalité de la loi*, in *Recueil Dalloz*, 12-04-2012, 987-993, PUIG, *La loi peut-elle sanctuariser l'Histoire?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, 78-84, MALLET POUJOL, *La loi de pénalisation du négationnisme: la censure constitutionnelle ou le crépuscule des lois mémorielles*, in *Légipresse*, 2012, 219-226, FRANCILLON, *Pénalisation de la contestation de l'existence d'un génocide reconnu par la loi*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012, 179-182, BRUNET, *De la censure constitutionnelle de la loi "visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi"*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012, 343-354, MACAYA- VERPEAUX, *Le législateur, l'histoire et le Conseil constitutionnel*, in *Actualité juridique-Droit administratif*, 2012, 1406-1411.

⁶³ Si tratta della sentenza del *Tribunal Constitucional* del 7 novembre 2007, n. 235 (questione di costituzionalità n. 5152/2000, presentata dalla *Sección Tercera* dell'*Audiencia Provincial* di Barcellona con atto del 14 settembre 2000, con riferimento all'art. 607, c. 2 del codice penale spagnolo). La sentenza è attualmente reperibile in: <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2007-235.html>

incostituzionalità, l'art. 607, c. 2 del *Código penal*⁶⁴, era stata introdotta nel codice penale con la riforma operata dalla *Ley Organica* n. 10 del 23 novembre 1995⁶⁵. Tale disposizione era parte del sistema normativo adottato dal legislatore spagnolo per dare attuazione, attraverso lo strumento penale, agli impegni assunti dalla Spagna in ambito internazionale per prevenire e perseguire il genocidio⁶⁶. L'inserimento nell'impianto codicistico di tale normativa penale antixenofoba era stato influenzato in modo incisivo anche dalla sentenza del *Tribunal Constitucional* dell'11 novembre 1991, n. 214, meglio conosciuta come "sentenza Friedman"⁶⁷, nella quale si

⁶⁴ Il testo dell'art. 607, c. 2 come introdotto dalla *Ley Organica* 10/2005, stabiliva che «*La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos [de genocidio y afines] tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años*».

⁶⁵ La riforma del Codice penale del 1995 ha previsto un insieme di norme volte a punire comportamenti discriminatori e xenofobi, dotando così l'ordinamento spagnolo di uno strumentario particolarmente ricco e dettagliato che si articola nella previsione, in particolare, delle seguenti fattispecie incriminatrici: l'art. 18, il quale disciplina in generale l'istigazione a delinquere e l'apologia di reato, l'art. 510, in materia di incitamento alla discriminazione e all'odio razziale, l'art. 519, con riferimento all'incitamento a commettere il delitto di associazione illecita ed, infine, l'art. 615, che rappresenta una norma di applicazione generale, in quanto punisce la provocazione, la cospirazione e la proposizione per l'esecuzione dei reati previsti nel Titolo XXIV del Codice penale, intitolato "Crimini contro la comunità internazionale".

⁶⁶ Per un approfondimento del dibattito parlamentare che condusse all'approvazione della *Ley Organica* 4/1995 di modifica del Codice penale, cfr. BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)*, in *Revista española de derecho constitucional*, 2009, 314 ss., il quale ritiene che la decisione di inserire il reato di apologia di genocidio avesse un valore meramente simbolico volto a trasmettere un messaggio di tranquillità alla popolazione, quasi una funzione pedagogica, piuttosto che una funzione di protezione di uno specifico bene giuridico. Il secondo comma dell'art. 607 fu un emendamento proposto dal *Partido Popular* e durante i dibattiti parlamentari, l'approvazione di tale articolo fu appoggiata con argomentazioni che si basavano sulle raccomandazioni del Consiglio d'Europa. S veda anche TORRES PÉREZ, *La negación del genocidio ante la libertad de expresión: las inconcistencias de la STC 235/2007 al descubierto*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2007, 170.

