MIRKO DELLA MALVA

"LA STORIA OGGETTO DEL DIRITTO: IL DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA TUTELA DELLA DIGNITÀ DELLE VITTIME, LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO E PROTEZIONE DELLA DEMOCRAZIA"

1. Introduzione: la storia oggetto del diritto

Sebbene la *Storia* non abbia costituito oggetto di particolare interesse da parte della dottrina classica del diritto è indubbio che *essa* – o meglio gli eventi che *ad essa* gli autori della scienza storica hanno ricondotto in ragione della rispettiva rilevanza nel lungo cammino dell'umanità – sia stata sovente oggetto di considerazione da parte dei tradizionali attori istituzionali: i legislatori (anche nella loro veste di *autorizzatori* di decisione assunte in sede internazionale), gli organi deputati all'esecuzione, le corti giudiziali[1].

Parte non irrilevante del diritto, da Solone ai giorni nostri, risulta infatti permeata da irrefutabili riferimenti ad avvenimenti storici, ovvero, dai medesimi ha originato allo scopo di dettare discipline giuridiche peculiari.

Nel novero di dette enunciazioni, talune appaiono sprovviste di valore prescrittivo: è il caso ad esempio di talune rilevanti dichiarazioni dell'età moderna[2], dei preamboli di diversi testi costituzionali[3] come pure di una molteplicità di *pacta* tra Stati[4]. Altri costituiscono, viceversa veri e propri atti di natura dispositiva, dotati persino di valore costituzionale[5]: devono annoverarsi tra questi tutte le prescrizioni ascrivibili alla c.d. *giustizia di transizione*[6]: dalle norme di epurazione alle discipline sull'apertura degli archivi segreti, dalle amnistie alla previsione di modalità di risarcimento per i danni ai singoli individui arrecati.

---

[1] Il diritto, come ha sottolineato Fulco Lanchester, costituisce del resto "*lo strumento di regolazione indispensabile dei rapporti intersoggettivi degli aggregati umani, sulla base di un parco di valori storicamente situato*". Esso è nelle parole di Friedrich "*frozen history*". Cfr. *Civiltà del diritto e identità italiana*, in www.parlalex.it. La definizione di Friedrich è contenuta invece in C. J. Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, Chicago, 1958.

[2] E' il caso ad esempio della Dichiarazione di indipendenza delle tredici colonie americane del 4 luglio 1776, in cui si legge "*La storia dell'attuale Re di Gran Bretagna è una storia di ripetute ingiurie ed usurpazioni, tutte aventi l'obiettivo diretto di stabilire un'assoluta Tirannia su questi Stati. Per provarlo lasciamo che i fatti siano sottoposti ad un imparziale giudizio: egli ha rifiutato il suo assenso alle leggi più opportune e necessarie per il bene pubblico (…)*". Stesse considerazioni erano contenute peraltro nella poco precedente Costituzione della Virginia del 29 giugno 1776.

[3] Si ricordi ad esempio il preambolo della *Charte constitutionelle* del 1814 in cui si dà conto dei motivi che hanno indotto il sovrano Luigi XVIII ad concedere quella Carta, ricostruendo le principali tappe riformistiche dei suoi predecessori; ma si rammenti anche il preambolo della Costituzione del Libero Stato di Baviera del 2 dicembre del 1946, in cui si legge "*In considerazione dei cumuli di macerie ai quali un ordinamento statale e sociale senza Dio, senza coscienza e senza rispetto della dignità umana ha condannato i sopravvissuti alla II Guerra mondiale, nella ferma intenzione di garantire durevolmente alle future generazioni tedesche la grazia della pace, del diritto e del rispetto della dignità umana, il popolo bavarese, memore della sua storia ultramillenaria, si dà la presente Costituzione democratica*"; o ancora quello della più recente Costituzione del Land Sassonia (27 maggio 1992) in cui rinveniamo la seguente menzione "*Ricollegandosi alla storia della Marca di Meißen, dello Stato di Sassonia e del territorio della Bassa Sassonia, fondandosi sulle tradizioni della storia costituzionale sassone, partendo dalle dolorose esperienze della tirannia nazionalsocialista e comunista, memore della propria colpa per il suo passato, guidato dalla volontà, di servire la giustizia, la pace e la tutela del creato, il popolo nel Libero Stato di Sassonia, grazie alla rivoluzione pacifica dell'ottobre 1989, si è dato questa Costituzione*".

[4] Nel preambolo del Trattato di Pace di Parigi concluso fra l'Italia e le Potenze Alleate ed Associate, il 10 febbraio 1947 si legge ad esempio: "*(…) Premesso che a seguito delle vittorie delle Forze alleate e con l'aiuto degli elementi democratici del popolo italiano, il regime fascista venne rovesciato il 25 luglio 1943 e l'Italia, essendosi arresa senza condizioni, firmò i patti d'armistizio del 3 e del 29 settembre del medesimo anno; e Premesso che dopo l'armistizio suddetto Forze Armate italiane, sia quelle governative che quelle appartenenti al Movimento della Resistenza, presero parte attiva alla guerra contro la Germania, l'Italia dichiarò guerra alla Germania alla data del 13 ottobre 1943 e così divenne cobelligerante nella guerra contro la Germania stessa (…)*";

[5] Tra questi si ricordi l'Atto di deposizione del Bonaparte votato dal Senato francese il 3 aprile 1814, ove, al termine di una dettagliata ricostruzione dei misfatti del generale còrso, si statuiva esplicitamente la decadenza dal trono dell'imperatore dei francesi e lo scioglimento del giuramento di fedeltà a questi prestato da parte dell'esercito e del popolo. Interessante è altresì l'art. 11 della già citata *Charte constitutionelle* del 1814, in cui viene comandato esplicitamente l'oblio sulle precedenti vicende storiche: "*Ogni ricerca sulle opinioni e sui voti emessi fino alla Restaurazione è proibita. Lo stesso oblio è ordinato ai tribunali e ai cittadini*".

[6] Sulla transazione alla democrazia come categorizzazione generale cfr. su tutti J. Elster, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Bologna, 2008.

Accanto alle predette disposizioni, presuppongono l'esistenza di antefatti *storici* anche una pluralità di apparati normativi afferenti il conferimento di menzioni onorifiche[7], l'assegnazione di liberalità e provvidenze[8], l'odonomastica e la monumentalistica, la designazione di eventi e cerimonie pubbliche[9]. Nel novero di questi devono includersi infine le regolamentazioni inerenti l'insegnamento scolastico, specie in materia di programmazione degli insegnamenti di carattere storico o filosofico[10].

Accanto al versante normativo, venne ad affermarsi poi, al termine del Secondo conflitto mondiale, la conoscenza e la valutazione di eventi storici da parte dell'attività giudiziaria.

L'esigenza di incriminare i responsabili dei delitti bellici e degli esecrandi crimini contro l'umanità perpetrati dalle autorità del *Reich* e dell'Impero del *Sol Levante* condusse infatti le potenze alleate ad istituire organismi giurisdizionali *ad hoc*: il Tribunale militare internazionale di Norimberga e la Corte militare internazionale per l'Estremo Oriente[11]. L'esercizio delle indagini postulava, come è evidente, la conoscenza particolareggiata dei singoli avvenimenti, i quali in non poche circostanze furono proprio in quei frangenti ricostruiti e analizzati e, all'esito, consegnati − con le risultanze istruttorie − alla cognizione, non solo dei collegi giudicanti, ma altresì della pubblica opinione e della scienza storica, la quale, vide da quel momento il proprio ambito di investigazione infondersi di categorizzazioni tipiche della sapienza *iuris*, ed ancor più del greve fardello del "giudicato processuale".

Detto fenomeno, noto come *tribunalizzazione della storia*[12] non fu peraltro destinato ad esaurirsi in sede internazionale, ma conobbe considerevole seguito a livello statuale, ove furono istruiti procedimenti penali a carico dei principali esponenti

---

[7] Al riguardo, con riferimento al solo caso italiano (e limitatamente al periodo repubblicano) può menzionarsi la copiosa normativa in materia di concessione di medaglie onorifiche, solo a titolo di esempio si cita: D. Lgs. 21 aprile 1948, n. 1054 in materia di "*Riconoscimento della qualifica di volontario della seconda guerra mondiale*" il D.P.R. 8 settembre 1949, n. 773 confermante la concessione della Croce al merito di guerra per i combattenti del Primo conflitto mondiale, il D.P.R. 6 maggio 1959, n. 399 del istitutivo della Medaglia commemorativa del periodo bellico 1940-43; la Legge 27 dicembre 2006, n. 206 prevedente l'attribuzione della Medaglia d'Onore ai cittadini italiani, militari e civili, deportati ed internati nei lager nazisti, durante l'ultimo conflitto mondiale e destinati al lavoro coatto per l'economia di guerra. Alle predette normative deve aggiungersi inoltre la Legge 18 marzo 1968, n. 263 "*Riconoscimento in favore dei partecipanti alla guerra 1914-18 e alle guerre precedenti*" istitutiva della specifica onorificenza repubblicana dell'Ordine di Vittorio Veneto. Discipline normative analoghe sono ravvisabili in tutti i Paesi europei. Per quanto riguarda la Francia si ricordano in particolare la menzione "*Mort pour la France*" presente in centinaia di targhe e cenotafi commemorativi, istituita con legge 2 luglio 1915 e la "*Médaille Commémorative de la Grande Guerre*" del 23 giugno 1920. Il Begio e la Gran Bretagna hanno istituito di contro *Herinneringsmedaille van de oorlog 1914-1918* (29 luglio 1919) e la *British War Medal 1914-18* (1919).

[8] Esempi al riguardo sono offerti, con riferimento ancora al solo caso italiano, dalla ricordata Legge 18 marzo 1968, n. 263, stabilente per i reduci della Grande guerra l'assegnazione di un assegno annuo vitalizio erogabile dalle direzioni provinciali del tesoro; dalla Legge 10 marzo 1955 n. 96, "*Provvidenze a favore dei perseguitati politici antifascisti, razziali e dei loro familiari superstiti*"; dalla Legge 18 novembre 1980, n. 791,"*Istituzione di un assegno vitalizio a favore degli ex deportati nei campi di sterminio nazista KZ*" e s.m.i e dal D.P.R. 6 ottobre 1963, n. 2043 "*Norme per la ripartizione della somma versata dal Governo della Repubblica Federale di Germania, in base all'Accordo di Bonn del 2 giugno 1961, per indennizzi a cittadini italiani colpiti da misure di persecuzione nazionalsocialiste*".

[9] Per l'Italia repubblicana si ricorda il Decreto luogotenenziale 22 aprile 1946, n. 185, recante "*Disposizioni in materia di ricorrenze festive*", il cui articolo primo reca: "*A celebrazione della totale liberazione del territorio italiano, il 25 aprile 1946 è dichiarato festa nazionale*". La festività venne poi resa permanente dalla Legge 27 maggio 1949, n. 260 "*Disposizioni in materia di ricorrenze festive*". Alla stessa vennero affiancate ulteriori celebrazioni di eventi significativi del passato nazionale: Il 2 giugno, data di fondazione della Repubblica, il 4 novembre, anniversario della vittoria della Prima guerra mondiale (poi Festa delle Forze armate e infine Festa dell'unità nazionale), il 28 settembre giornata in ricordo dell'insurrezione popolare di Napoli. Il calendario celebrativo fu successivamente assoggetto a numerosi mutamenti. Si ricordi infine, che nel 2011, tra incessanti polemiche fu approvato il D.L. 22 febbraio 2011 n. 5 (convertito in legge 21 aprile 2011 n. 47) istitutivo, in occasione del 150° anniversario dell'Unità d'Italia, della Festa nazionale del 17 marzo.

[10] Si tratta di fenomeni frequenti soprattutto nel passato (tra la fine dell'Ottocento e la prima metà del Novecento) ove, pur in contesti liberali, i decreti attuativi delle leggi in materia di istruzione tendevano a descrivere in modo particolareggiato le nozioni da porre ad oggetto dell'insegnamento scolastico. Oggi, al contrario, le indicazioni sono decisamente più sintetiche e incentrate sugli obiettivi da raggiungere, così da non vedere frustrate le disposizioni di cui all'art. 33 Cost. Si veda ad esempio il Decreto n. 682 del 4 novembre 1996 relativo alla suddivisione annuale del programma di storia (c.d. *Decreto Berlinguer*).

[11] L'idea di porre sotto processo i responsabili dei crimini di guerra originò invero già all'indomani della Prima guerra mondiale. Il Trattato di Versailles del 28 giugno 1919 contemplava infatti il diritto delle potenze vincitrici alleate di giudicare e punire i responsabili delle gravi violazioni di legge (artt. 227, 228 e 229). Un simile giudizio non venne però mai attuato e fu solo con l'accordo di Londra dell'8 aprile 1945, istitutivo del Tribunale militare di Norimberga, che l'idea della persecuzione penale dei colpevoli si tradusse in realtà. Per maggiori approfondimenti sul processo di Norimberga si rinvia a A. Tarantino, R. Rocco, *Il processo di Norimberga a 50 anni dalla sua celebrazione*, Milano, 1998

[12] Per maggiori dettagli sul tema cfr. Melloni, in O. Marquard, A. Melloni, *La storia che giudica, la storia che assolve*, Roma-Bari, 2008. Per un approfondimento in particolare sul tema della giustizia dei vincitori si veda D. Zolo, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Roma-Bari, 2006

delle passate élite antidemocratiche[13], come pure giudizi in sede civile[14] finalizzati all'ottenimento, da parte delle vittime, di forme di ristoro monetario per quanto patito a ragione del proprio *status* o a causa delle contingenze militari.

Simile interesse giuridico (*rectius* giudiziario) per vicende già iscritte nelle pagine della storia conobbe però una significativa battuta d'arresto nel primo decennio post-bellico. Nell'Europa occidentale le sopraggiunte logiche della Guerra Fredda, imposero infatti alle nuove autorità democratiche l'abbandono della ricostruzione degli eventi del passato conflitto e la ricerca delle rispettive responsabilità, al fine di non veder privati gli schieramenti *democratici* di ogni utile contributo nella lotta contro l'espansionismo comunista

Nei Paesi d'oltrecortina, viceversa, fu l'ideologia di Stato a liquidare celermente ogni responsabilità riconducibile alle autorità ed alle popolazioni dei territori affrancati dall'Armata Rossa: la loro adesione al socialismo reale avrebbe purgato infatti l'ignominia del passato imperialismo, il quale, interpretato come naturale aberrazione del capitalismo, avrebbe dovuto lasciarsi in eredità a coloro che deliberatamente avevano optato per il mantenimento dell'iniquo sistema[15].

La volontà di rimarginare le ferite subite, di ricostruire un continente materialmente e moralmente distrutto e di tornare a beneficiare delle prosperità economiche un tempo godute contribuirono da ultimo ad acuire la volontà di oblio, tanto che, in occasione della successiva ondata di democratizzazione che investì i Paesi nell'Europa mediterranea verso la metà degli anni Settanta, il passato fu celermente liquidato con l'approvazione di generali normative di amnistia ed accantonato con la conclusione (siglata tra i corifei delle rinate forze di transizione) di *patti collettivi di oblio* attorno ai quali si sarebbe edificata la moderna convivenza democratica.

Una limitata riviviscenza di interesse nei confronti di vicende passate si registrò, invero, nella prima metà degli anni Sessanta, sulla scia dell'emozione suscitata dal processo Eichmann. Si trattò tuttavia di una circostanza episodica, circoscritta alla gravità del genocidio israelita e destinata ad esaurirsi nel breve periodo, dalla quale tuttavia avrebbe preso abbrivio quel crescente interesse verso l'unicità dell'Olocausto, che come si vedrà, ebbe a ripresentarsi con maggiore insistenza nei decenni a seguire.

Il generale disinteresse "per la storia", nei tratti salienti rammentato, fu destinato tuttavia a conoscere, sul finire degli anni Ottanta, un mutamento radicale.

Il tramonto delle ideologie, seguito alla caduta del muro di Berlino e al dileguarsi dell'impero sovietico, produsse infatti, come autorevole dottrina ha sottolineato, una condizione di smarrimento collettivo che, per la prima volta dai prodromi della *Grand Révolution*, privò l'uomo dell'aspirazione di realizzare una società più giusta − costringendolo a rivolgere il

[13] L'istruzione in sede nazionale di processi nei confronti delle vecchie élite antidemocratiche costituisce una delle misure tipiche della giustizia di transizione. Al riguardo possono citarsi numerosi esempi. In Germania processi di questo genere furono instaurati già all'indomani della reintegrazione della sovranità statale, ma si tradussero per lo più nel rovesciamento delle decisioni assunte dalle Corti alleate. Situazione analoga si registro in Austria e in Italia, ove fu data un'interpretazione ultra-estensiva delle normative di amnistia frattanto approvate. Un caso del tutto singolare fu quello francese, ove la questione relativa ai crimini commessi sotto l'autorità del "*fait dite gouvernement de l'État français*" fu per decenni congelata dalla retorica dell'occupazione e della vittoriosa *Resistence* contro di essa. Solo a far data dagli anni Novanta del secolo scorso, a seguito dell'esplicito riconoscimento da parte di Chirac dei crimini commessi dalla Repubblica di Vichy, prese avviò una nuova fase che portò all'incriminazione di numerosi responsabili del vecchio regime tra cui Maurice Papon (1992), René Bosquet (1991) e Maurice Sabatier (1998).