⁶⁷ Il caso nacque in seguito alle dichiarazioni rese contro il popolo ebraico da Leon Degrelle durante un'intervista. Degrelle era un ex combattente nazista della seconda guerra mondiale, nonché ex capo del REX, un partito fascista belga fondato nel 1930. La signora Violeta Friedman, sopravvissuta al campo di sterminio di Auschwitz, dove però erano stati uccisi tutti i suoi familiari, sentendosi lesa nel proprio diritto all'onore dalle dichiarazioni di Degrelle, presentò ricorso di *amparo*. Il *Tribunal Constitucional*,

afferitava che «né la libertà di pensiero, né la libertà di espressione includono il diritto a porre in essere manifestazioni, espressioni o campagne di carattere razzista o xenofobo, posto che, secondo quanto previsto dall'art. 20, c. 4 della Costituzione, non esistono diritti illimitati e questo diritto è contrario non solo al diritto all'onore, ma anche ad altri beni costituzionali come la dignità umana. (...) L'odio e il disprezzo nei confronti di un popolo o di un'etnia sono incompatibili con il rispetto della dignità umana, che solo si realizza se si considerano uguali tutti gli uomini, tutte le etnie e tutti i popoli»⁶⁸. Sulla base delle affermazioni del giudice costituzionale, e spinto dai vari documenti internazionali approvati in questo senso, il legislatore spagnolo del 1995 aveva stabilito che anche la negazione del genocidio fosse considerata come reato, in quanto forma di istigazione alla discriminazione e all'odio razziale.

Il caso portato all'attenzione del *Tribunal* nasce dalla condanna pronunciata il 16 novembre 1998 dal *Juzgado Penal* n. 3 di Barcellona nei confronti di Pedro Varela Geis per il reato di cui all'art. 607, c. 2. Geis era il titolare e il direttore di una libreria e, a partire dal giugno 1996, aveva diffuso e venduto materiali di vario tipo nei quali, in forma reiterata, si negavano la persecuzione e il genocidio degli ebrei durante la seconda guerra mondiale e si incitava alla discriminazione e all'odio nei loro confronti. Nella libreria si vendevano anche altri testi concernenti l'arte, la storia e la mitologia, ma il loro numero era decisamente esiguo rispetto ai testi dedicati al revisionismo

in considerazione del fatto che tali dichiarazioni erano state rese nei confronti dell'intero popolo ebraico e non specificamente contro la signora Friedman, per poter accogliere la domanda di *amparo* fu costretto ad ampliare l'ambito di incidenza del diritto all'onore rispetto a come era stato tradizionalmente inteso, con una sentenza che, secondo la definizione data dalla stessa giurisprudenza costituzionale, costituiva una "teoria rivoluzionaria della legittimazione processuale". In tal modo, il *Tribunal* riconobbe al diritto all'onore una dimensione oggettiva in virtù del vincolo esistente con la dignità umana e affermò che tutti i membri di un determinato gruppo etnico o sociale godevano del diritto ad ottenere il risarcimento in seguito alle offese rivolte all'intero gruppo. In quella occasione, il *Tribunal* precisò che le affermazioni, i dubbi e le opinioni naziste nei confronti degli ebrei e dei campi di concentramento, per quanto fossero riprovevoli, rientravano nell'ambito di garanzia riconosciuto dalla libertà di espressione, specialmente in relazione con la libertà di coscienza di cui all'art. 16 della Costituzione spagnola, purché si trattasse «solo di opinioni soggettive e interessate relativamente a determinati fatti storici». Cfr. BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio no es una conducta punible*, cit., 306-309.

⁶⁸ *Tribunal Constitucional*, sent. 214/1991.

dell'Olocausto. Oltre che come responsabile del delitto di negazione del genocidio il *Juzgado* di Barcellona condannò l'imputato anche per il reato di cui all'art. 510, c. 1 c.p. e cioè incitamento alla discriminazione, all'odio razziale e alla violenza contro gruppi o associazioni per motivi razzisti o antisemiti. Contro la sentenza di condanna, Geis presentò appello davanti alla *Sección Tercera* dell'*Audiencia Provincial* di Barcellona che, dopo varie vicissitudini processuali⁶⁹, sollevò la questione al *Tribunal Constitucional*. Il dubbio di costituzionalità presentato dall'*Audiencia Provincial* si basava sul presunto contrasto del reato di negazionismo con il diritto alla libertà di espressione, previsto e garantito dall'art. 20, c. 1 della Costituzione spagnola.