[14] Gli esempi al riguardo sono innumerevoli. In Italia processi volti alla condanna civile degli autori di stragi naziste si ebbero soprattutto a partire dal ritrovamento, nel 1994, del famigerato "*Armadio della Vergogna*", in cui per anni erano stati secretati 695 fascicoli relativi a crimini nazifascisti non perseguiti al fine di non turbare l'alleanza della Germania nella Guerra Fredda. La riapertura di questi casi, relativi ad eccidi perpetrati nella zona compresa tra la Versilia e le Alpi Apuane (Sant'Anna di Stazzema, Bardine S. Terenzo, Fivizzano, Fosdinovo, Padule di Fucecchio) si tradusse non solo nella condanna penale degli ufficiali della *16/a SS Reichsführer Division* del Generale Simon e del Maggiore Reder, ma anche nella condanna degli imputati e della Repubblica Federale Tedesca al risarcimento dei danni civili, provocati ai congiunti delle vittime ed alle istituzioni costituitesi parti civili. Tali condanne hanno subito però una battuta d'arresto a causa dell'archiviazione della vicenda da parte della Procura di Stoccarda. A ciò si aggiunga che il D.L. 28 aprile 2010, n. 63, *Disposizioni urgenti in tema di immunità di Stati esteri dalla giurisdizione italiana e di elezioni degli organismi rappresentativi degli italiani all'estero*, convertito in legge 23 Giugno 2010 n. 98 ha stabilito la sospensione dell'efficacia dei titoli esecutivi nei confronti di uno Stato estero o di una organizzazione internazionale qualora lo Stato estero o l'organizzazione stessa abbiano presentato ricorso alla Corte internazionale di giustizia, diretto all'accertamento della propria immunità dalla giurisdizione italiana, in merito a controversie oggettivamente connesse a detti titoli esecutivi. Cfr. al riguardo F. Giustolisi, *L'armadio della vergogna*, Roma, 2004;

[15] Sul punto si vedano in particolare le riflessioni condotte da G. Corni in *La Seconda guerra mondiale nella memoria delle due Germanie*, in F. Focardi, B. Groppo, *L'Europa e le sue memorie. Politiche e culture del ricordo dopo il 1989*, Roma, 2013

proprio interesse alle vicende passate anziché alla costruzione di un futuro migliore[16]. Prese in tal modo avvio un processo pervasivo di rievocazione e rivendicazione del tempo vissuto che interessò l'intera vita associata: la letteratura, i mass-media, i gruppi politici e le associazioni culturali, le minoranze etniche e le comunità di fede, e, per quel che più rileva ai nostri fini, i singoli protagonisti istituzionali. La storia, o meglio la *memoria* come si avrà modo di precisare nel prosieguo, tornò in tal modo protagonista del dibattito pubblico, costituendo l'oggetto di un vero e proprio culto, un'ossessione in taluni casi tradottasi persino in abuso[17].

Nelle ex *democrazie popolari*, nello specifico, il dibattito attorno al passato si originò quale logico corollario della transizione democratica[18]. L'apertura degli archivi di Stato, per anni secretati dalle burocrazie e dalle milizie dei partiti egemoni, e l'avvio di lenti e spesso incompiuti processi di *lustrazione*[19], persuase infatti la nuova collettività democratica ad interrogarsi sui delitti dei passati regimi[20], instaurando procedimenti giudiziari diretti ad acclarare le responsabilità degli ideatori ed esecutori di essi.

A simile attività, ebbe ad affiancarsi altresì la volontà di rinvenire all'interno della narrazione nazionale avvenimenti, personalità e simbologie da collocare a fondamento dei nuovi assetti democratici. Tale indagine, che dedicò massima parte della propria riflessione all'esaltazione della lotta intestina al comunismo (considerato per lo più imposizione esterna di parte sovietica) non mancò tuttavia di enfatizzare sovente avvenimenti anteriori alla dittatura, seppur in manifesto contrasto con i principi della democrazia liberale che si andavano affermando. E' il caso questo della Repubblica di Croazia, la cui indipendenza, sotto la guida di Tuđman fu interamente caratterizzata dalla riscoperta ed esaltazione del passato *ustaša*, artefice della prima emancipazione nazionale nei confronti del centralismo *cetnico* o *titoista*[21]. Ma è il caso altresì della Slovacchia e della nuova Romania ove furono riabilitati gli antichi dittatori collaborazionisti Josef Tiso e Ion Antonescu e della Repubblica Estone, ove in nome dell'anticomunismo dichiarato, furono celebrati come combattenti per la libertà i giovani volontari delle SS.

Nei Paesi dell'Europa *occidentale*, caratterizzati da opposta storia politica e tradizione democratica, il finire degli anni Ottanta comportò viceversa il prodursi di un duplice fenomeno, inizialmente condiviso dalle sole schiere intellettuali, ed in seguito, propagatosi nell'opinione pubblica per mezzo di dibattiti giornalistici, pubblicazione letterarie ed artistiche, apparizioni di diari e memoriali; il tutto, non di rado strumentalizzato a fini di propaganda politica[22].

---

[16] Il primo a sottolineare tali aspetti fu K. Pomian nel saggio *La crise de l'avenir*, in *Sur l'histoire*, trad. it. *Cos'è la storia*, Milano, 2001. Riflessioni analoghe sono contenute altresì nel contributo di E. Traverso, *Le memorie dell'Europa. La fine del "principio speranza"*, in F. Focardi, B. Groppo, *L'Europa e le sue memorie. Politiche e culture del ricordo dopo il 1989*, cit.

[17] Cfr. T. Todorov, *Les abus de la mémoire*, trad. it. *Gli abusi della memoria*, Napoli, 1996

[18] Sulla transazione alla democrazia nei Paesi dell'Europa orientale si rimanda in particolare a M. Ganino, *Le transizioni costituzionali nell'Europa orientale*, Milano, 2004, p. 69-94 e A. Di Gregorio, *Forme di governo e transizione democratica nell'Europa post-socialista*, in L. Montanari, R. Toniatti, J. Woelk (a cura di), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Trento, 2010, pp. 11-47.

[19] Per un approfondimento in tema di *lustrazione* e sull'utilizzo di questo termine cfr. A. Di Gregorio, *Epurazioni e protezione della democrazia. Esperienze e modelli di giustizia post-autoritaria*, Milano, 2012

[20] E' bene ricordare che la richiesta di far luce sul alcune controverse vicende del passato fu avanzata nei Paesi dell'Est fin dalle prime manifestazioni dirette all'introduzione di forme di *glasnost* nella vigenza dei passati regimi (es. i c.d. *lunedì di Lipsia* nella ex Ddr, sui quali si veda P. Rosà, *Lipsia 1989*, Trento 2009). Per maggiori approfondimenti sui processi ai *Vopos*, si cfr. invece, in lingua italiana, G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania Post-nazista e nella Germania Post-comunista*, Milano, 2001.

[21] Sulla vicenda croata si veda: M. Orlić, *Il passato che non passa: cortocircuiti nelle politiche della memoria in Croazia*, in in F. Focardi, B. Groppo, *L'Europa e le sue memorie. Politiche e culture del ricordo dopo il 1989*, cit. e S. Petrungaro, Riscrivere la storia. Il caso della manualistica croata (1918-2004), Aosta, 2006

[22] Il "*cinquantesimo anniversario*" di eventi fondamentali quali le leggi razziali, l'invasione nazi-fascista, la guerra e la liberazione ha rappresentato per il mondo intellettuale occasione proficua per approfondire studi scientifici in questi settori. In Germania, ad esempio, il cinquantesimo anniversario della liberazione del campo di Buchenwald ha rappresentato un momento fondamentale per l'avvio di nuovi studi in materia di genocidio della popolazione ebraica (Cfr. gli atti del Convegno tenutosi a Weimar e compendiati da U. Herbert, K. Ort, C. Dieckmann in *Die nationalsozialistischen Konzentrationslager*, Frankfurt am Main, 2002). In Italia, addirittura, – eccezion fatta per lo studio di De Felice del 1965 e per gli articoli di Spinosa su "*Il Ponte*"– il 1988, cinquantesimo anniversario dell'emanazione delle leggi razziali, potrebbe essere considerato proprio la data di avvio degli studi nel settore.

Occorre ricordare, peraltro, che con la fine del Novecento, i sopravvissuti ai tragici eventi su richiamati cominciarono, per "*questioni anagrafiche*" a venir meno. La comunità intellettuale prese quindi ad interrogarsi su quali strumenti porre in essere per mantener viva la memoria di quanto accaduto nel momento in cui la forza della testimonianza si sarebbe definitivamente esaurita (Cfr, su questo punto l'opera collettanea "*Memoria della Shoah. Dopo i testimoni*" (a cura di S. Meghnagi, Roma 2007).

Fuori del mondo intellettuale l'accresciuta sensibilità a questi temi fu determinata, invece, dall'apparizione di una serie di opere artistiche. In Germania ad esempio la riproduzione televisiva dello sceneggiato americano *Holocaust* di Marvin Chomsky (1978) e del film *Schindler's List* (1993) di Steven Spielberg contribuirono significativamente a quell'incessante attività di confronto con il passato nota con la formula di *Vergangenheitsbewältigung*.

Detto duplice fenomeno ebbe ad oggetto, da un lato, la volontà di tornare a riflettere su aspetti controversi delle vicende nazionali, anche del più remoto passato, come la colonizzazione, la tratta degli schiavi, la violenza rivoluzionaria, dall'altro in una volontà parossistica di *rovescismo*[23], una furia iconoclasta nei confronti di tutto quanto aveva fino a quel momento costituito parte rilevante dell'identità nazionale, ed in *primis* della propria esperienza democratica, con l'obiettivo, neppure troppo celato, di riabilitare esperienze politiche passate ed attribuire la contestuale validità asistemi valoriali incompatibili con la moderna democrazia[24].
Sia ad Est che ad Ovest si assistette ad ogni modo ad uno sconosciuto *uso pubblico della storia alieno alla comune ricerca storiografica*[25] il quale, ebbe a tradursi sotto il profilo giuridico, in un sostanziale mutamento della sua considerazione, non solo sul versante quantitativo, ma anche sull'oggetto stesso della considerazione normativa: da allora non più finalizzata alla commemorazione esclusiva dell'eroismo patriottico (o sciovinistico), ma diretta ad omaggiare la figura della vittima innocente, sacrificata al fanatismo del genere umano e l'immagine del *giusto*, uomo o donna che, al prezzo della propria vita, non ebbe esitazioni a sottrarsi, in nome della ragione e della giustizia, a simili logiche impietose.

2. la risposta normativa nazionale

Come accennato, a fronte delle summenzionate suggestioni il potere politico non rimase certamente indifferente e, fin da principio, prese a rivendicare un ruolo di indubbio rilievo nel dibattito storico e memoriale. In gran parte degli ordinamenti d'Europa i legislatori nazionali ebbero, a domandarsi − utilizzando le parole dell'allora Presidente dell'Assemblea Nazionale francese Bernard Accoyer incaricato di presiedere un'apposita *missione* parlamentare in materia - "*quelle est la place du Parlement et singulièrement de la loi dans le domaine de l'histoire et de la transmission de la mémoire?*".
La risposta giunse dagli organi legislativi europei in maniera pressoché analoga e si tradusse nell'adozione di testi, finalizzati, da un lato, a ribadire la verità fattuale di determinati avvenimenti, imponendone ai consociati la rimembranza, dall'altro a sanzionare - anche penalmente - tesi eterodosse, funzionali alla dimostrazione dell'insussistenza di essi, ed in particolare della *Shoah* ebraica, elemento caratterizzante della memoria collettiva del Novecento.

Ed ancora oggi, nel 2013, la serie televisiva "*Unsere Mütter, unsere Väter*" trasmessa dalla televisione pubblica Zdf induce milioni di tedeschi a confrontarsi con il passato nazista delle proprie famiglie (cfr. su questa l'Espresso, 4 aprile 2013, n. 13 p. 90).
In Italia, viceversa, un accresciuto interesse al tema della persecuzione della minoranza ebraica si è prodotto a livello popolare, successivamente alla pubblicazione di alcuni fortunati romanzi tra cui ricordiamo, a titolo di esempio, *La parola ebreo* (1997) e *Cioccolata da Hanselmann* (1997) di Rosetta Loy, nonché alla proiezione di pellicole quali *La vita è bella* (1997) di Roberto Benigni e *Perlasca. Un eroe italiano* (2002) miniserie televisiva tratta da *La banalità del bene. Storia di Giorgio Perlasca* di Enrico Deaglio (1991).
Da ultimo, per quanto attiene alla strumentalizzazione politica delle vicende storiche è opportuno rilevare che, sempre più, tra la fine del Novecento ed i primi anni del nuovo millennio questioni attinenti a vicende del passato hanno rappresentato argomento di attualità politica, specie nel nostro Paese. Si citano ad es. l'affare *Mitrokhin*, i risarcimenti pecuniari per la colonizzazione libica, gli apprezzamenti al regime fascista sovente avanzati da esponenti dello schieramento di centro-destra. Da ultimo, quello espresso dall'ex Primo Ministro Berlusconi, in occasione della Giornata della Memoria 2013. Cfr. sul punto A. Mattioli, *«Viva Mussolini!». La guerra della memoria nell'Italia di Berlusconi, Bossi e Fini*, Milano 2011 e S. Pivato, *Usi ed abusi della storia nella vita pubblica italiana*, Bari, 2007.

[23] Utilizzo il termine "*rovescismo*" in luogo di "*revisionsismo*", riprendendo le osservazioni di Angelo d'Orsi. Esiste infatti − come lo storico torinese precisa - una differenza essenziale tra la *revisione*, momento irrinunciabile del lavoro del ricercatore storico, e il *revisionismo*, configurabile come ideologia e pratica della revisione programmatica. Da quest'ultimo, è possibile poi individuare un nucleo ancor più ristretto, il "*rovescismo*", il quale "*per sua specialità endogena, o insufflata dalla committenza politico-editoriale*, si pone come obiettivo, *di rischiarare nelle pieghe della storia, per snidare il nascosto, ma soltanto se questo sia passibile di uso politico o mercantile, e, soprattutto, se questo nascosto emani odore di putrescenza , o sia in grado, appunto, di rovesciare, ribaltare, le acquisizioni storiografiche*". Cfr. A. d'Orsi, *Dal revisionismo al rovesciamo. La Resistenza (e la Costituzione) sotto attacco*, in *La storia negata. Il revisionismo e il suo uso politico* (a cura di A. Del Boca), Vicenza, 2009.

[24] L'accresciuto interesse alle vicende del recente passato ha condotto con sé la volontà da parte di gruppi, ora non più minoritari, di superare interpretazioni e tabù che la memoria collettiva aveva fino ad allora accolto come parte integrante del racconto nazionale. E' su questo filone che si inseriscono, in Germania, le tesi di Ernest Nolte, protagonista dell'*Historikerrsreit* (Cfr. *Historikerrsreit. Die Dokumentation der Kontroverse um die Einzigartigkeit der Nazionalsozialistischen Judenvernichtung*, München, 1987) e le sortite di politici di primo piano dirette alla necessità di "*liberarsi dal fardello* (Kohl, quarantennale della capitolazione, 1985) e di "*camminare di nuovo a testa alta*" (Franz Josef Strauss, 1987), così come l'affermarsi di un sentimento di solidarietà nei confronti dei carnefici (Cfr. V.Klemperer, *Ich will Zeugnis ablegen bis zum letzten. Tagebücher 1933-1945*, Berlin, 1996) e della volontà di ricordare - accanto ai misfatti nazisti - anche i soprusi taciuti dei "vincitori alleati" (Cfr. Andreas Kossert, *Kalte Heimat*, München, 2008). In Italia, viceversa furono l'antifascismo e la lotta di liberazione, "miti fondativi della Repubblica democratica" ad essere bersagliati. Ha scritto De Luna, al riguardo: viviamo "*una fase politica all'insegna dell'imprescindibile esigenza di fondare un «nuovo ordine» che trovi la sua legittimazione storica nella letteratura «revisionata» del passato più recente, una lettura che punti quindi esplicitamente alla delegittimazione degli uomini, dei partiti e dei paradigmi identitari della Prima Repubblica*". Cfr. G. De Luna, *La passione e la ragione. Fonti e metodi dello storico contemporaneo*, Firenze, 2001, p. 89.

[25] Cfr. N. Gallerano (a cura di), *L'uso pubblico della storia*, Milano, 1995

Primi interventi in tal senso si ebbero in terra d'oltralpe ove con legge 90-615 del 13 luglio 1990 (c.d. *loi Gayssot*) l'Assemblea Nazionale, emendando l'antica legge sulla stampa, introdusse – per prima in Europa - il reato di negazionismo dello sterminio israelita[26].

A tale normazione fecero seguito poi ulteriori testi legislativi finalizzati ad imporre la rievocazione di determinate vicende del passato nazionale (c.d. *lois mémorielles*): la *Loi* n. 2000-644 *du 10 juillet 2000*, "*instaurant une journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'Etat français et d'hommage aux 'Justes' de France*"[27], la *Loi* n° 2001-434 *du 21 mai 2001*, "*tendant à la reconoissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité*", ed ancora la *Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 "relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915"* ed infine la *Loi* n° 2005-158 *du 23 février 2005 "portant reconaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français repatriés*". Non trovò accoglimento di contro la legge 31 gennaio 2012 volta ad introdurre il reato di negazionismo dei genocidi generalmente riconosciuti dalla legge francese, e cioè – in particolare - di quello perpetrato negli anni 1915-16 a detrimento delle popolazioni armene stanziate nei territori della Sublime Porta[28].

Al di là del Reno, viceversa, una sanzione penale a carico di "*coloro che approvino, neghino o minimizzino il genocidio nazista nei confronti degli ebrei*" fu introdotta con l'approvazione, nel 1994, di un emendamento all'art. 130 dello *StrafGesetzbuch* contenente disciplina repressiva in materia di istigazione all'odio razziale[29]. A differenza del vicino francese, la legge antinegazionista tedesca restrinse però il proprio ambito di applicazione alle sole condotte idonee a provocare il*"turbamento della pace pubblica"*.

Norme repressive per la negazione del genocidio ebraico furono successivamente incorporate nella legislazione criminale della Confederazione elvetica, della Repubblica Federale austriaca, del Regno del Belgio, della Romania e del Granducato di Lussemburgo[30].

In numerosi Paesi dell'Europa orientale, come pure nel Principato del Liechtenstein, in Spagna ed in Portogallo[31], il reato di negazionismo trovò accoglimento viceversa unitamente alla negazione di qualsivoglia genocidio o altro crimine contro l'umanità.

---

[26] Non potendo in questa sede ricostruire la complessità del fenomeno negazionista del genocidio del popolo ebraico si rinvia ad un classico in materia P. Vidal-Naquet, *Les assassins de la mémoire. "Un Eichmann de papier" et autres essais sur le révisionnisme*, Paris, 1987; si veda anche il recente e particolareggiato C. Vercelli, *Il negazionismo*, Roma-Bari, 2013. Per un approfondimento sul fenomeno del negazionismo in Italia, si rinvia a F. Germinaro, *Estranei alla democrazia. Negazionismo e antisemitismo nella Destra radicale italiana*, Pisa, 2001

[27] Che impone il ricordo, il 16 luglio di ogni anno, del rastrellamento (*rafle*) "*du Vélodrome d'hiver*" avvenuto a Parigi nei giorni 16-17 luglio 1942, sotto la diretta responsabilità di politici, amministratori, polizia e gendarmi francesi. In tale occasione, denunciata pubblicamente per la prima volta nel 1995 dal Presidente Chirac, più di tredicimila ebrei parigini furono arrestati e stipati in condizioni disumane nel velodromo *d'hiver,* e in seguito deportati nei campi dell'Est.

[28] La "*Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*", che avrebbe introdotto in Francia il reato di negazionismo del genocidio armeno (l'unico riconosciuto dalla sola legge francese), fu approvata dall'Assemblea nazionale il 22 dicembre del 2011 e dal Senato il 23 gennaio del 2012 (Cfr. "*Génocide arménien: la loi définitivement adoptée*", in *Le Figaro*, 24 gennaio 2012). Essa fu però oggetto di *saisine* da parte di una minoranza parlamentare (71 deputati e 77 senatori) e non superò il vaglio di costituzionalità del *Conseil constitutionnel* (Cfr. Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012). Rispetto ad essa vedi *infra*. Per ulteriori approfondimenti sul genocidio armeno si rinvia a: G. Lewy, *Il massacro degli armeni. Un genocidio controverso*, Torino, 2008; M. Flores, *Il genocidio degli armeni*, Bologna, 2006; Y. Ternon, *Gli armeni. 1915-1916: il genocidio dimenticato*, Milano, 2003.

[29] L'emendamento approvato include nella norma la seguente disposizione "*Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost*".

[30] Cfr. per la Svizzera l'art. 261 bis del codice penale svizzero richiamato *infra*, per l'Austria la legge sul divieto di rifondazione del partito nazista ove al punto 3h) si punisce "*chiunque con un'opera di stampa, in radiotelevisione o per mezzo di altro strumento di comunicazione di massa o in altro modo pubblico accessibile ad una moltitudine di persone nega, banalizza grossolanamente, apprezza o cerca di giustificare il genocidio nazionalsocialista o altri reati contro l'umanità*"; per il Belgio la Legge 23 marzo 1995, "*Per la repressione della negazione, della minimizzazione, della giustificazione o dell'approvazione del genocidio commesso dal regime nazional-socialista tedesco durante la seconda guerra mondiale*"; per il Granducato di Lussemburgo l'art. 457-3 del Codice penale, il quale punisce con la reclusione da 8 giorni a 6 mesi o con l'ammenda de 251 a 25.000 euro chiunque "*justifié ou nié l'existence d'un ou de plusieurs crimes contre l'humanité ou crimes de guerre tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945…*", per la Romania la *Ordonanţa de urgenţa nr. 31 din 13 martie 2002 privind interzicerea organizatiilor si simbolurilor cu caracter fascist, rasist sau xenofob si a promovarii cultului persoanelor vinovate de savarsirea unor infractiuni contra pacii si omenirii.*

[31] I Paesi dell'Europa orientale in cui furono introdotti i reati di negazionismo furono: Polonia, Repubblica Ceca, Ungheria, Lituania. Per quanto riguarda la Spagna l'art. 607 bis del Codice penale disponeva nella sua versione *ante* sentenza 235/2007 "*La difusíon por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos* (di genocidio e affini n.d.r.) *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*". In Portogallo, il reato di negazionismo è invece integrato nella disposizione che punisce la discriminazione razziale o religiosa (lettera b art. 244 del *Codigo Penal*) laddove si richiama l'intenzione di "*Difamar ou*

Nessuna incorporazione si registrò invece nella legislazione di Svezia, Norvegia e Danimarca, Paesi Bassi, Regno Unito ed Italia, ordinamenti ove pure non mancò la proposizione di disegni di legge a ciò diretti[32].
Leggi memoriali o ad ogni modo finalizzate all'affermazione ed alla condanna di determinati avvenimenti, furono approvate invece dalle Assemblee legislative di Ungheria, Estonia, Lettonia, Lituania, Bulgaria, Repubblica Ceca, Polonia, Slovacchia, Slovenia, Germania, Italia e Spagna.
Per quanto riguarda l'Italia, in particolare il Parlamento approvò, nel primo decennio del nuovo secolo tre apparati normativi in materia di pubblica commemorazione: due attinenti ad episodi specifici della storia nazionale: la Legge 20 luglio 2000, n. 211 "*istitutiva del "Giorno della Memoria" in ricordo dello sterminio e delle persecuzioni del popolo ebraico e dei deportati militari e politici italiani nei campi nazisti*" e la Legge 30 marzo 2004, n. 92 rubricata "*Istituzione del «Giorno del ricordo» in memoria delle vittime delle foibe, dell'esodo giuliano-dalmata, delle vicende del confine orientale e concessione di un riconoscimento ai congiunti degli infoibati*", ed una terza finalizzata a commemorare l'abbattimento del Muro di Berlino, evento – di per sé estraneo alla vicenda nazionale – ma ciononostante assurto ad emblema del superamento della divisione ideologica d'Europa (Legge 15 aprile 2005 n. 61).
Ai ricordati interventi ebbero ad affiancarsi infine due ulteriori provvedimenti a ricordo dei marinai dispersi e delle vittime della violenza terroristica, il cui esame esula però dall'oggetto della presente trattazione.
A simili proposte tradottesi in legge, si aggiunsero da ultimo decine di iniziative non coronate da successo[33], tra le quali ricordiamo ad esempio l'istituzioni di giornate a ricordo delle vittime dei Gulag, di Hiroshima e Nagasaki, degli attentati *jihaddisti* dell'11 settembre.
Fuori dell'ambito nazionale una menzione particolare pare da riservarsi all'esperienza spagnola per il carattere puntuale che ebbe la sua normazione (*Ley de Memoria Histórica*, n. 52/2007[34]), per l'importanza che alla storia fu riservata nel dibattito politico nazionale ed in un programma di governo (il primo del socialista Rodríguez Zapatero), per il fatto, infine, di essere riuscita, seppur non senza accese polemiche, a svellere il "*pacto de olvido*", il silenzio sui crimini della guerra civile e della dittatura, che caratterizzò, tra il 1975 ed il 1978, l'intera fase di costruzione della nuova democrazia, attribuendo ad essa la qualità di *refurma pactada* più che di *ruptura* incontrovertibile con il passato[35].
Il caso spagnolo merita infine menzione anche per il fatto di costituire al momento l'unico modello esistente in cui il diritto alla memoria storica ha assunto un rilievo addirittura *superprimario*. L'art. 54 dello Statuto della *Comunidad Autónoma de Cataluña*[36] (che ai sensi dell'art. 81 Cost. è approvato con legge organica e forma parte del *Bloque de constitucionalidad*) dispone infatti che «*La Generalitat e gli altri poteri pubblici devono vigilare sul conoscimento e il mantenimento della memoria storica della Catalogna come patrimonio collettivo che attesta la resistenza e la lotta per i diritti e per le libertà democratiche*», ed affida al contempo alle istituzioni il compito di «*adottare le iniziative necessarie al riconoscimento ed alla riabilitazione di tutti cittadini che hanno subito la persecuzione a conseguenza della difesa della democrazia e dell'autogoverno della Regione*».

---

injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa de sua raça, cor, origem étnica ou nacional ou religião, nomeadamente através da negaçãode crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade…".

[32] Per l'Italia si vedano in particolare il Ddl 1694 del 2007 presentato dal Ministro della giustizia Mastella e il più recente Ddl 3511 del 2012 presentato dalla senatrice Silvana Amati. Tentativi di introduzione si ebbero anche in Gran Bretagna, ma non furono coronati da successo.

[33] Un'elencazione dettagliata di simili proposte nella XV e XVI Legislatura è contenuta in A. Pugiotto, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in Quaderni costituzionali, XXIX, 1/2009. Per approfondimenti in materia si rimanda al medesimo contributo.

[34] La *Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura* (c.d. *Ley de Memoria Histórica*) fu approvata dal *Congreso de los Diputados* il 31 ottobre 2007. Diversamente, da quanto solitamente si sostiene essa non fu un'intuizione del Primo Ministro Zapatero, nipote di un combattente repubblicano. La questione memoriale non fu indicata infatti quale priorità nel programma elettorale del PSOE per le *elecciones generales* del 2004 e non fu menzionata neppure nel discorso di investitura dello stesso Rodríguez Zapatero. Essa trovò la propria origine nell'insoddisfazione degli alleati di governo Esquerra Republicana de Catalunya e Izquierda Unida per i risultati presentati dalla *Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil*, presieduta dalla vice-presidente María Teresa Fernández de la Vega. Tutto ciò indusse questi ultimi a presentare a partire dal 18 novembre 2005 progetti di legge per la *recuperación de la memoria histórica*. L'anno successivo, proclamato *Año de la memoria histórica*, indusse tuttavia il governo a mettere da parte tali progetti e a presentarne uno proprio, dal quale ebbe origine appunto la summenzionata legge. Tale legge risulta però essere attualmente "*derogada de facto*", non avendo ricevuto dall'attuale governo Rajoy la *dotación presupuestaria* (la copertura finanziaria) necessaria per la sua applicazione.

[35] Sul tema si cfr. in particolare J. A. Martín Pallín, R. Escudero, *Derecho y memoria histórica*, Madrid, 2008 e F. Fernandez-Crehuet Lopez, *Derecho, memoria historica y dictaduras*, Granada, 2010; Pelai Pagès i Blanch, *El proceso de recuperación de la memoria histórica en España*, in Memorial Democratic, pubblicazione dell'Institut de drets Humans de Catalunya; in italiano J. Rosatelli, *Spagna: un passato che non deve passare?,* in Ragion pratica, 2009

[36] Territorio non a caso particolarmente segnato dal passato della Guerra Civile (1936-39), non solo perché ultima fortificazione del Governo legittimo repubblicano, ma anche perché teatro dell'audace resistenza antifranchista nelle battaglie dell'Ebro, come celebrata da Orwell nel suo noto *Omaggio*.

2. Gli interventi a livello sovrannazionale: l'Unione Europea e il Consiglio d'Europa

Se l'atteggiamento dei Paesi europei nell'introduzione di normative antinegazioniste e memoriali conobbe accanto alle normative ricordate anche talune significative incertezze - in Gran Bretagna e nelle democrazie scandinave ad esempio - a salvaguardia della tradizionale indifferenza statuale in materia, nessuna esitazione si registrò, di contro, a livello super-statale, ove il Consiglio d'Europa e gli organi dell'Unione Europea, assunsero presto il ruolo di veri e propri promotori dell'adozione di simili iniziative.

Essi, in più occasioni ebbero a rimarcare infatti la veridicità di taluni avvenimenti del passato anche nazionale, invitando gli Stati aderenti ad adottare dispositivi normativi finalizzati a perseguire anche penalmente la loro negazione.

Il primo atto in questa direzione fu l'adozione da parte del Consiglio europeo, il 15 luglio 1996, dell'Azione comune *intesa a combattere il razzismo e la xenofobia*. Tale intervento diede luogo alla cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri, in materia di contrasto, fra gli altri delitti, della "*negazione pubblica dei crimini definiti all'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 aprile 1945*" nei soli casi in cui gli stessi comportassero un atteggiamento "*sprezzante e degradante nei confronti di un gruppo definito rispetto al colore, alla razza, alla religione o all'origine nazionale o etnica*".

L'Azione comune non sortì tuttavia l'efficacia auspicata e fu presto sostituita da un ulteriore intervento del Consiglio dell'Ue, la Decisione quadro, *sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*[37].

Sulla base di tale provvedimento gli Stati membri venivano sollecitati a reprimere penalmente i reati a suo tempo indicati dall'Azione comune. Agli stessi venivano però ad affiancarsi ulteriori ipotesi criminose: alla negazione veniva innanzitutto equiparata, quale condotta penalmente rilevante, la *minimizzazione* dei medesimi crimini, in secondo luogo la persecuzione poteva riguardare non solo la contestazione dei delitti definiti dallo Statuto del Tribunale di Norimberga, ma altresì quelli individuati dallo Statuto della Corte penale internazionale frattanto istituita, infine, veniva lasciata cadere la limitazione della rilevanza penale ai soli casi finalizzati alla degradazione etnica o religiosa, ampliando così sensibilmente la portata incriminatrice della norma.

Quasi contemporaneamente al summenzionato provvedimento, anche il Consiglio d'Europa decise di intervenire al fine di raccomandare ai singoli Stati l'adozione di dette normative, specie se realizzate per mezzo dei moderni sistemi informatici e telematici. L'*Additional Protocol to the Convention of cybercrime* del 28 gennaio 2003 provvide infatti a sollecitare l'introduzione di specifici dispositivi, anche nei confronti di espressione minimizzatrici, nel solo caso in cui esse fossero però da reputarsi forme di *grossolana* riduzione[38]. Si trattava di una significativa attenuazione rispetto al rigore degli interventi comunitari che avrebbe consentito la sola persecuzione delle manifestazioni intenzionalmente mistificatorie, fondate su un ignominioso contenimento del numero delle vittime sterminate.

Il Consiglio d'Europa non limitò tuttavia la propria iniziativa alla sollecitazione della repressione anti-negazionista, ma intervenne con frequenza nell'attestazione dell'esistenza di determinati eventi storici, raccomandando ai Paesi aderenti l'introduzione di strumenti normativi e giudiziari diretti alla chiarificazione fattuale dei medesimi ed alla commemorazione del sacrificio dei caduti.

Meritano menzione tra questi la Risoluzione n. 1481 del 2006, con la quale vennero esplicitamente riconosciuti – ancor prima di numerose normative nazionali - i crimini del totalitarismo comunista, e la Risoluzione n. 1736 del 2006, con la quale l'Assemblea plenaria del Consiglio d'Europa intese richiamare l'attenzione internazionale sulle gravi violazioni dei diritti perpetrate nella Penisola iberica durante la dittatura del *caudillo*, esortando gli Stati alla pronuncia di una ferma condanna.

Più problematica apparve, invece, la Risoluzione n. 1723 del 2010 relativa alla Grande carestia ucraina del 1930-32 (*Holodomor*) nella quale si affermava che "*milioni di persone innocenti in Bielorussia, Kazakistan, Moldova, Russia e Ucraina, un tempo parte dell'Unione Sovietica, persero la vita a causa di una grande penuria alimentare provocata da azioni e politiche crudeli e deliberate del regime sovietico*"

---

[37] Decisione Quadro 2008/913/Gai del Consiglio del 28 novembre 2008 sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Europea del 6 dicembre 2008

[38] *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems* adottato a Strasburgo il 28 gennaio 2003, al cui art. 6 si legge: *Each Party shall adopt such legislative measures as may be necessary to establish the following conduct as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right: distributing or otherwise making available, through a computer system to the public, material which denies, grossly minimises, approves or justifies acts constituting genocide or crimes against humanity, as defined by international law and recognised as such by final and binding decisions of the International Military Tribunal, established by the London Agreement of 8 August 1945, or of any other international court established by relevant international instruments and whose jurisdiction is recognised by that Party*.

Simile risoluzione trovava collocazione infatti ad epilogo di una lunga *querelle* relativa alla qualificazione ideologica di tale avvenimento, nella quale avevano visto contrapporsi non solo le interpretazioni degli storici, ma anche le memorie degli stessi ucraini, le reazioni del governo russo e le pressioni degli emigrati sopravvissuti alla vasta ecatombe[39].
Costituiva oggetto di conflitto in particolare la definizione terminologica dell'avvenimento (l'uso dell'espressione *genocidio*), nonché la riconduzione del medesimo ad un pianificato disegno criminoso di Stalin diretto all'eliminazione della dissidenza *kulaka*.
Attorno a simili risalenti questioni si era realizzata a livello nazionale una vera e propria battaglia legislativa tra filo-russi di Janukovyč e filo-occidentali di Juščenko, precorritrice dei più drammatici eventi che al momento in cui si scrive interessano l'area. Il Parlamento russo – la *Duma* - era intervenuto poi, con una specifica risoluzione[40] diretta al respingimento di ogni accusa circa l'esistenza di una programmata determinazione politica dell'Urss nella realizzazione del massacro, mentre l'accusa di genocidio era stata esplicitamente sostenuta dal Parlamento europeo, a parere del quale la carestia "*era stata pianificata con cinismo e crudeltà dal regime di Stalin al fine imporre la politica sovietica di collettivizzazione forzata dell'agricoltura, contro la volontà della popolazione rurale in Ucraina*"[41].
La risoluzione finale del Consiglio d'Europa intervenne, quindi, come intuibile, su un terreno politico ed intellettuale arroventato che finì per incidere sul contenuto stesso della sua azione. L'evento ricordato venne esteso infatti al di là dei confini della nazione che ne fu principalmente vittima e fu evitato intenzionalmente il richiamo alla *collettivizzazione forzata delle terre*, un'estrinsecazione indubitabile che avrebbe connotato l'Unione Sovietica come volontaria artefice della distruzione della minoranza nazionale ucraina, refrattaria all'ortodossia del dittatore georgiano.
Per i discendenti delle popolazioni coinvolte si trattava di una forma di cedevolezza nei confronti della nuova oligarchia russa, per tutti gli studiosi interessati a simili questioni restava ad ogni modo il dubbio di una duplice e contraddittoria pronuncia da parte del consesso europeo, la quale anziché imprimere indelebilmente la memoria finiva per ingenerare più dubbi ed incertezze di quelle di per sé già esistenti.

3. I dubbi della dottrina pubblicistica

L'apparire dei summenzionati interventi nella scena giuridica continentale indusse, la comunità scientifica ad interrogarsi sull'ammissibilità dei medesimi all'interno delle moderne democrazie pluraliste.
Giuspenalisti e costituzionalisti *in primis*, in ciò ampiamente suffragati da storici di professione, riunitisi - specialmente in Francia - attorno alle insegne dell'associazione "*Liberté pour l'histoire*"[42], ebbero a rilevare in particolare che "in un regime liberaldemocratico non spetta alle leggi scrivere la storia, né individuare ed imporre verità incontrovertibili, pena la riproposizione di logicità tipiche di quei totalitarismi, che proprio lo strumento delle leggi *antinegazioniste* e *memoriali* vorrebbe nuovamente condannare.[43]

---

[39] Non deve dimenticarsi peraltro che sulla questione si pronunciarono diversi parlamenti nazionali: quello canadese, come meglio si vedrà nel prosieguo, ma anche i legislativi di Austria, Argentina, Estonia, Georgia, Ungheria, Lituania e Polonia, ed infine il Senato dell'Australia. Per un approfondimento sul tema si rinvia a L. Cajani, *Diritto penale e libertà dello storico*, in *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi* (cur. G. Resta, V. Zeno-Zencovich), cit.. Un approfondimento sul tema è contenuto anche nel numero monografico di Limes dedicato alle recenti vicende ucraine: *L'Ucraina tra noi e Putin*, n°4/2014

[40] Così Sessione plenaria della Duma 2 aprile 2008.