Sia l'*Abogado del Estado*, che il *Fiscal General del Estado*, entrambi intervenuti nel giudizio davanti al *Tribunal Constitucional*, per sostenere la costituzionalità della norma impugnata, avevano sottolineato che tanto la negazione, quanto la giustificazione del genocidio erano delle forme espressive che contenevano un potenziale pericolo per beni giuridici di rilevanza fondamentale, quali i diritti delle minoranze religiose, etniche o razziali e lo stesso ordine costituzionale, posto che si trattava di idee potenzialmente idonee a destabilizzare l'intero sistema democratico⁷⁰.

Il giudice costituzionale spagnolo parte dalla considerazione che in nessun ordinamento la libertà di espressione è un diritto assoluto. La diffusione di frasi ed espressioni oltraggiose ed offensive, totalmente prive di collegamento con le idee o opinioni che si vogliono esporre, e quindi non necessarie a questo proposito, si colloca al di fuori dell'area tutelata dalla previsione costituzionale. La libertà di espressione non garantirebbe il diritto ad esprimere e diffondere una determinata concezione della storia con il preciso intento di disprezzare o discriminare persone o gruppi di persone in virtù di motivazioni legate a particolari condizioni o circostanze personali, etniche o sociali. Se si riconoscesse una protezione costituzionale anche a tali affermazioni, si

⁶⁹ Sia consentito rinviare a SPIGNO, *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, 1921-1931.

⁷⁰ Nelle loro argomentazioni, tale pericolo potenziale era di per sé una giustificazione sufficiente per la punizione del negazionismo, in quanto condotta idonea a colpire non solamente coloro nei confronti dei quali era rivolta bensì, in un senso più ampio, tutta la democrazia nel suo complesso sarebbe stata danneggiata. Sent. 235/2007, cit., *Fundamento Jurídico* 3.

ammetterebbe che la Costituzione consenta ai discorsi negazionisti di violare i valori supremi dell'ordinamento giuridico, come l'uguaglianza e la dignità della persona. Valori questi che costituiscono il limite che non può essere superato nemmeno dall'esercizio di altri diritti costituzionalmente tutelati e che viene sicuramente oltrepassato nel caso dei c.d. "*discursos del odio*".

Ma la mera negazione dell'avvenimento di determinati fatti storici – seppur estremamente gravi, dice il *Tribunal* – non costituisce "*discurso del odio*", in quanto difetta il requisito dell'incitamento diretto alla violenza contro determinati soggetti individuati per l'appartenenza a particolari minoranze razziali, religiose o etniche⁷¹. I discorsi negazionisti, pertanto, anche se contestano l'esistenza di fatti storici gravi quali il genocidio, non si accompagnano a giudizi di valore sulla

⁷¹ Secondo il Tribunale infatti, il negare che un atto qualificabile come genocidio si sia verificato non costituisce modalità del c.d. "*discursos del odio*", in quanto non comporta l'emissione di un giudizio di valore su tali fatti o sulla loro antiggiuridicità e quindi in linea di principio tale condotta è innocua. Infatti, non si può affermare, neanche tendenzialmente, che ogni negazione di atti di genocidio persegua la creazione di un clima sociale di ostilità nei confronti di coloro che appartengono al gruppo che fu vittima del genocidio che si pretende negare. Per poter incriminare tale condotta e garantire la costituzionalità dell'art. 607, c. 2 del codice penale spagnolo, sarebbe stato necessario prevedere un elemento in più e cioè che la negazione fosse idonea a creare un clima di ostilità nei confronti del gruppo colpito. Per un commento della sentenza in prospettiva comparata si vedano BILBAO UBILLOS *La negación de un genocidio no es una conducta punible*, cit., 299-352 e dello stesso AUTORE, *Derecho penal, memoria y verdad histórica: la Criminalización de la negación del genocidio*, in *Anuario Parlamento y Constitución*, 2008, 39-73. Cfr. inoltre LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit., 1208. Sia inoltre consentito rinviare a SPIGNO, *Un dibattito ancora attuale*, cit. Tra i vari commenti critici nei confronti della sentenza 235/2007 cfr. TORRES PÉREZ, *La negación del genocidio ante la libertad de expresión: las inconsistencias de la STC 235/2007 al descubierto*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2007, 163-199 e BARRERO ORTEGA, *Negacionismo y libertad de expresión o de cómo frenar el discurso del odio*, in CRUZ DÍAZ-RODRÍGUEZ PRIETO, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, Madrid, 2009, 87-105. Per un commento a favore della sentenza cfr. invece DE LA ROSA, *Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional*, in *Diario La Ley*, 2007, 1268-1272, secondo la quale «*Entendemos razonable la solución de nuestro máximo intérprete constitucional expulsando de nuestro ordenamiento un tipo que afectaba directamente al núcleo del derecho a la libertad de expresión*», esprimendo la propria preoccupazione relativa al fatto che data l'ampiezza della formulazione della norma essa era potenzialmente applicabile anche a quei genocidi del passato più lontano, così come a quelli nei confronti dei quali non vi era un accordo nemmeno tra gli storici.