[41] Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2008 *on the commemoration of the Holodomor, the Ukraine artificial Famine (1932-33), in Official Journal of the European Union*, 21 gennaio 2010, C 15 E/78

[42] Si riporta, per conoscenza, il testo della petizione pubblicata dagli storici Jean-Pierre Azéma, Élisabeth Badinter, Jean-Jacques Becker, Françoise Chandernagor, Alain Decaux, Marc Ferro, Jacques Julliard, Jean Leclant, Pierre Milza, Pierre Nora, Mona Ozouf, Jean-Claude Perrot, Antoine Prost, René Rémond, Maurice Vaïsse, Jean-Pierre Vernant, Paul Veyne, Pierre Vidal-Naquet et Michel Winock sul quotidiano *Liberation* il 12 dicembre 2005: «*L'histoire n'est pas une religion. L'historien n'accepte aucun dogme, ne respecte aucun interdit, ne connaît pas de tabous. Il peut être dérangeant. L'histoire n'est pas la morale. L'historien n'a pas pour rôle d'exalter ou de condamner, il explique. L'histoire n'est pas l'esclave de l'actualité. L'historien ne plaque pas sur le passé des schémas idéologiques contemporains et n'introduit pas dans les événements d'autrefois la sensibilité d'aujourd'hui. L'histoire n'est pas la mémoire. L'historien, dans une démarche scientifique, recueille les souvenirs des hommes, les compare entre eux, les confronte aux documents, aux objets, aux traces, et établit les faits. L'histoire tient compte de la mémoire, elle ne s'y réduit pas. L'histoire n'est pas un objet juridique. Dans un État libre, il n'appartient ni au Parlement ni à l'autorité judiciaire de définir la vérité historique. La politique de l'État, même animée des meilleures intentions, n'est pas la politique de l'histoire*».

[43] Simili attività di manipolazione sembrerebbero riecheggiare le parole di Orwell in 1984: "*Se il Partito poteva ficcare le mani nel passato e dire di questo o quell'avvenimento che non* era mai accaduto*, ciò non era forse ancora più terribile della tortura e della morte? Il Partito diceva che l'Oceania non era mai stata alleata all'Eurasia. Lui, Winston Smith, sapeva che appena quattro anni prima l'Oceania era stata alleata all'Eurasia. Ma questa conoscenza, dove si trovava? Solo all'interno della sua coscienza, che in ogni caso sarebbe stata presto annientata. E se tutti quanti accettavano la menzogna imposta dal Partito, se tutti i documenti raccontavano la stessa favola, ecco che la menzogna diventava un fatto storico, quindi vera. "Chi controlla il passato?" diceva lo slogan del Partito "controlla il futuro. Chi controlla il presente controlla il*

A parere della miglior dottrina pubblicistica europea[44], infatti, l'introduzione dei testi normativi *de quibus* andrebbe a porsi in dichiarato contrasto con la libertà di espressione, di insegnamento e di ricerca scientifica[45]; diritti statuiti in Italia dagli artt. 21, 33 e 34 della Costituzione, e parimenti affermati nelle Carte vigenti di tutti i Paesi del continente.

L'affermazione per mezzo della legge della veridicità del genocidio ebraico o di qualsivoglia altro evento storico di rilievo e la reprimenda, anche solo eventuale, della sua negazione, comporterebbe infatti il riconoscimento di una verità inconfutabile, un'oggettività "di Stato", in manifesto contrasto con i principi di autodeterminazione ideologica, posti, fin dai primordi del costituzionalismo, a fondamento di ogni ordinamento ispirato ai principi del liberalismo democratico; il tutto a grave nocumento, non solo della *sovranità individuale* di elaborare un'opinione libera ed incondizionata e di manifestarla liberamente per concorrere al libero mercato delle idee ed alla vita democratica del Paese, ma altresì al dispiegarsi dell'ufficio dello storico, il quale, come è evidente, «procede per aggiustamenti successivi, correzioni, revisioni»[46].

In altre parole, le assemblee parlamentari, superando la volontà dei costituenti avrebbero con l'approvazione di tali strumenti trasfigurato la propria natura in "*chambres d'énonciation et de qualification juridique des vérités historiques*", provocando, con ciò, un pericolo ben maggiore di quello a suo tempo realizzatosi nelle aule di giustizia con l'affermazione della già ricordata "*tribunalizzazione della storia*".

In tali ultimi casi, infatti, sebbene la ricostruzione degli eventi accaduti fosse rimessa ad organi istituzionali a ciò non specificamente preordinati - gli uffici del potere giudiziario – essa, in ragione dell'utilizzo da parte dei giudicanti di *standards* tipici dell'*actio* dello *ius dicere* (imparzialità, indipendenza e terzietà, nonché necessità di fondare decisioni sulla base di riscontri probatori)[47] era riuscita a pervenire a soluzioni storiografiche nel complesso accettabili, quanto meno per la ragione di non essere inficiate da vizi di parzialità ideologica.

Nella legislazione "*sulla storia*", di contro, essendo la ricostruzione del passato rimessa interamente alla volontà delle maggioranze parlamentari, permarrebbe costante il rischio di imposizione di una "visione unilaterale" del passato, che proprio in ragione della sua mancata approvazione condivisa resterebbe esposta al rischio di costante rivisitazione, nella più drammatica delle ipotesi, persino ad ogni successivo avvicendamento elettorale[48].

Dilemmi ulteriori vennero sollevati altresì, con riguardo all'incorporazione del crimine di negazionismo nei cataloghi delittuosi dei diversi ordinamenti.

L'introduzione di simili fattispecie normative provocherebbe, infatti, secondo la dottrina maggioritaria, la messa in discussione della fondamentale distinzione tra convincimento "interiore" e "pericolo di realizzazione dell'evento

---

passato." (Cfr. G. Orwell, 1984, Milano, 1950). E' bene ricordare, tuttavia, che simili alterazioni della storia non rimasero nell'intuizione artistica del noto narratore e pubblicista britannico, ma si tradussero in realtà in molti regimi autoritari del Novecento. Si cita in proposito l'esempio della Spagna franchista ove furono approvati due provvedimenti di tale genere: la *Legge sulle responsabilità politiche* del 9 febbraio 1939 e il Decreto 26 aprile 1940 il quale attribuiva *nell'interesse della Storia* (così nella nota esplicativa) "*ampie facoltà al Fiscal del Tribunal Supremo di procedere a istruire Causa Generale, in cui fossero raccolte prove dei fatti delittuosi commessi in tutto il territorio nazionale durante la denominazione rossa*".

[44] Si vedano in particolare le posizioni di Robert Badinter espresse nell'allocuzione al Senato francese il 4 maggio 2011 e ribadite anche in *Génocide arménien: une proposition de loi "anticonstitutionnelle" selon Robert Badinter* in Le Monde, 23 dicembre 2011, si cfr. anche M. Verpeaux, *Liberté d'expression et discours politique*, *Table ronde: Constitution et liberté d'expression*, AIJC, 2007, p. 242; in italiano S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, pp. 211-231; G. Braga, *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, in M. Ainis (a cura di), Informazione, potere, libertà, Torino, 2005; M. Manetti., *Libertà di pensiero e negazionismo*, in *idem*.; I. Spigno, *Ancora sulle lois memorielles: la parola del Conseil constitutionnel sull'antinegazionismo*, in www.dirritticomparati.it/2012/03

[45] Nel caso in cui si volesse riconoscere a queste ultime uno *status* più elevato ed una minore soggezione alle imitazioni previste apertamente o riconosciute dalla dottrina all'art. 21. Cfr. in senso critico a queste tesi P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in Enc. Dir. XXIV, Milano, 1974, pp. 429ss, ma anche J. Luther, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in DPCE, 2009

[46] Cfr. A. d'Orsi, *Dal revisionismo al rovesciamo. La Resistenza (e la Costituzione) sotto attacco*, cit.

[47] Strumenti non dissimili da quelli utilizzati dallo storico nelle sue attività. Su questo punto si cfr. C. Ginzburg, *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Torino, 1991. Non deve dimenticarsi tuttavia che il tema fu analizzato già nel 1939 da uno dei grandi padri della Costituzione e della procedura civile, Pietro Calamandrei, in uno scritto in risposta a Guido Calogero, autore del saggio *La logica del Giudice e il suo controllo in Cassazione*. Cfr. V. P. Calamandrei, Il Giudice e lo storico, in Opere giuridiche (cur. M. Cappelletti), I, Napoli, 1965, 393 ss

[48] Simili considerazioni furono sollevate specialmente in territorio elvetico, allorché il Consiglio federale (che pur risulta composto come noto, da esponenti di tutte le forze politiche sulla scorta della c.d. "*formula magica*"), affidò alla commissione presieduta dal Prof. Jean François Bergier il compito di far luce sugli oscuri rapporti intessuti negli anni '40 tra la Confederazione e la Germania hitleriana, nonché sulla spinosa questione delle giacenze bancarie degli internati nei campi di sterminio e sulla più generale politica di respingimento dei profughi alle frontiere operata dal Paese nel corso dell'ultimo conflitto mondiale. Su questi temi si vedano J. F. Bergier (cur.) *La Svizzera, il nazionalsocialismo e la Seconda guerra mondiale*, Locarno, 2002 e J. Ziegler, *La Svizzera, l'oro e i morti. I banchieri di Hitler*, Milano 1997.

antigiuridico", più volte richiamata dalla giurisprudenza in materia di ammissibilità di reati d'opinione quali l'apologia, l'istigazione e il vilipendio.

Se è vero infatti che il diritto alla libera manifestazione del pensiero, tranne che ai primordi dell'epoca costituzionale[49], fu sempre considerato suscettibile di restrizioni e regolamentazioni, è pur vero che dette limitazioni - stante l'estremo valore della libertà in argomento ai fini della realizzazione della società democratica - furono sempre individuate nei disposti espliciti o impliciti delle Carte costituzionali, tra i quali deve annoverarsi certamente il mantenimento dell'ordine pubblico.

Ora è evidente che la criminalizzazione delle tesi negazioniste sfuggirebbe alla ricostruzione su delineata.

Le argomentazioni propugnate dai paladini della "*Auschwitzlüge*" (la menzogna di Auschwitz), per come generalmente formulate[50], non potrebbero considerarsi infatti figure riconducibili all'apologia o all'incitamento diretto alla commissione di reati. Esse comporterebbero la diffusione nella società visioni artatamente manipolate e inveritiere della storia, irrispettose sul piano scientifico dell'utilizzo imparziale e corretto delle fonti e, sul piano umano, della sofferenza patita dalle vittime, dietro alle quali potrebbero forse ravvisarsi anche apprezzamenti mal celati ai regimi autoritari del Novecento ed ai loro metodi illiberali, ma da esse, non potrebbe ad ogni modo certamente desumersi una difesa elogiativa dell'autoritarismo, né tampoco un incitamento diretto e realistico al sovvertimento dell'ordine democratico, diretto alla riaffermazione del sistema autocratico.

Le argomentazioni negazioniste costituirebbero, per utilizzare le espressioni di una celebre pronuncia della nostra Corte, "*un sentimento, che sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza (…), fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità*"[51]. Una loro repressione si tradurrebbe pertanto in un'anticipazione della tutela dell'ordine pubblico ad un momento talmente antecedente rispetto al pericolo, tale da esulare quelle finalità di prevenzione dei reati che le Costituzioni (o le loro interpretazioni) generalmente acconsentono al fine di realizzare un ridimensionamento della libertà di espressione.

Un ulteriore fattore di problematicità individuato dalla dottrina sembrerebbe da ultimo riguardare l'eventuale compatibilità delle disposizioni antinegazioniste con la presenza all'interno degli ordinamenti di ulteriori disposizioni criminali finalizzate alla repressione di manifestazioni razziste o xenofobe, ovvero previsti da documenti internazionali animati dalle medesime finalità, quali – su tutti - la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale[52], al cui art. 4 si statuisce, un obbligo per gli Stati aderenti alla medesima di "*dichiarare crimini punibili dalla legge, tutte le diffusioni di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, gli incitamenti alla discriminazione razziale,nonché ogni atto di violenza, o esortazione a tali atti, contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica*".

E' opinione diffusa, infatti che le intenzione precipue del discorso negazionista siano quelle di perpetuare nella moderna società quelle stese deprecabili argomentazioni antisemite e xenofobe[53], che poste a fondamento dell'autoritarismo nazi-fascista furono a rilevarsi foriere degli esecrandi crimini oggetto dell'attuale disconoscimento.

Di fronte a simili finalità, lo Stato costituzionale, avrebbe certamente interesse a reagire. Ma quale *ratio* spingerebbe esso a far ricorso ad una fattispecie di reato *ad hoc*, quando il medesimo obiettivo di criminalizzazione potrebbe più agevolmente essere raggiunto, mediante l'utilizzo di strumenti normativi già esistenti nell'ordinamento, quali ad esempio quelli diretti a penalizzare il c.d. *hate speech*? Forse che da tale volontà possa evincersi un implicito riconoscimento da parte dei legislatori della difficoltà di individuare all'interno di dette manifestazioni, forme di

---

[49] Scriveva nel 1797 Giuseppe Compagnoni, primo docente di diritto costituzionale in Europa: "*E' dunque necessaria per l'espressione delle idee, de' giudizj, e delle opinioni una interissima libertà, sia che l'uomo faccia questa espressione per suoni articolati, sia per concertati segni che sono parole e scrittura, prese entrambe nel più ampio senso; e da ciò apparisce violarsi il diritto della libertà dell'uomo, quando vuol porsi impedimento alla comunicazione delle sue opinioni, essendo essa il primo elemento del suo stato morale, ed una verissima sua proprietà esposta, è vero, alla collisione naturalmente nascente dell'eguale diritto degli altri, ma pienamente disponibile da quello cui individualmente appartiene*". E di fronte all'obiezione che alcune idee potevano rivelarsi "*gravide di mali spaventosi, ed atte a sovvertire gli animi, provocando alla dimenticanza dei diritti e dei doveri e a volgere sossopra ogni ordine stabilito*", il giurista romagnolo rispondeva che "*Non si deve fare il male perché avvenga il bene. E certamente sarebbe un male violare il diritto di libertà, uno dei più preziosi diritti che ha l'uomo, per salvare il quale, e non per dimezzarlo, egli si è unito in società*". Cfr. sul punto G. Compagnoni, *Elementi di diritto costituzionale democratico* (1797), ristampa anastatica, Milano, 2008.

[50] Sul metodo della storiografia negazionista cfr. V. Pisanty, *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Milano, 1998

[51] Cosi Corte Cost. in Sent. n°87/1966.

[52] Cfr. Convenzione di New York del 21 dicembre 1965, resa esecutiva in Italia con Legge 13 ottobre 1975, n. 654.

[53] Per maggiori approfondimenti sulla compatibilità tra esse e la libertà di espressione si rinvia a A. Ambrosi, *Libertà di pensiero e manifestazioni di opinioni razziste e xenofobe*, in Quad. Cost., 3/2008, pp. 519-544

pregiudizio religioso o razziale se non per mezzo di disposizioni criminalizzatrici peculiari dirette a reprimerle indipendentemente da qualsivoglia riscontro circa la pericolosità sociale di esse?
Si tratta come evidente di perplessità, che rivelano la singolarità delle manifestazioni intellettuali in argomento persino nell'ambito della stessa categoria dei reati d'opinione. Dette dissertazioni presentandosi, infatti, come teorie pseudo-scientifiche, sfuggirebbero non soltanto ai postulati tipici della propaganda, dell'apologia e dell'istigazione ma anche alla riconduzione alle manifestazioni dal contenuto razzista[54] interdette nella generalità degli ordinamenti. Soltanto il ricorso a normative penali *ad hoc*, consentirebbe perciò una loro sicura incriminazione.
Un'ultima osservazione fu elevata per concludere con riguardo al rapporto tra le normative antinegazioniste ed i principi di uguaglianza e ragionevolezza, tipici del costituzionalismo democratico.
La scelta di criminalizzare determinate condotte negazioniste e non altre, operata da una molteplicità di ordinamenti, potrebbe sollevare, infatti, quanto meno un dubbio di costituzionalità in merito alla violazione dei principi di uguaglianza, non discriminazione e ragionevolezza, i quali – come noto - impongono il trattamento in modo analogo di situazioni conformi ed il trattamento diversificato di situazioni dissimili. Non può dubitarsi infatti che una concezione *universale* dei diritti umani, quale quella affermatasi a New York nel 1945[55], mal tollererebbe operazioni di simile *compartizione tra i morti*.
Come potrebbero ammettersi infatti la tutela della memoria di alcune vittime e non di altre? Non è forse la dignità umana un principio fondamentale immune da restrizioni di carattere etnico, religioso, linguistico o sessuale?
Di fronte a simili argomentazioni la semplicistica invocazione al "*carattere nazionale degli eventi*" apparirebbe certamente poco confortante.

4. I dubbi della dottrina penalistica

Diversamente dalla dottrina pubblicistica, le riflessioni della scienza penalistica si incentrarono in particolare sulla natura del reato di *negazionismo* e sugli aspetti sanzionatori ad esso riconnessi[56].
L'incorporazione nell'ordinamento di fattispecie finalizzate al perseguimento di manifestazione del pensiero in merito alla *Shoah,* o ad altri avvenimenti individuati dalla legge come "*parte integrante della memoria collettiva*" finirebbero, in particolare, secondo le argomentazioni dei migliori autori della materia, per porsi in contrasto con i principi del «*diritto penale minimo*» e del ricorso allo strumento della pena quale «*ultima ratio*» sanzionatoria.
Un razionale dispiegamento della minaccia penale, costituendo un onere particolarmente gravoso per la società, per il sistema giudiziario e in ultima analisi per i condannati, ed al contempo scarsamente efficace in ragione della complessità del procedimento disposto per la sua applicazione, prescriverebbe ai legislatori di attenersi ad un costante *self-restrainement*, escludendo – nell'esercizio della propria potestà punitiva - il ricorso alla minaccia penale ogniqualvolta essa non si palesasse come uno strumento indispensabile per la tutela dei beni giuridici *essenziali* alla pacifica convivenza nell'ordinamento[57]. Ora è certamente opinabile che l'offensività di manifestazioni del pensiero come quelle negazioniste, non di rado misconosciute dalla più parte dei consociati, possa considerarsi di rilevanza tale da rendere indispensabile il ricorso alla minaccia penale, ed ancor più alla sanzione detentiva, la modalità di privazione della libertà personale più gravosa che gli ordinamenti liberali conoscano.
Le argomentazione citate acquisirebbero altresì ulteriore fondamento, ove si considerasse che detti reati, nella maggior parte dei casi, andrebbero a confliggere con i principi costituzionali di tipicità e determinatezza in ragione della vaghezza descrittiva delle loro proposizioni normative, nonché con il principio di offensività a motivo dell'incertezza circa l'oggetto da esse tutelato. Quale dovrebbe considerarsi infatti il bene giuridico protetto da queste norme: la dignità

[54] E' chiaro infatti che un'affermazione del tipo: "*l'Olocausto non è mai esistito, poiché l'annientamento del popolo ebraico non rappresentava obiettivo della politica di Hitler*" pur costituendo una falsità storica, accompagnata senza dubbio da un intento discriminatorio del suo autore (diretto come è evidente a gettare discredito sul popolo ebraico, divulgatore di una contrastante interpretazione di quell'evento) non può considerarsi manifestazione di un'inequivocabile volontà razzista al pari di espressioni tristemente note come: "*Juden raus!*"
[55] Cfr. le finalità generali della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 9 dicembre 1948), chiaramente evincibili dalla lettura dello stesso preambolo.
[56] Cfr. per la dottrina italiana in particolare gli scritti di E. Fronza, *Profili penalistici del negazionismo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999 e *Il reato di negazionismo e la protezione morale della memoria*, in Ragion Pratica, 2008. La medesima posizione è condivisa da D. Pulitanò, *Sulla legittimità dei reati d'opinione nella Proposta Mastella*, in Quad. Cost., 2007, pp. 371 ss.
[57] Un richiamo all'utilizzo del principio di sussidiarietà nelle scelte criminalizzatrici del legislatore è pervenuto dalla stessa Corte Cost. in sent. 25 ottobre 1989, n°487. Sul ruolo della pena come *ultima ratio* si veda su tutti F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in Nss. Dig. It., 1973, p. 7.

delle vittime, dei superstiti, la tutela del loro onore e della loro reputazione, il mantenimento dell'ordine pubblico e della pacifica convivenza?[58]. Per meglio comprendere simili argomentazioni dovrebbe richiamarsi con evidenza il disposto dell'art. 261 bis del codice penale svizzero, ad esempio, commina una pena detentiva a "*chiunque (…) disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l'umanità*"[59].

Ora è evidente che da un lettura attenta della norma, nessun dubbio potrebbe sollevarsi in relazione al concetto di *disconoscimento* del crimine. Nel medesimo, infatti, dovrebbero ricomprendersi, tutte quelle estrinsecazioni scritte o orali, riconducibili alla nozione di *holocaust denial* prospettata dalla letteratura storica e sociologica americana sin dagli anni Settanta del passato secolo.

Problemi ermeneutici andrebbero invece a manifestarsi con riguardo alle nozioni di *minimizzazione* e *giustificazione*. Ci si potrebbe domandare, in particolare, se nel paradigma della minimizzazione debba ricomprendersi anche, quale condotta penalmente rilevante, la cosiddetta *banalizzazione* del crimine, o quantomeno certi aspetti di essi maggiormente riprovevoli, quali ad esempio lo sfruttamento economico della vicenda concentrazionaria al fine della produzione di pellicole cinematografiche edulcorate, volgarizzate o addirittura riconducibili alla pornografia a sfondo nazista[60].

Ancor maggiore indeterminatezza andrebbe poi a ravvisarsi, se possibile, per quanto concerne la nozione di *giustificazione*.

Un'interpretazione estensiva di tale concetto potrebbe comportare, persino la penalizzazione di posizioni storiografiche *revisioniste*, ma non perciò prive di pregio scientifico, quali ad esempio quelle a suo tempo propugnate dallo storico tedesco Ernst Nolte e dai suoi epigoni dell' *Historikerrsreit* in una pluralità di scritti in polemica con Jürgen Habermas[61].

Il pericolo riconnesso a simili indeterminatezze legislative è a tutti certamente comprensibile. Normative sì concepite finirebbe, infatti, per rimettere all'assoluta discrezionalità del giudicante questioni di primissimo rilievo, dalle quali discende persino la permanenza del singolo nello *status libertatis*.

Il Giudice di merito, infatti, a fronte di uno scritto, un discorso o un'opera artistica e letteraria sarebbe chiamato ad operare una valutazione – peraltro con strumenti non riconducibili al proprio operare, e al di fuori del proprio ambito di conoscenze – circa l'idoneità degli stessi a vilipendere l'onore e la dignità delle vittime e dei loro congiunti ovvero ad ingenerare nella società un pericolo per l'ordine pubblico ideale e la tranquilla convivenza sociale.

In assenza di parametri certi, chiari ed univoci la decisione giudiziaria non potrebbe che muovere in direzione dell'arbitrio, con pregiudizio evidente dello stesso principio di uguaglianza, poiché espressioni consimili finirebbero per incontrare qualificazioni diverse a seconda dei fori aditi.

5. Gli interventi della giurisprudenza nazionale

Nonostante la pluralità dei dubbi sollevati dalla scienza giuridica, e fin qui succintamente richiamati, la maggior parte delle decisioni giurisprudenziali in materia, sia di merito che di legittimità, come pure le pronunce dei Giudici di

[58] Si ricordi che il principio di offensività costituisce "*limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario*": così Corte Cost. sent. 24 luglio 1995, n°360; sent. 11 luglio 2000 n°263 e 21 novembre 2000, n°519.

[59] Analogo tenore è presente in quasi tutte le disposizioni *antinegazioniste* attualmente vigenti in Europa. Cfr. *supra* il richiamo all'art. 130 dello *StrafGesetzbuch* tedesco, ma anche la normativa austriaca e belga. L'art. 607 del codice penale spagnolo (come modificato dalla legge organica 10/1995) prevedeva, invece, quali condotte penalmente rilevanti unicamente la negazione e la giustificazione del genocidio.

[60] L'espressione "*banalizzazione della Shoah*" fa riferimento – secondo Valentina Pisanty – a due ordini di usi ritenuti impropri della storia del genocidio ebraico. Da una parte vi è l'elaborazione di prodotti culturali di massa (film, telefilm, fumetti e romanzi), il cui obiettivo è sfruttare l'impatto emotivo suscitato dalla memoria della Shoah per autopromuoversi commercialmente, ambientando vicende più o meno inverosimili in contesti concentrazionari che poco o nulla hanno a che fare con la realtà dello sterminio così come ci è stata restituita dai testimoni e dagli storici. Dall'altra parte vi è il sovente ricorso ad equiparazioni indebite tra la Shoah ed altri eventi storici (altri genocidi o eccidi, ma anche episodi violenti di diversa natura), le quali finiscono così per minimizzare o per relativizzare la tragedia ebraica, trattando la Shoah alla stregua di "*un massacro come un altro*". Nel primo quadro rientra senza dubbio la produzione di *B-movies*, in cui la tragedia è richiamata unicamente al fine di descrivere l'efferatezza e la depravazione dei carnefici talvolta addirittura accompagnata da un surreale apprezzamento masochistico da parte delle vittime. Si fa riferimento qui, più che a produzioni come *Il portiere di notte* di Liliana Cavani o *Salon Kitty* di Tinto Brass, nel complesso ancora corroborate da qualche pregio artistico, a dozzinali pellicole pornografiche quali *Casa privata per le SS*, *SS Experiment Camp*, *La bestia in calore/SS Hell Camp*, *La svastica nel ventre/Nazi Love Camp* e *L'ultima orgia del III Reich*. Cfr. Valentina Pisanty, *Abusi di memoria. Negare, banalizzare, sacralizzare la Shoah*, Milano-Torino, 2012.

[61] Ernst Nolte, storico della cultura tedesco allievo di Heidegger, nei suoi scritti ha più volte sostenuto che l'eliminazione indiscriminata del popolo ebraico fu la risposta di Hitler alle atrocità bolsceviche, e che la macchina di sterminio posta in essere dai nazisti non fu poi così diversa da altri episodi che insanguinarono la storia contemporanea, prima fra tutti la deportazione - non solo di dissidenti politici, ma di interi raggruppamenti sociali come i kulaki - nei *gulag* sovietici, equiparati per ciò all'universo concentrazionario ideato da Adolf Hitler. Cfr. G. E. Rusconi (cur.) *Germania, un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca*, Torino, 1987. Tra le opere di Nolte si veda

costituzionalità laddove operanti, non ravvisarono problematicità specifiche rispetto alla possibilità per i legislatori nazionali di pronunciarsi sull'effettività di talune paradigmatiche vicende del passato, né sull'ammissibilità all'interno degli ordinamenti di forme di repressione penale a carico di coloro i quali furono definiti da Vidal-Naquet "*assassini della memoria*".

Con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, in particolare, il reato di negazionismo fu, considerato conforme alla libertà di opinione sia dalla *Cour d'arbitage* del Regno del Belgio sia dal *Bundesvervassunggericht* della Repubblica Federale Tedesca.

A parere della Corte di Bruxelles, le affermazioni negazioniste dovrebbero considerarsi infatti non ricomprese nella tutela riconosciuta dall'art. 19 della Costituzione in materia di libertà di parola, perché offensive "*per la memoria delle vittime, dei sopravvissuti e dello stesso popolo ebraico*", ed altresì idonea

e a costituire "*una minaccia nella società democratica*" in ragione della loro tendenza *"alla riabilitazione dell'ideologia nazista*".

La Corte di Karlsruhe, di contro, argomentò la propria decisione richiamando la netta distinzione tra i concetti di «affermazione di un fatto» e «manifestazione di un'opinione»[62]. Sebbene, infatti, a parere dell'autorevole giudice, entrambe le estrinsecazioni costituirebbero oggetto della libertà di espressione ex art. 5 del *Grundgesetz*, soltanto la manifestazione dell'opinione risulterebbe suscettibile di una più vasta e quasi incondizionata tutela[63]. L'affermazione di un evento, infatti, essendo suscettibile di accertamento fattuale in merito alla sua veridicità, potrebbe vedersi riconosciuta tutela soltanto ove i fatti affermati corrispondessero ad inconfutabile verità. L'affermazione del fatto, rappresentando, un antecedente prodromico e funzionale alla formazione dell'opinione, risulterebbe *aliunde* meritevole di tutela soltanto se in grado di originare opinioni non viziate *ab origine*.

Come è evidente, non è questo il caso delle argomentazioni negazioniste, le quali, disconoscendo l'esistenza di fatti la cui veridicità sia stata storicamente e giuridicamente accertata, non si porrebbero altro fine che quello di ingenerare nella società la formazione di opinioni fallaci, perniciose per la sussistenza stessa dell'ordine democratico.

Un caso ancora rilevante di giurisprudenza costituzionale, fu offerto, infine, dall'ordinamento spagnolo. Il *Tribunal Costitucional* pronunciando su un *recurso de amparo* nel 1991 precisò infatti che "*la falsificazione storica operata con il deliberato proposito di gettare disprezzo su un gruppo etnico e di attivare una discriminazione nei suoi confronti non è coperta dalla garanzia apprestata dall'art. 20 della Costituzione a riguardo della libertà di manifestazione del pensiero, ma costituisce violazione di principi fondamentali quali l'uguaglianza (art. 1) e la dignità della persona art. 10)*"[64].

Sedici anni più tardi, in netto contrasto con gli orientamenti ormai consolidati presso le Corti di tutti gli ordinamenti "antinegazionisti", la su menzionata pronuncia fu oggetto però di un inatteso *overrule*.

Con pronuncia resa il 7 novembre 2007[65] il Giudice delle leggi di Madrid optò infatti per una discutibile distinzione tra l'attività del negare, ritenuta conforme alla libertà di espressione e quella del giustificare, reputata al contrario rispetto ad essa incompatibile.

A nuovo giudizio del *Tribunal Costitucional*, la negazione dell'Olocausto ebraico dovrebbe essere infatti considerata come una "*mera espressione di un punto di vista su determinati fatti*", la quale,"*in ragione del suo manifestarsi priva di giudizi di valore sulla generalità dell'accaduto, ed in particolare sull'antigiuridicità dell'evento troverebbe protezione nell'ambito della libertà scientifica*" proclamata dall'art. 20 lett. b) della Costituzione[66].

La giustificazione degli episodi genocidiari, di contro, relativizzando o negando l'antigiuridicità dell'evento, andrebbe ad integrare la fattispecie del "*discurso del odio*", e pertanto non realizzerebbe forma di espressione ammissibile nel contesto

---

[62] Cfr. M. C. Vitucci, *La costituzionalità del divieto penale nella "negazione dell'Olocausto" nella sentenza 13 aprile 1994 del Tribunale costituzionale federale*, in Giurisprudenza costituzionale, 3/1994

[63] Comunque limitabile, si badi, in vista della preminenza di altro valore costituzionale, risultato preminente nel giudizio di ponderazione (la versione tedesca del nostro "bilanciamento").

[64] Cfr. STC 214/1991 dell'11 novembre 1991, in *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, n. 128/1991.

[65] Cfr. STC 235/2007 del 7 novembre 2007 in www.tribunalconstitucional.es; per i commenti ad essa: J. A. Ramos Vázquez, *La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607.2 del Código Penal)* in Revista Penal, n.º 23/2009; in italiano C. Caruso, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo*, in Quaderni Costituzionali, 2008 e M. Iacometti, *La giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo nel biennio 2007-2008*, in Giurisprudenza costituzionale, 2008

[66] Al dì là della critica, ormai nota in dottrina, della difficoltà a distinguere la mera affermazione del fatto senza aggiungere alcuna considerazione sembrerebbe interessante sottolineare che la lett. d) dell'art. 20 della Cost. spagnola, a differenza di molte altre carte vigenti dispone il diritto "*a comunicar o recibir libremente información veraz* (veritiere) *por cualquier medio de difusión*".

di un ordinamento, come quello spagnolo, ove la dignità umana rappresenta "*il nucleo irriducibile del diritto all'onore*", nonché l'intero "*fondamento dell'ordine politico e della pace sociale*"[67].
Una quadro recente, di piena rivivificazione della libertà di espressione, sembrò, invece da ultimo affermarsi con la pronuncia d'illegittimità dal *Conseil constitutionnel* nei confronti della legge 31 gennaio 2012 diretta all'introduzione nell'*Hexagone* del divieto di negazione dei genocidi riconosciuti ed in particolare di quello "*arménien*". La portata innovativa di tale pronuncia fu destinata però a conoscere immediatamente un considerevole ridimensionamento a causa del rifiuto apposto dalla *Cour de cassation* di trasmettere al *Conseil* una QPC relativa alla principale legge nazionale in materia di negazionismo, loi Gayssot, "*au motif que la question de la constitutionnalité de cette loi ne présentait pas un «caractère sérieux*».

6. Gli interventi della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo
A far data dagli anni Settanta del Novecento, ai richiamati interventi della giurisprudenza costituzionale andarono ad aggiungersi numerose pronunce della Corte Europea dei diritti dell'Uomo[68], tutte affermanti la piena compatibilità della normativa anti-negazionista con il disposto di cui all'art. 10 Cedu, a norma del quale "*ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione (…) senza limiti di frontiera*".
Le suddette pronunce trovavano origine in particolare nei ricorsi presentati presso gli organi di giustizia individuati dalla Convenzione dagli autori di pubblicazioni negazioniste condannati, a livello nazionale, sulla base di specifiche disposizioni incriminatrici ovvero di più generali norme penalizzatrici dell'*hate speech*.
In via generale, deve premettersi che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in materia di restrizione della libertà di espressione, risulta consolidata su posizioni fortemente restrittive, atte ad ammettere le limitazioni alla medesima come pure eccezioni. Già nelle sentenze *Sunday Times c. United Kingdom* e *Handyside c. United Kingdom*, del 26 aprile e del 7 dicembre 1976, la Corte ebbe a precisare infatti che "*la libertà di espressione costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica e una delle condizioni essenziali del suo sviluppo*", ricordando altresì che la medesima "*deve essere tutelata non solo per quelle idee o espressioni considerate inoffensive o indifferenti, ma anche per quelle idee che possono provocare inquietudine ad uno Stato o ad una popolazione*".
Dal tenore di dette pronunce avrebbe potuto certamente desumersi il collocamento della Corte su posizioni di rigido garantismo, non dissimili da quelle proprie del costituzionalismo anglo-americano. Invero, però, la Corte Edu, eccezion fatta per talune sporadiche pronunce[69], si attestò su posizioni diametralmente opposte, finalizzate al rigetto di qualsivoglia manifestazione di *Holocaust denial* o, analogamente, riconducibili a forme di revisionismo lesivo dell'altrui dignità personale.
L'esigenza di protezione della libertà di parola, a parere della Corte, avrebbe dovuto infatti, in tali ambiti, contemperarsi con gli ulteriori principi sanciti dalla Cedu, tra i quali la giustizia e la pace, l'onore e la reputazione. Lo stesso comma secondo dell'art. 10 della Convenzione statuisce infatti che l'esercizio della libertà di espressione "*comportando doveri e responsabilità, può essere sottoposto a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei disordini e dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e la imparzialità del potere giudiziario*".