loro anti-giuridicità, rientrando così nell'ambito di protezione garantito dalla libertà di ricerca scientifica e accademica, riconosciuta dall'art. 20, c. 1, lett. b) della Costituzione spagnola. Secondo il giudice costituzionale, non vi è una diretta coincidenza tra il proposito negazionista e l'obiettivo di creare un clima sociale di ostilità contro coloro che appartengono al gruppo vittima del genocidio di cui si contesta l'esistenza. Tale condotta si collocherebbe dunque ad uno stadio precedente rispetto a quello che giustifica l'intervento del diritto penale⁷², in quanto non rappresenta un pericolo – nemmeno potenziale, a dire del *Tribunal* – per i beni giuridici protetti. Discorso diverso invece è quello che investe la condotta giustificativa, che in realtà integrerebbe l'espressione di un giudizio di valore che può facilmente tradursi nell'incitamento, anche se indiretto, alla commissione di tali delitti⁷³. L'intervento del legislatore penale è, quindi, legittimo, purché la giustificazione rappresenti in qualche modo un incitamento al genocidio⁷⁴.

Anche in questo caso, come nella sentenza del *Conseil* di cui sopra, dallo scontro tra storia e diritto, la storia esce vittoriosa, abbandonando uno spazio che non le appartiene, per riconquistare il terreno della libera ricerca storica. È infatti orientamento consolidato del giudice costituzionale spagnolo, confermato anche nella sentenza che si è appena analizzata, quello secondo il quale non spetta al giudice esprimere dei giudizi di valore sulle opinioni che hanno ad oggetto l'avvenimento di determinati fatti storici⁷⁵. Allo stesso tempo però la

⁷² Si parla a tale proposito di "negazionismo categorico". Cfr. in questo senso SHAFIR, *Between Denial and "Comparative" Trivialization*, Gerusalemme, 2002

⁷³ Con riferimento alla difficoltà di distinguere con chiarezza le due fattispecie della negazione e della giustificazione cfr. CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Quad. Cost.*, 2008, 635-640, che peraltro risulta molto critico nei confronti della distinzione operata dal *Tribunal Constitucional*.

⁷⁴ La sentenza contiene quattro voti particolari, i quali – in parte con motivazioni differenti ed in parte coincidenti – sostengono la conformità a Costituzione dell'art. 607, c. 2 c.p. Per una breve discussione dei voti particolari si veda BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio no es una conducta punible*, cit., 344 ss.

⁷⁵ Così, il Tribunale costituzionale spagnolo nella sentenza 235/07 e in particolare nell' *Fundamento jurídico* 4, dove si sottolinea che «*las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean -y en realidad lo son al negar la evidencia de la historia- quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues,*

libertà di espressione non deve funzionare come veicolo per la diffusione di una determinata versione storica o concezione del mondo con l'intento di discriminare ed offendere. Se quindi il contribuire alla formazione di una coscienza storica collettiva non rientra tra le funzioni del diritto giurisprudenziale, questo compito spetta piuttosto alla libertà di espressione e di ricerca storica, visto l'ampio margine di manovra lasciato dall'art. 20 della Costituzione spagnola. In virtù del valore del dialogo plurale, il diritto ha il dovere di creare le condizioni affinché sia possibile condurre la ricerca storica, per definizione polemica e discutibile. Proprio questa condizione di incertezza e di continua modificabilità rappresenta un elemento consustanziale al dibattito storico, che in questo modo svolge il suo ruolo fondamentale nella formazione di una coscienza storica che sia adeguata alla dignità dei cittadini all'interno di una società libera e democratica⁷⁶.