[67] La Costituzione spagnola del 1978, contiene al pari del Grundgesetz tedesco una norma specifica a tutela della dignità umana. Si tratta dell'art.10 in cui si precisa che: "*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*".
[68] Per approfondimenti sulle pronunce della Corte EDU in materia si rinvia a P. Wachsmann, La *jurisprudence récente de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de nagationisme*, in J. Fluss, M. Di salvia (cur.) in la *Convention européenne des droits de l'homme: développements recents et nouveaux défis*, Bruxelles, 1997; C. M. Cascione, *Negare le ingiustizie del passato: liberà o divieto*, in *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi* (cur. G. Resta, V. Zeno-Zencovich), cit.e per le pronunce più recenti C. Pauner Chulvi, *La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad deexpresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC*, in http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/37620/51751.pdf?sequence=1
[69] Il riferimento è, oltre alle già citate *Sunday Times c. United Kingdom* e *Handyside c. United Kingdom*, a *Castells c. Spagna* del 23 aprile 1992, n. 236 e a *De Haes y Gijssels c. Belgio* del 24 febbraio 1997, n. 30. In esse si precisa che "*la punizione del mero negazionismo è in contrasto con i principi posti alla base della Convenzione, quali il pluralismo, la tolleranza, la coesione sociale e lo spirito d'apertura, senza i quali non vi sarebbe una società democratica*"

L'orientamento *de quo* fu palesato dalla Corte sin dalle sue prime pronunce in materia. Nella decisione *X c. Repubblica Federale Tedesca* del 16 luglio 1982, la Commissione[70] - rigettando l'istanza del ricorrente negazionista – precisò infatti che: "*il divieto di diffondere una pubblicazione che negava la storicità dell'assassinio di milioni di ebrei da parte del nazismo costituisse una misura necessaria in una società democratica per la protezione della reputazione e dei diritti altrui*".

In ulteriori pronunce fu invece il tema della tutela dell'ordine pubblico ad essere collocato a fondamento della liceità di simili restrizioni. E' il caso ad esempio della sentenza T. c. Belgio, il cui orientamento avrebbe poi trovato costanti riconferme in numerosa giurisprudenza successiva[71].

Ancor più significativo, risultò infine il richiamo al rispetto di un'ulteriore disposto della Convenzione, l'art. 17 a norma del quale: "*Nessuna disposizione della (…) Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto per uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o dalle libertà riconosciuti nella Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste nella Convenzione*"

Dalla portata di simile disposizione può evincersi con evidenza l'inesistenza di un diritto all'esercizio di "*attività miranti alla distruzione dei diritti o delle libertà dalla stessa Convenzione riconosciuti*"[72], tra le quali deve certamente ricomprendersi il negazionismo del genocidio ebraico, qualificato – dalla medesima Corte[73] - come un fenomeno profondamente disruttivo del tessuto sociale, idoneo a minare le fondamenta stesse dello Stato liberale e pluralista e la coesione sociale tra i gruppi.

Il nucleo argomentativo di tali decisioni finì peraltro per coincidere con i principi enucleati da un ulteriore organo di giustizia internazionale, il Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, chiamato a pronunciarsi sulla condanna resa in Francia nei confronti di uno dei propulsori del pensiero negazionista, Robert Faurrison[74].

Il Comitato ONU, nell'argomentare il rigetto del ricorso sottoposto al suo vaglio richiamò infatti i medesimi sopracitati principi, ma ad essi aggiunse un'ulteriore e preminente argomentazione a giustificazione della repressione penale dei fenomeni in argomento: la componente razzista degli enunciati, la quale finirebbe per disattendere il disposto di cui all'art. 1 della Dichiarazione del 1948 secondo cui "*tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza*".

Per rigore argomentativo deve ricordarsi però, che in taluni episodici casi, la Corte EDU pronunciò giudizi di segno opposto, ravvisando nelle misure adottate a livello nazionale, una palese violazione della libertà di manifestazione del pensiero. Il caso più recente, del dicembre 2013, riguarda in particolare il genocidio armeno. Nella sentenza Perinçek c. Svizzera[75], il collegio giudicante, fece salve infatti le argomentazioni del ricorrente, il quale, nello specifico, non dubitava

---

[70] Come è noto, prima dell'entrata in vigore del Protocollo 11, il singolo cittadino non aveva accesso diretto alla Corte. I ricorsi da lui presentati dovevano passare al preventivo vaglio della Commissione, la quale si sarebbe pronunciata circa la loro effettiva ricevibilità. Nel caso in cui il ricorso fosse stato considerato ricevibile era la Commissione stessa a sollevarlo davanti alla Corte. Tale filtro aveva come finalità, la salvaguardia di uno dei principi fondamentali dell'ordinamento internazionale: il riconoscimento della soggettività dei soli Stati nazionali. Con la riforma introdotta dal citato Protocollo n. 11, il ricorso individuale è stato invece espressamente riconosciuto dall'art. 34 della Convenzione.

[71] Si ricordano le pronunce della Commissione H., W., P. e K. c. Austria del 12 ottobre 1989, n. 12774/87; Udo Walendy c. Germania del 7 gennaio 1992, n. 21128/92; P. c. Germania del 20 marzo 1993, n. 19459/92; Otto E. F. A. Remer c. Germania del 6 dicembre 1995, n. 25096/94; Gert Honsik c. Austria del 18 ottobre 1995 n. 25062/94; D.I. c. Germania del 26 giugno 1996, n. 26561/95.

[72] Il riferimento è ancora alla sentenza H., W., P. e K. c. Austria. Simili richiami sono tuttavia contenuti anche nelle pronunce Marais c. Francia del 24 giugno 1996, n. 31159/96, Lehideux et Isorni c. France, del 23 settembre 1998, n. 24662/94, Witzsch c. Germania del 20 aprile 1999, n. 41448/98, Garaudy c. Francia del 24 giugno 2003 n. 65831/01.

[73] Cfr. sentenza Garaudy c. Francia, cit.

[74] Robert Faurisson è un docente francese di Critica letteraria, accostatosi fin dal 1960 al tema dello sterminio ebraico. Il suo pensiero è diretto a dimostrare scientificamente l'infattibilità dell'Olocausto ebraico (al riguardo affidò la ricerche tecnico-scientifiche all'ingegner Leuchter). Dalle sue tesi si evince in particolare che la deportazione non fu dagli accoliti hitleriani finalizzata alla distruzione del popolo di Israele, ma esclusivamente al suo trasferimento in terre lontane (Madagascar). La moria che ne conseguì (contenuta nel numero di cinquecento mila individui) fu da ricondursi esclusivamente al diffondersi delle epidemie nei campi di lavoro forzato. Tra le sue pubblicazioni si ricordano: *A-t-on lu Rimbaud?* (1961), *A-ton lu Lautréamont?* (1972), *A quand la libération de Céline?* (1973), *Le journal d'Anne Frank est-il authentique?* (1975*), La Clé de Chimères et Autre Chimères de Nerval* (1977), *Mémoire en défense contre ceux qui m'accusent de falsifier l'histoire. La question des chambres à gaz* (1980). Fu soggetto a diversi procedimenti penali. Per approfondimenti sulle tesi negazioniste di Faurrison e la sua vicenda penale si rinvia tra gli altri a C. Vercelli, *Il negazionismo*, Roma-Bari, cit. La pronuncia qui ricordata è la decisione Onu Robert Faurisson c. Francia, Communication No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996).

[75] Cfr., sentenza Perinçek c. Svizzera del 17 dicembre 2013, n. 27510/08. Per approfondimenti in dottrina si rinvia agli scritti di M. Montanari e P. Lobba pubblicati on-line sul sito della rivista Diritto penale contemporaneo all'indirizzo: http://www.penalecontemporaneo.it/, nonché a P. Tanzarella in http://www.giurcost.org/studi/tanzarella1.pdf.

della sussistenza dello sterminio da parte del governo turco, ma della sua qualificazione in termini di genocidio, una forzatura a suo parere riconducibile ad "una menzogna internazionale".
Tutto ciò chiarito, pare opportuno da ultimo ricordare che alle menzionate pronunce in materia di reati di negazionismo, la Corte EDU ebbe sovente ad affiancare anche decisioni dirette ad confermare l'irrefutabilità storica di determinate vicende del passato, attribuendo alle medesime la qualifica di "*faits historiques clairement établis*"[76].
Un simile atteggiamento è chiaramente rinvenibile, per l'Olocausto ebraico, nella pronuncia Lehideux et Isorni c. Francia[77], e con riferimento al massacro dei ventuno mila ufficiali polacchi perpetrato a Katyń dai reparti militari del NKVD[78], nella recente sentenza Janowiec c. Russia[79]

7. La situazione oltre Atlantico. Gli approcci statunitensi e canadesi alla questione

Ampliando lo sguardo oltre i confini europei, alcuni brevi cenni vogliono riservarsi alla situazione realizzatasi nelle due storiche democrazie del continente americano: gli Stati Uniti ed il Canada.
Negli Stati Uniti, sebbene la presenza di una nutrita comunità ebraica, accusata dai promotori del negazionismo di muovere le fila del "sionismo internazionale", nessuna norma diretta alla criminalizzazione di argomentazioni revisioniste è mai stata posta dal Congresso, né dai legislativi delle singole *nations*. La libertà di manifestazione del pensiero, garantita dal Primo Emendamento ("*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*") ha sempre beneficiato infatti nel contesto nordamericano di un'ampiezza maggiore rispetto a qualsivoglia ordinamento dell'Europa occidentale. Lo stesso Generale Washington era persuaso infatti che "*privati della libertà di parola potremmo essere condotti muti e silenziosi al macello come pecore*".
Per quanto ampia la libertà di espressione possa essere riconosciuta è naturale, tuttavia, che l'ordinamento individui specifiche possibilità di restrizione, sia a salvaguardia delle sensibilità dei singoli nei confronti di abusi che dall'esercizio della stessa possano derivare (divieto di espressioni ingiuriose, diffamatorie, offensive del sentimento religioso e della morale), sia a tutela di interessi generali della società, finalizzati alla conservazione democratica della stessa (limiti posi a tutela della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della coesione sociale).
Ciò si realizzò ovviamente anche negli Usa, ove però il Presidente della Corte Suprema Holmes, già negli anni Venti, attribuì a simili restrizioni una possibilità di attivazione particolarmente ristretta sulla scorta del principio del "*clear and present danger*": la libertà di parola avrebbe potuto conoscere infatti contenimenti specifici, solo nei casi in cui essa avesse avuto a tradursi in istigazione diretta alla realizzazione di atti illeciti, idonea a produrre pericoli "concreti" per la collettività[80].

[76] Cfr. da ultimo Janowiec c. Russie del 16 aprile 2012 n. 55508/07, in cui il massacro di Katyń perpetrato in Polonia dai reparti militari del NKVD è qualificato appunto « *fait historique etabli* ».
[77] Cfr. Lehideux et Isorni c. France, cit.
[78] I massacri di Katyń risalgono ai mesi di aprile e maggio del 1940, ai tempi dell'occupazione sovietica della Polonia orientale seguita alla stipula del patto russo-tedesco Molotov-von Ribbentropp. In tali circostanze, senza alcun processo la polizia segreta dell'allora Unione Sovietica sterminò oltre ventuno mila prigionieri polacchi, i quali furono poi seppelliti in fosse comuni nella foresta di Katyń, presso Smolensk. Il genocidio è riconducibile oltre alla volontà sovietica di sterminare lo storico nemico polacco, alla volontà di creare una società nuova "*purificata del contagio borghese*": non a caso i ventuno mila massacrati appartenevano al rango di ufficiali o comunque costituivano "nemici di classe" (imprenditori, proprietari terrieri, intellettuali). Per approfondimenti sulla vicenda e la sua secretazione sino alla *glasnost gorbačëviana* si rimanda a V. Zaslavinsky, *Pulizia di classe. Il massacro di Katyn*, Bologna, 2006. Della vicenda è stata tratta nel 2007 anche una produzione cinematografica: *Katyń*, di Andrzej Wajda.
[79] Cfr. Janowiec c. Russia, del 16 aprile 2012 n. 55508/07 e 29520/09.
[80] Invero, in epoca liberale si era avuta negli Stati Uniti una lunga *querelle* giurisprudenziale circa l'interpretazione da attribuire al diritto riconosciuto dal I emendamento. Per anni la giurisprudenza si era attestata su posizioni "moderate", che riconoscevano ai pubblici poteri la possibilità di restringere la libertà di parola, nel caso in cui essa fosse utilizzata per invocare, in modo incontrovertibile, la realizzazione di atti materiali illeciti, a prescindere dal reale accertamento che la violenza invocata potesse oggettivamente tradursi in realtà. Accanto a questo indirizzo andò però con il tempo ad affiancarsi, fino a sostituirlo un nuovo orientamento più radicale, propugnato da giudici come Holmes, Brandeis e Stone e chiaramente evincibile nelle pronunce Schenk v. U.S. (1919), Frohwerk v. U.S. (1919), Gitlow v. New York (1925) e Friske v. Kansas (1927). Sulla base di esso la punibilità dell'istigazione all'illecito avrebbe dovuto essere confermata solo in presenza di un pericolo "chiaro e imminente" della sua realizzazione.

Detta posizione fu in seguito superata in senso ancor più garantista nella sentenza *Brandenburg vs. Ohio* del 1969, nelle cui motivazioni la Corte Suprema precisò che possibilità di limitazione alla liberà di parola avrebbero potuto considerarsi ammissibili solo in presenza di pericoli per la collettività che oltre ad essere concreti, fossero altresì "*immediati*"[81].
Il giudice del merito sarà quindi chiamato a operare uno *strict scrutiny* che gli consentirà di circoscrivere la libertà di espressione nel solo caso in cui la propaganda eversiva si sia già tradotta in azione.
A parere della dottrina americana, del resto "il popolo ha diritto di ascoltare qualsiasi messaggio, anche antidemocratico proposto, poiché esso è libero di optare per l'ordinamento che predilige e questo non deve essere necessariamente democratico, costituisce inoltre un bene lasciare all'aria aperta le opinioni più radicali, di modo che esse si stemperino sotto le sferzate argomentative dalle teorie avversarie"[82].
Da tali premesse risultano evidenti i motivi per i quali l'ordinamento americano ha sempre rigettato non solo l'introduzione di reati d'opinione, come quelli previsti dalle disposizioni anti-negazioniste approvate in buona parte d'Europa, ma altresì il divieto di forme espressive altamente deprecabili per la convivenza sociale (specie in contesti multietnici) come la propaganda razzista del Ku Klux Klan[83].
Le ragioni di tale considerevole allontanamento dal modello europeo di "*difesa anticipata*", quando non addirittura di "*democrazia protetta*"[84], deve certamente ravvisarsi nella peculiare storia che ha caratterizzato la democrazia americana, e che l'ha vista estranea non solo ai totalitarismi novecenteschi, ma anche al dramma della distruzione razziale e dell'occupazione straniera.
Al rigetto della normativa anti-negazionista non si è accompagnato, tuttavia, un totale disinteresse per le vicende storiche. La data del 27 gennaio, è stata inclusa, ad esempio nel calendario celebrativo nazionale quale data commemorativa delle vittime dell'Olocausto, mentre nel 2008 una legge federale ha istituito una Commissione per organizzare le celebrazioni del duecentesimo anniversario dell'abolizione della tratta degli schiavi[85].
Con riferimento a casi più strettamente nazionali, il 15 gennaio è stato istituito invece come *Martin Luther King day*, in memoria del celebre pastore battista, assassinato nell'aprile 1968.
Il Parlamento di Washington è intervenuto da ultimo ad attribuire riconoscimento ufficiale al genocidio armeno, sebbene attraverso l'utilizzo di uno strumento – la risoluzione – privo della qualifica e della capacità dispositiva della legge[86]. Altri progetti, specie in materia di riparazioni per le vittime della schiavitù, furono invece respinti dalla maggioranza Congresso.
Un approccio nettamente distinto da quello statunitense si è avuto invece nel vicino Canada, ove la libertà di espressione, seppur considerata un diritto preminente dell'ordinamento costituzionale, non beneficia di quel carattere di sacralità incondizionata, ad essa riservato dall'ordinamento statunitense. Già dalla lettera della *Charter of Rights and Freedoms* si evince, infatti, la limitabilità della stessa, al fine di garantire il mantenimento dell'ordine democratico. Nella *section* 2b della Carta si precisa infatti che: "*the Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*".
Sulla base di tale disposto, la *Supreme Court*, respinse fin da principio le conclusioni accolte dalle Corti statunitensi, ponendosi in maggior assonanza con le argomentazioni formulate dalla giurisprudenza costituzionale europea.

---

[81] Cfr. Brandenburg v. Ohio, 359 U.S. 444 (1969), nel punto in particolare in cui la Corte Suprema precisò che la punibilità della manifestazione del pensiero è subordinata al fatto che essa "*was directed to inciting or producing imminent lawless actions and was likely to produce such actions*". Sulla base di tali considerazioni, ritenne nello specifico, non contrarie a Costituzioni manifestazioni accompagnate dal rito del *cross burning*, poste in essere da membri del Ku Klux Klan, poichè "*the Klan may have advocated violence but it had not incited it*". Per maggiori informazioni sulla giurisprudenza americana in tema di libertà di espressione si rinvia a G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano II*, Torino 2000

[82] Cfr. le tesi di Meiklejohn ed Emerson (Meiklejohn A., *Political Freedom. The Constitutional Powers of the People*, New York, 1965 e Emerson T. I., *The System of Freedom of Expression*, New York, 1970) entrambe richiamate da G. Bognetti in *Lo spirito del costituzionalismo democratico. II La Costituzione democratica*, Torino, 2000

[83] La liceità delle espressioni razziste dei membri del Ku Klux Klan, nonché il rito del *cross burning* è stata nuovamente ribadita dalla Suprema Corte nella sent. Virginia v. Black del 2003. Nel 1977, la Corte si è pronunciata invece a favore della liceità della realizzazione di marce in uniforme nazista in un paese ad alta concentrazione ebraica (Nspa v. Skokie)

[84] Sul tema si veda A. Di Giovine, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005.

[85] Cfr. HR. 3432 Commission on the Abolition of the Transatlantic Slave Trade Act, introduced 02/05/2008 became Public Law No: 110-183TXT

[86] Cfr. House resolution n. 106, Affirmation of the United States Record on the Armenian Genocide Resolution, 101th Congress, 30 janvier 2007

Diversamente da quest'ultima, essa evitò tuttavia di attestarsi su posizioni di incondizionato anti-negazionismo, preferendo attuare una valutazione caso per caso sulla tollerabilità delle specifiche limitazioni alla luce del principio della libertà di pensiero.
In un caso ad esempio, il Supremo collegio ritenne di considerare conforme a Costituzione la condanna pronunciata ex § 319 del Codice penale federale[87], nei confronti di un insegnante reo di aver edotto i propri studenti con idee negazioniste[88], poiché la propaganda dell'odio, evincibile nelle sue esternazioni, minava il rispetto dei gruppi razziali, etnici e religiosi, più di quanto potesse considerarsi espressione della libertà di parola.
Diverse conclusioni si ebbero invece ne caso sollevato dal noto negazionista Zundel[89], editore del pamphlet *Did six million really die*? Su suo ricorso, presentato in seguito a condanna ex § 181 del Codice penale federale[90] per pubblicazione intenzionale di notizie inveritiere, la Corte ritenne infatti violata la libertà di opinione, ma ciò solo a cagione del fatto che la norma nel caso specifico applicata era stata in realtà pensata dal legislatore per prevenire "*deliberate slanderous statements against the nobles of the realm to preserve political harmony in the State*". La sua lettera e la sua *ratio*, non avrebbero consentito quindi, neppure per mezzo di un'interpretazione adeguatrice, l'estensione della sanzione a casi, come quello sottoposto, di *hate propaganda*[91].
Un'attenta considerazione del passato, si registrò anche attraverso l'approvazione di una serie di interventi legislativi memoriali, specie negli anni del governatorato generale di Michaeële Jean (2005-2010), discendente di antichi schiavi africani, la quale volle attribuire notevole rilevanza all'eredità delle differenti comunità esistenti sul territorio ed ebbe più volte ad affermare il carattere fondamentale della memoria quale "*ciment de l'unité nationale*".
Nel novero delle disposizioni miranti ad imporre la rammemorazione di determinati eventi del passato si devono ricordare, in particolare, con specifico riguardo al passato nazionale: la legge istitutiva della "*Journée de commémoration du Grand Dérangement*", finalizzata al ricordo della deportazione dei primi coloni francofoni (Acadiani) ad opera dei successivi colonizzatori britannici allorché ottennero la sovranità delle terre canadesi[92] e la legge commemorativa della Battaglia di Vimy, in omaggio dell'eroica battaglia (9-12 aprile 1917) combattuta dai reparti del *Canadian Corps,* sul fronte delle Fiandre[93].
Un interesse peculiare fu dedicato, infine, con significativa singolarità ad un episodio estraneo alla esperienza storica nazionale ed alieno ai diversi formanti della sua identità. Si tratta del già ricordato *Holodomor* ucraino, il cui riconoscimento, vivamente caldeggiato dalle comunità emigrate insediatesi nel Paese, fu tradotto in legge nel 2008, in occasione della visita nel Paese effettuata dal Presidente Juščenko. Detto provvedimento andava peraltro ad aggiungersi ad un'ulteriore disposizione approvata nel 2003: *la Loi visant à reconnaître l'internement de personnes d'origine ukrainienne au Canada pendant la Première Guerre mondiale et à en rappeler le souvenir*[94], confermando l'elevata sensibilità dei cittadini del Paese nei confronti di una nutrita comunità allogena da tempo stanziata sul territorio.

5. Alcune considerazioni

Illustrati i tratti fondamentali del nuovo fervore legislativo in materia storica e memoriale e chiarita altresì la posizione della dottrina maggioritaria rispetto al medesimo –alla luce anche del diverso impulso provocato dalla giurisprudenza costituzionale e dal diritto sovrannazionale – vorrebbe nelle pagine conclusive della presente trattazione richiamarsi una serie di considerazioni sovente tralasciate dagli autori della materia.

---

[87] § 319 Codice penale federale: "*Every one who, by communicating statements in any public place, incites hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace is guilty of (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or (b) an offence punishable on summary conviction (…)*"
[88] Cfr. R. v. Keegstra, 3 S.C.R. 687 (1990)
[89] Cfr. V. R. v. Zundel, 2 S.C.R. 731 (1992)
[90] § 181 Codice penale federale: "*Everyone who willfully publishes a statement, tale or news that he knows in false and cause or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indicatable offense and liable to imprisonement*"
[91] Cfr. sul tema C. M. Cascione, *Negare le ingiustizie del passato: liberà o divieto*, cit.
[92] Cfr. *Proclamation désignant le 28 juillet de chaque année, à compter de 2005 « Journée de commémoration du Grand Dérangement*, TR/2003-188. enregistrement 2003-12-31
[93] Cfr. *Loi sur le Jour de la bataille de Vimy*, L.C. 2003, ch. 6 sanctionnée 2003-04-03
[94] *Loi visant à reconnaître l'internement de personnes d'origine ukrainienne au Canada pendant la Première Guerre mondiale et à en rappeler le souvenir*, L.C. 2005, ch. 52, sanctionnée 2005-11-25

Per procedere nella direzione proposta dovrebbe muoversi innanzitutto dalla distinzione tra normative antinegazioniste ed interventi c.d. memoriali (operazione purtroppo non di rado tralasciata, dalla letteratura d'oltralpe[95]) richiamando l'evidenza, che solo per le prime è previsto un apparato sanzionatorio di tipo criminale, mentre leggi come l'italiana 211 del 2000 e le francesi *Mékachera* e *Taubira* non impongono alcuna comminatoria né penale né amministrativa, né di altra natura, limitandosi a prescrivere l'iscrizione di determinati avvenimenti del passato nella cosiddetta *memoria collettiva*[96].
Con riguardo a detti ultimi interventi non parrebbe corretto, infatti, sostenere, come fa la letteratura storica, che l'intento del legislatore – al momento della loro approvazione - fosse quello di imporre una visione ufficiale del passato, *penalizzando* tesi storiografiche sgradite ai pubblici poteri.
L'affermazione della veridicità di un evento non può considerarsi infatti come "imposizione di una visione consolidata del passato", ma deve interpretarsi esclusivamente come riconoscimento della rilevanza del medesimo nella costruzione della c.d. *memoria collettiva*".
Tesi contrarie alla ricostruzione legislativa non troverebbero quindi difficoltà a coesistere sia dal punto di vista storiografico (in quanto *milieu* non toccato dalla prescrizione normativa) sia dal punto di vista memoriale, posto che la "memoria collettiva" non implica l'annullamento dei ricordi individuali e non intende ugualmente confondere la totalità delle opinioni e dei giudizi che qualsivoglia individuo intende prospettare dinanzi agli eventi ed alle circostanze della vita[97].
Per meglio comprendere simili argomentazioni deve richiamarsi la fondamentale distinzione tra storia e memoria, nozioni, come è noto, contigue e dipendenti, ma non certamente fungibili.
La memoria – è stato scritto - *si fonda su un voto di fedeltà, la storia su un patto di verità*. Alla storia si richiede obiettività, analisi critica ed estraneità a qualsivoglia approccio celebrativo degli eventi studiati; la memoria risente invece delle passioni e dei sentimenti presenti in ognuno dei consociati e nella collettività nel suo insieme[98]. La storia costituisce una scienza, un sistema ordinato e rigoroso di metodi e canoni interpretativi, la memoria, come ha evidenziato lo storiografo francese Nora altro non è invece che "*il ricordo, o l'insieme dei ricordi, più o meno consci, di un'esperienza vissuta o mitizzata* (da parte di un singolo) *o di una collettività vivente, della cui identità fa parte integrante il sentimento del passato*". [99]
Facendo riferimento ad un esempio concreto - la Grande Guerra - di cui proprio quest'anno ricorre il centenario, potremmo agevolmente sostenere che essa costituisce da tempo consolidato ormai oggetto di indagine storiografica: la letteratura più accreditata ne ha individuato infatti, le cause e le conseguenze, le strategie e le dinamiche, del suo insieme e di ogni singola battaglia.
Ma quel conflitto, tuttavia, costituisce per gli europei molto più di un evento da analizzare con gli strumenti imparziali della scienza, rappresenta parte essenziale della loro memoria collettiva: rappresenta la fine del *mondo di ieri*, il ricordo doloroso di una lotta fratricida tra congiunti ove (a differenza che nel successivo conflitto) non vi furono posizioni e valori legittimi ed illegittimi, ma solo illusorie contrapposizioni di bandiera. Per ogni cittadino d'Europa la "*Vecchia guerra*", come si usava dire, rappresenta qualcosa di più di un'analisi manualistica, diretta all'esame di peculiarità e

[95] Non così però R. Badinter, il quale distinse nettamente la *loi Gayssot* dalle altre *lois mémorielles*, precisando che nel primo caso «*le Parlement n'a bien évidemment pas décidé de l'existence du génocide juif; il a facilité la répression de propos niant l'existence de faits revêtus de l'autorité de la chose jugée, en votant une loi pénale*», in Rapport d'information n° 1262 publié par la mission d'information de l'Assemblée nationale sur les questions mémorielles, 18 novembre 2008, 46.
[96] La memoria collettiva, secondo una nota definizione di Pierre Nora è "*il ricordo, o l'insieme dei ricordi, più o meno consci, di un'esperienza vissuta o mitizzata da una collettività vivente della cui identità fa parte integrante il sentimento del passato*". Per approfondimenti sul tema si rinvia, tra la sterminata pubblicistica storica, sociologica e antropologica a P. Nora, *Les lieux de mémoire*, Paris, 1984; M. Halbwachs, *La memoria collettiva (1950)*, Milano, 1987; P. Jedlowski, *Memoria*, Bologna, 2000; Id., *Memoria, esperienza e modernità. Memorie e società nel XX secolo*, Milano, 2002; G. Namer, *Mémoire et société*, Paris, 1987; J. Le Goff, *Storia e memoria*, Torino, 1982.
[97] Tale intuizione è da attribuirsi al sociologico di Maurice Halbwachs, allievo di Émile Durkheim, autore nel 1950 del fortunato, ma incompiuto saggio *La memoria collettiva*, cfr. Id, *La memoria collettiva* (cur. Jedlowski P.; Grande T.), Milano, 2001.
[98] Scrive in proposito Pierre Nora «*Memoria e storia non sono affatto sinonimi, tutto le oppone. La memoria è sempre in evoluzione, soggetta a tutte le utilizzazioni e manipolazioni; la storia è la ricostruzione, sempre problematica e incompleta, di ciò che non c'è più. Carica di sentimenti e di magia, la memoria si nutre di ricordi sfumati; la storia, in quanto operazione intellettuale e laicizzante, richiede analisi e discorso critico. La memoria colloca il ricordo nell'ambito del sacro, la storia lo stana e lo rende prosaico*» . Cfr. Pierre Nora, *Entre Mémoire et Historie*, Paris 1984. E' curioso che proprio Nora, che ci ha edotto su questa importante distinzione sia tra i primi firmatari della petizione "*Liberté pour l'histoire*" ed attualmente presidente dell'omonima associazione.
[99] Sottolinea però Aleida Assmann "*Pur avendo messo in chiaro l'antinomia nel modo più esplicito, dobbiamo al contempo rilevare che col passare del tempo l'opposizione tra storia e memoria diventa sempre meno significativa. Tutti riconoscono ormai che non esiste narrazione storica che non sia, al contempo, anche un lavoro di ricostruzione basato sulla memoria e, quindi, legato inevitabilmente alle condizioni dell'interpretazione, alla parzialità e all'identità. (...) La rigida contrapposizione fra storia e memoria mi sembra altrettanto inadeguata che la loro completa identificazione*". Cfr. Cfr. A. Assmann, *Ricordare. Forme e mutamenti della memoria culturale*, Bologna, 2002.

differenze, è la memoria del propri avi in trincea, delle loro spose e dei figli lontani, della mobilitazione del paese d'origine … una rappresentazione emotiva costellata di racconti, di immagini, di liriche meste e indelebili che, persino le generazioni a venire hanno conosciuto e condiviso, attraverso i racconti degli anziani, la visita ai Cimiteri locali o, più semplicemente, per mezzo della cognizione derivatagli dall'osservazione, in ogni località dei diversi Paesi, di monumenti e cenotafi celebrativi del tragico evento.

Si tratta, come è evidente, di aspetti intrinsecamente distinti dall'indagine scientifica, incuranti delle innumerevoli sfaccettature che un evento complesso come la guerra può comportare[100], eppure così rilevanti per le collettività statuali, poiché parte essenziale dell'*Heritage* di ciascun popolo, ossia di quel patrimonio culturale intangibile, oggi oggetto persino di protezione giuridica[101].

Riassumendo quanto detto: la memoria si origina nell'intimità dell'individuo, e si propaga nei gruppi sociali ad esso circostanti: la famiglia, il gruppo confessionale e professionale di appartenenza, la realtà locale di provenienza, la nazione nel suo complesso.

La rammemorazione, l'intelligenza e la rappresentazione di singoli avvenimenti del passato da parte dell'insieme indiviso dei consociati costituisce la memoria *collettiva*, o più correttamente, secondo l'espressione di Aleida Assmann, la memoria *sociale* o *pubblica*[102], la quale si sostanzia appunto nella sintesi della pluralità delle memorie *collettive* co-esistenti nel gruppo sociale: quella dei militi, delle mogli, dei cattolici, degli operai, dei migranti e via dicendo.

La memoria pubblica deve essere tenuta distinta però dall'abusato stilema della memoria *condivisa*, una fuorviante intuizione ascrivibile a certa saggistica conciliatrice, pericolosa e controproducente ai fini dell'alfabetizzazione storica delle società[103] (ovvero del consolidamento di quel *sens of past* a cui solitamente usa riferirsi la cultura anglosassone[104]). Quest'ultima si tradurrebbe infatti come ebbe a dire Bloch, una "*smemoratezza patteggiata*", una "*comunione nella dimenticanza*", idonea ad originare un *unicum* indistinto, pacificato-pacificatore, entro cui equiparare posizioni e valori antitetici (specie riguardo ai grandi conflitti ideologici del Novecento), a discapito di qualsivoglia differenzazione etica e morale esistente tra gli stessi, posta a fondamento l'identità *nazionale*.

Già perché è proprio quest'ultimo il ganglio intorno al quale si incentra la questione memoriale. L'identità di una nazione trova conformazione, infatti, , con la fede ed il comune vernacolo, attorno ai c.d. "*luoghi di memoria*"[105]: «*Una d'arme, di lingua, d'altare, di memorie, di sangue e di cor*» ammoniva Manzoni nella sua celebre ode Marzo 1821, mentre sessant'anni dopo gli faceva eco Renan ribadendo che: "*due cose (…) costituiscono (…)* [l'anima nazionale] *una è il comune possesso di una ricca eredità di ricordi, l'altra è il consenso attuale, il desiderio di vivere insieme, la volontà di continuare a far valere l'eredità ricevuta indivisa. Il culto degli antenati è fra tutti il più legittimo; gli antenati ci hanno fatto ciò che siamo*"[106].

Ora, pare evidente che lo sforzo dei Legislatori nel dettare strumenti normativi memoriali sia quello di rafforzare la presenza di simile sentimento. Come si è precedentemente ricordato, infatti, la memoria del passato, ha da sempre costituito oggetto di considerazione da parte dei medesimi: si richiamavano *supra* le innumerevoli normative che a partire dalla *Grand Révolution* ovunque intervennero ad istituire feste nazionali, Panthéon, cenotafi e sacrari "*ai grandi uomini della Patria*", così come ad attribuire menzioni ed onorificenze ad individui particolarmente distintisi nella

[100] Sottolinea al riguardo Paolo Jedlowski "*Mentre la storia, in quanto processo consapevole di conservazione del passato, non può fare a meno di misurarsi col problema dell'oggettività dei fatti storici e della loro cronologia, la memoria non è tanto interessata alla conoscenza quanto alla pratica: del passato non conserva immagini "fedeli", ma immagini che servono al presente e sono significative per la continuità della vita di un gruppo*". Cfr. *Memoria, esperienza e modernità. Memorie e società nel XX secolo,* cit.

[101] Cfr. Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale. Conclusa a Parigi il 17 ottobre 2003.

[102] Nelle argomentazioni della storica e critica letteraria tedesca la memoria collettiva designa infatti il patrimonio memoriale di gruppi connotati da un forte collante identitario: una famiglia, una comunità religiosa o una classe. La memoria sociale o pubblica costituisce, invece, lo sfondo entro il quale si colloca la pluralità delle memorie collettive. Cfr. A. Assmann, *Ricordare. Forme e mutamenti della memoria culturale*, cit., pp. 381-386.

[103] Cfr. S. Luzzatto, *La crisi dell'antifascismo*, Torino, 2004

[104] Quest'espressione può essere tradotta come la percezione da parte di una comunità di sentirsi consapevoli del proprio passato, come esperienza collettiva e come parte integrante del tessuto intellettuale comune.

[105] Il concetto storiografico di "luogo della memoria", elaborato da Pierre Nora a metà degli anni Ottanta, è uno spazio fisico e mentale che si caratterizza per essere costituito da elementi materiali o puramente simbolici, dove un gruppo, una comunità o un'intera società riconosce se stessa e la propria storia mediante un forte aggancio con la memoria collettiva. Può essere un luogo fisico, ma anche un mito, una pagina letteraria, un personaggio o una data. Per estensione esso può dirsi l'orizzonte culturale e simbolico che ha caratterizzato la storia e la formazione di una compagine nazionale e statale o di una singola comunità. Per approfondimenti si cfr. P. Nora, *Les lieux de mémoire*, cit.

[106] Cfr. E. Renan, *Che cos'è una nazione?* (1882), Roma, 2004, p. 16

partecipazione ad eventi fondativi della vicenda nazionale[107]. Con ciò è ovvio che i Legislatori non intendevano imporre alla collettività visioni unilaterali della storia a detrimento dell'indagine storiografica, ma auspicavano semplicemente a ribadire l'importanza di talune vicende, quale patrimonio intangibile della nazione.

Simili considerazioni dovrebbero a nostro avviso considerarsi ugualmente valide anche per le *leggi memoriali*. Non costituiscono forse, la colonizzazione, la tratta degli schiavi ed ancor più, l'Olocausto elementi fondamentali della storia d'Europa che più d'altri contribuirono al consolidarsi dell'odierna concezione universale della democrazia e dei diritti?

Quale limitazione significativa alla libertà di pensiero potrebbe individuarsi, infatti, in una legge che si limiti a precisare che: "*La Repubblica riconosce il giorno 27 gennaio, data dell'abbattimento dei cancelli di Auschwitz, "Giorno della Memoria", al fine di ricordare la Shoah (…), le leggi razziali, la persecuzione italiana dei cittadini ebrei (…)*", specialmente ove si consideri che successivamente alla medesima un'ulteriore intervento normativo ha significativamente precisato che: *il* (proprio) *compito è anche quello di confrontarsi con la documentazione per favorire una giusta ed equa dinamica storica di quei tragici eventi*?