5. Come ricordare senza "giudicare"?

Diritto e storia hanno sempre interagito tra di loro, mediante delle dinamiche in continua evoluzione che determinano dei meccanismi in parte nuovi che si realizzano nel momento in cui il diritto, tanto legislativo, quanto giurisprudenziale, interagisce con la ricerca storica. Quando questo accade e specialmente quando il legislatore interviene agendo sulla libertà di ricerca degli storici mediante *lois mémorielles* o normative antinegazionismo, è il diritto costituzionale alla libera espressione a doverne pagare le conseguenze. Difatti, se già di per se nelle normative anti-negazionismo, per il solo fatto di prevedere delle sanzioni penali per un determinato tipo di espressione, la limitazione

con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos». Lo stesso orientamento è rinvenibile anche nella giurisprudenza della Corte europea, che in diverse occasioni nelle quali si metteva in discussione la collaborazione con le atrocità commesse dai nazisti durante la seconda guerra mondiale ha affermato che la ricerca della verità storica è parte integrante della libertà di espressione e non rientra tra le sue competenze mettere in discussione la questione storica di fondo. In questo senso si veda la sentenza *Chauvy e altri c. Francia*, cit., par. 69.

⁷⁶ Si veda la sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo 43/2004, in particolare il *Fundamento jurídico* 4.

alla libertà di espressione è *in re ipsa*, anche la conclusione di un Tribunale che afferma quale deve essere il metodo corretto seguito dallo storico – in particolare per quanto concerne la diffusione dei risultati della sua attività – è fortemente limitativo di tale libertà fondamentale. In particolare, il prestabilire una determinata verità storica mediante strumenti giuridici rappresenta una limitazione della libertà di ricerca storica. La determinazione giudiziale di quale debba essere il metodo storico corretto agisce sull'evoluzione della ricerca storica, la quale essendo appunto in continuo sviluppo porta a continui ripensamenti e non dovrebbe essere limitata nemmeno nel caso in cui i contenuti indagati e diffusi siano falsi. L'interferenza creata tra regole legislative, determinazioni giudiziali e canoni della ricerca storica produce l'effetto di orientare o precludere determinati svolgimenti della ricerca storica in base a giudizi di fatto o di valore formalizzati *ex ante*. Si tratta quindi di un'operazione che comprime l'autonomia dello storico, con il rischio di predeterminare in modo arbitrario i risultati della stessa indagine storica. Difatti, tanto le normative antinegazionismo quanto le leggi sulla memoria hanno suscitato delle forti reazioni critiche sia sul piano politico quanto su quello culturale, determinando un *chilling effect* sulla libertà di espressione, in quanto inibiscono la diffusione di determinate ricostruzioni storiche così come eventuali rettificazioni o integrazioni.

Ogniqualevolta il diritto tenta di varcare la soglia della storia e prescrive di ricordare o di dimenticare per legge lascia spazio a critiche, che richiamano l'attenzione sulla necessità di adottare determinate precauzioni.

Rimane a questo punto da chiedersi: quale strumento utilizzare per garantire la memoria di determinati fatti e il rispetto delle vittime di quegli eventi e allo stesso tempo non giudicare una disciplina la cui metodologia rifugge da qualunque tipo di formalismo giuridico?

Date tutte le implicazioni non solo di tipo strettamente costituzionalistico, sarebbe più accettabile l'utilizzo di strumenti alternativi, come ad esempio atti di indirizzo e/o risoluzioni o dichiarazioni perché il legislatore non può non tenere conto degli effetti giuridici conseguenti alle proprie iniziative nel campo della memoria. Difatti, uno dei rischi che questa pratica comporta è rappresentato dal fatto che, nel momento in cui si tenta di creare una memoria condivisa, specialmente laddove non sussistano i presupposti per tale memoria, è

che questa “condivisione” venga fatta direttamente dall'alto, sia praticamente imposta. L'approvazione di queste leggi dovrebbe quanto meno risiedere su un accordo sul fatto che certi fatti siano accaduti e abbiano prodotto danni irreparabili. Accordo che deve essere conseguenza di un dibattito pubblico.