Alla luce di quanto detto non sembrerebbero ravvisabili quindi, almeno sotto questo aspetto, significativi elementi a giustificazione dell'espulsione degli impianti normativi memoriali dalle collezioni legislative dei differenti ordinamenti.

Un ulteriore motivo di disapprovazione solitamente avanzato contro le *lois mémorielles*, riguarda poi il carattere *anormativo* di esse. Secondo il noto *adage* di Portalis, infatti, "*la loi permet ou elle défend, elle ordonne, elle rétablit, elle corrige, elle punit ou elle récompense*", mentre detti testi sembrerebbero almeno *prima facie* incorporare unicamente disposizioni di carattere descrittivo.

Simile argomentazioni, non sembrerebbero prive di attendibilità almeno per buona parte dei testi. E' il caso ad esempio della legge francese sul genocidio armeno, nel cui unico articolo si legge: "*la France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915*".

Accanto ad articolati di simile contenuto se ne individuano altri però provvisti di disposizioni aventi carattere prescrittivo. L'art. 2 della legge italiana 211/2000 sulla Shoah ebraica, rende giuridicamente doverosa ad esempio l'organizzazione, per il giorno 27 gennaio, di "*cerimonie, iniziative, incontri e momenti comuni di narrazione dei fatti e di riflessione, in modo particolare nelle scuole di ogni ordine e grado, su quanto accaduto al popolo ebraico e ai deportati militari e politici italiani nei campi nazisti*", mentre l'art. 5 della *Loi Taubira*, attribuisce alle organizzazioni aventi scopo la difesa della memoria della schiavitù la possibilità di costituirsi parte civile nei giudizi in materia di discriminazione e ingiurie di stampo razzista.

Un considerevole apparato prescrittivo è previsto altresì dalla *Ley de Memoria Histórica* spagnola, nel cui preambolo già si legge che "*Los tribunales franquistas y sus condenas, dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia (…) contra quienes defendieron la legalidad istitucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opzione amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución, son declarados «ilegítimos»".* A questa disposizione di carattere generale il legislatore annovera altresì disposizioni dirette addirittura ad incidere su pronunce coperte dall'autorità del giudicato, prevedendo per le medesime, se non la nullità *ex tunc* quanto meno la facoltà di una loro revisione straordinaria, fino ad ora negata sulla base del principio "*tempus regit actum*". Accanto a detta disposizione, ve ne sono infine numerose altre, che comprendono il riconoscimento di *compensaciones financieras* alle vittime, la rimozione dei simboli franchisti, la concessione della cittadinanza spagnola ai membri delle Brigate Internazionali ed ai figli e nipoti degli esiliati, la "spoliticizzazione" della fossa comune *de los Caídos*.

Ad ogni modo, al di là di qualsivoglia specifica esemplificazione, ci si potrebbe domandare se il dovere stesso di rimembranza – almeno nella sua veste pubblica – non costituisca già di per sé oggetto di una specifica prescrizione[108],

---

[107] Come ha sottolineato Mona Ozouf, storica della Rivoluzione francese: "*La fête est alors l'indispensable complément du système de législation. Car le législateur fait des lois pour le peuple, mais c'est la fête qui fait le peuple pour les lois*". Cfr. M. Ozouf, *La fête révolutionnaire*, Paris, 1976. L'obiettivo di tali legislazioni è altresì chiaramente descritto nelle parole del deputato François-Antoine Daubermesnil, riportate nel suo rapporto all'Assemblea datato 1796: "*C'est là que l'enfant viendra lire le nome et les hauts faits des héros: c'est là que leur âme s'imprégnera de l'amour de la patrie et du goût des vertus*". Si citano a titolo meramente esemplificativo alcune norme approvate nel corso dei decenni dal Paese transalpino: il decreto 4 aprile 1791, che trasformava l'allora chiesa di Sainte-Geneviève in *Panthéon français*, la legge 6 luglio 1880, che istituisce la festa nazionale del 14 luglio, la legge 2 luglio 1915 che istituisce la menzione "*Mort pour la France*", le leggi 1 e 19 ottobre 1915 relative alla "*commémoration et à la glorification des Morts pour la France au cours de la Grande Guerre*". Si potrebbe addirittura richiamare l'*ordonnance du 27 floréal*, contenente un esplicito invito ai poeti «*à célébrer les principaux événements de la Révolution française, à composer des pièces dramatiques républicaines, à transmettre à la postérité les grandes époques de la régénération des Français, à donner à l'histoire le ferme caractère qui convient aux annales d'un grand peuple conquérant sa liberté, attaquée par tous les tyrans de l'Europe*".

[108] Quasi una rievocazione della prescrizione biblica "*Tu ricorderai!*" contenuta in Deuteronomio 24, 16-22. L'idea è di Melloni, in O. Marquard, A. Melloni, *La storia che giudica, la storia che assolve*, Roma-Bari, 2008.

rendendo in tal modo ammissibili le disposizioni *de quo* persino in ipotesi di rigida adesione all'argomentazione *portalisiana*.

A parere dell'ex Presidente del Consiglio costituzionale francese Badinter, l'affermazione di verità storiche da parte del Legislativo comporterebbe inoltre una violazione delle prerogative costituzionali al Parlamento attribuite, tale da realizzare una metamorfosi del medesimo in *giudice della coscienza universale*[109].

Anche simili argomentazioni non appare però ad avviso di chi scrive condivisibili. Solo un'interpretazione risalente ed eccessivamente formalistica dei ruoli costituzionali consentirebbe infatti non ravvisare nei Parlamenti luoghi di confronto e di discussione, entro i quali far emergere la verità di avvenimenti dibattuti nella pubblica opinione. Non può negarsi del resto che nella quasi totalità degli ordinamenti europei, alle Camere parlamentari è attribuita non solo la funzione legislativa ma altresì una funzione di analisi ed investigazione, estrinsecantesi nella realizzazione di commissioni di inchiesta e approfondimento su materie ritenute preminenti per l'ordinamento.

Maggiore credibilità potrebbe riconoscersi, di contro, alle argomentazioni, avanzata da coloro che vorrebbero escludere i suddetti interventi sulla scorta della considerazione che si tratterebbe di strumenti inefficaci alla conciliazione di società contraddistinte da elevata conflittualità e finanche pericolosi in contesti viceversa pacificati, ove gli stessi andrebbero a tradursi in abusi tali da neutralizzare i benefici di quell'alfabetizzazione storica che vorrebbero diversamente procurare[110].

In entrambi i casi si tratterebbe però di assunti difficilmente dimostrabili. Se è vero infatti che non sono riscontrabili i benefici derivanti dalla conoscenza degli eventi imposta per legge, è altrettanto indimostrabile che la sussistenza degli stessi possa prolungare al contrario situazioni di conflittualità. A tal proposito potrebbe richiamarsi la vicenda ex jugoslava, ove il regime *titoista* evitò prudentemente l'introduzione di impianti normativi memoriali cercando in tal modo di scongiurare l'insorgere di nuove ostilità tra i gruppi, e ciononostante non riuscì a raggiungere simile obiettivo, ingenerando ulteriore tensione destinata ad esplodere, con accresciuta veemenza, negli anni Novanta del Novecento.

L'insieme delle considerazioni fino a questo punto richiamate, non può trovare però automatica estensione alla più delicata questione della normativa antinegazionista. Con riferimento alla medesima, nessun richiamo alla distinzione tra i concetti di storia e memoria potrebbe essere infatti invocato a giustificazione della propria permanenza nel sistema.

Includendo un apparato repressivo - comprendente persino la più rigorosa delle la sanzioni previste nell'ordinamento - quella detentiva – le norme anti-negazioniste costituirebbero, infatti, un evidente intervento prescrittivo diretto ad imporre una visione ufficiale degli eventi nel sistema.

Di fronte a simili argomentazioni, non potrebbero considerarsi dunque opinabili le criticità propugnate dalla scienza penalistica, specie ove essa abbia evidenziato i pericoli connessi al carattere estremamente indeterminato delle sue prescrizioni, e all'eccessiva onerosità della pena dei *vinculis*.

Non sembrano però a nostro avviso accoglibili le posizioni di chi si ostini a considerare la libertà di pensiero un *mito* intangibile, refrattario a qualsivoglia ipotizzabile limitazione, ancorché posta a salvaguardia di ulteriori situazioni giuridiche costituzionalmente protette.

E' evidente infatti che, la libertà di espressione, pur costituendo "*pietra angolare*" del costituzionalismo liberaldemocratico[111], debba valutarsi al pari di qualsivoglia altro diritto costituzionalmente garantito, comprimibile in funzione della salvaguardia di ulteriori e preminenti interessi riconosciuti nell'ordinamento. Conclusasi l'esperienza liberale, l'Europa occidentale, consapevole delle aberrazioni dei totalitarismi e delle guerre mondiali, volle riaffermare infatti il diritto di manifestazione del pensiero per lunghi anni tristemente negato, attribuendo al medesimo l'ubicazione che più gli si addiceva quale "*libertà che meglio caratterizza il regime vigente nello Stato*". Aderendo ai postulati del costituzionalismo democratico-sociale, le assemblee costituenti, intesero però riconoscere ugualmente che "*il concetto di limite è insito nel concetto stesso di diritto*" e che "*nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, affinché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile*"[112].

---

[109] Per le argomentazioni di Badinter si rinvia ancora al Rapport d'information n° 1262, cit., pp. 428 ss. L'immagine del Parlamento come giudice della coscienza universale è tratto, invece, dalle riflessioni di Pierre Nora, nel medesimo contenute, Id., cit., pp. 36 ss.

[110] La tesi è sostenuto da A. Pugiotto, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, cit.

[111] Cosi Corte Cost. in Sent. n°69/1984

[112] Così si è espressa la Corte Costituzionale italiana in sent. n°1 del 14 giugno 1956.

Le manifestazioni del pensiero, al pari di qualsivoglia diritto costituzionalmente garantito, furono quindi, come la nostra Corte ha più volte ribadito, riconosciute suscettibili di limitazioni ogniqualvolta – nel rispetto del principio della riserva di legge[113] – fosse avvertita la necessità di salvaguardare preminenti interessi dell'ordinamento democratico[114], tra i quali deve certamente ricomprendersi il rispetto della dignità umana, principio cardine attorno al quale si incentra l'intero costituzionalismo democratico post-bellico[115].

Ciò posto non può non ravvisarsi come il discorso negazionista, avanzando dubbi in merito all'esistenza di determinati avvenimenti storici finirebbe per contestare alle vittime della tragedia concentrazionaria ed ai loro congiunti proprio quel valore personale al quale essi hanno diritto[116]. Le argomentazioni di Irving, Faurisson ed altri si porrebbero così decisamente in contrasto con il valore fondamentale dell'intangibilità della dignità umana, consentendo il loro respingimento dai moderni ordinamenti informati al *principio personalista*.

Ma vi è oltre. L'immissione e la libera circolazione delle dissertazioni negazioniste all'interno di ordinamenti statuali riconducibili all'archetipo democratico-sociale si porrebbe decisamente in contrasto con taluni ulteriori principi e situazioni soggettive di recentissima individuazione, enucleate dalla più avveduta dottrina civilistica[117]. Si tratterebbe in particolare del diritto al lutto, un aspetto intimo della personalità umana intrinsecamente connesso al più generale principio della dignità individuale, e del diritto al riconoscimento della verità, *vulnus* attorno al quale dovrebbero costruirsi, sebbene la posizione contraria di taluni autori[118], gli interi assetti costituzionali della democrazia contemporanea.

Il diritto al lutto, inteso comela personale rielaborazione del dolore e dell'affetto provato per la perdita dei propri cari, costituirebbe, infatti, secondo Rodotà, una necessità tipica dell'individuo, meritevole di protezione in società ad elevato avanzamento culturale quali quelle europee dovrebbero certamente considerarsi.

Sulla scorta di dette argomentazioni appare evidente quindi che il verbo negazionista, sconfessando l'esistenza stessa della scomparsa di milioni di individui, nonché le efferate modalità attraverso cui la stessa fu provocata, impedirebbe l'attivazione proprio di quel processo psicologico ed emozionale che consentirebbe il superamento razionale delle afflizioni patite.

L'accresciuta sensibilità degli ordinamenti nei confronti di un simile interesse dell'individuo costituirebbe peraltro il *leitmotiv* di taluni apparati normativi memoriali precedentemente richiamati, tra i quali deve annoverarsi senza dubbio la *Ley de Memoria Histórica* spagnola. E' evidente, infatti, che in un contesto come quello spagnolo, ove alla Guerra civile seguirono trentasei anni di dittatura militare e tre decenni di *olvido pactado* fu avvertita più intensamente che altrove la necessità di riconoscere ai consociati la serenità del conforto per la perdita dei propri cari, sovente caduti in circostanze a lungo celate dal regime.

Il diritto all'elaborazione emozionale degli eventi deve riconnettersi infine con il già citato interesse al riconoscimento della verità nel sistema. L'ordine democratico, dovrebbe costituirsi, infatti, come ha evidenziato ancora Rodotà, quale regime della verità, concepita non come autenticità ed incontestabilità di tesi preordinate (e sovente inveritiere) propagate dai poteri dello Stato, come negli ordinamenti autoritari del Novecento, bensì quale piena conoscibilità degli eventi da parte di tutti i consociati, salvi ovviamente i casi di apposizione del segreto di Stato.

---

[113] Si sofferma in particolare sulla necessità del rispetto del principio della riserva di legge la sent. 9/1965.

[114] Si rinvia tra le altre a Sent. n°93/1972, in merito alla quale si legga anche la nota di commento di A. Cerri, *Libertà di pensiero: manifestazione, diffusione, mezzi*, in Giur. Cost. 2577 e ss.

[115] Nella Costituzione italiana, come è noto, non vi è una norma, che al pari dell'art.1 del *Grundgesetz*, affermi il carattere intangibile della dignità umana. Il principio personalista tuttavia anima l'intera Carta repubblicana (si vedano in particolare gli artt. 2, 13, 27 e 32 Cost.), inoltre specifici richiami al concetto di dignità umana sono contenuti negli articoli 3 ("*pari dignità sociale*"), 36 ("*retribuzione libera e dignitosa*") e 41 ("*l'iniziativa economica privata non può svolgersi in danno alla dignità umana*").

[116] Concorda con queste tesi D. Bifulco, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz", Milano*, 2012

[117] Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 211-231

[118] Una netta incompatibilità tra democrazia e verità è stata sostenuta ad esempio da Gianni Vattimo. Si veda al riguardo G. Vattimo, *Addio alla verità*, Roma, 2009, 16. Più complessa risulta invece la posizione di Costantino Mortati, a parere del quale la "*democrazia poggia su un presupposto relativistico poiché esclude a singoli o a gruppi del possesso di una verità assoluta, ritenendo invece possibili solo verità relative, nel rispetto dei principi di tolleranza che esse implicano, e con l'obiettivo di far raggiungere soluzioni compromissorie tra le convenzioni in contrasto*". Egli continua però sostenendo che "*il fondamento di tale relativismo è la credenza nell'assolutezza del valore da riconoscere ad ogni uomo*" e tale principio può giungere alla giustificazione di comportamenti che si discostano dal metodo democratico.

L'affermazione del diritto alla verità, andrebbe a costituire così un ulteriore argomentazione a favore dell'approvazione di norme limitative della libertà di pensiero, specie nel caso in cui, come per le argomentazioni negazioniste, la verità contestata costituirebbe oggetto di specifiche pronunce giudiziarie. Quale finalità avrebbe, infatti, la diffusione di simili false dissertazioni se non quella di propagare ingiustificato dubbio e perniciosa ignoranza in uno spazio pubblico che si vorrebbe viceversa il più trasparente e consapevole possibile, specie in una società come quella attuale, in cui alla rapidità delle comunicazioni non sempre si ricollega il corretto approfondimento delle argomentazioni veicolate?
Le dissertazioni negazioniste si porrebbe ancora in contrasto con l'obiettivo della riparazione dei danni patiti dalle vittime a cui oggi solitamente tendono le società intenzionate "*a fare i conti con il proprio passato*"[119]. Lo strumento risarcitorio non può che muovere infatti dalla ricostruzione della verità degli eventi accaduti. Quale significato potrebbe attribuirsi altrimenti al riconoscimento di liberalità e provvidenze, ovvero all'assicurazione dei responsabili alla giustizia civile e militare, se al contempo l'ordinamento consentisse la libera circolazione di opinioni a parere delle quali gli eventi sui cui esse si fondano rappresentino in realtà circostanze inveritiere e mai avvenute? Ciò non finirebbe inoltre per ingenerare nei consociati il rancore verso i beneficiari di simili trattamenti finanziari ritenuti ingiustificati perché fondati su motivi di specificità invero inesistenti?
Vi è infine un'ulteriore e fondamentale argomentazione che dovrebbe essere considerata ai fini della valutazione sull'ammissibilità o del respingimento della normativa anti-negazionista nel sistema. Essa riguarda la delicata questione della protezione della democrazia, che fin dall'immediato dopoguerra animò il dibattito giuridico ed intellettuale del continente europeo. All'indomani della caduta del totalitarismo nazi-fascista, gli ordinamenti della Vecchia Europa presero ad interrogarsi infatti sulla liceità dell'introduzione di strumenti limitativi delle libertà personali, a salvaguardia della permanenza stessa della democrazia nel sistema. La questione, come ha ricordato Di Giovine, fu affrontata all'interno dello stesso panorama politico e culturale italiano, e vide contrapporsi la posizione liberalista-classica di Einaudi e quella *liberal-azionista* di Croce L'economista piemontese, poi presidente della Repubblica, ammoniva in particolare che la libertà in quanto tale non avrebbe mai potuto essere negata da coloro che avevano fatto della medesima la propria ragione di vita. Solo i metodi d'azione violenti o fraudolenti, in evidente abuso della stessa, avrebbero potuto conoscere forme di restrizioni finalizzate al mantenimento dell'ordine pubblico.
Il filosofo partenopeo, viceversa, rifiutando l'idea stessa che il metodo della libertà non potesse mai comportare la soppressione della libertà, ammetteva il ricorso all'uso della forza a servigio "*del bene supremo*" e, memore del recente passato, individuava quale colpa dei regimi liberal-democratici non l'incapacità "*di essere stati poco liberali*", bensì quella "*di essere stati imbelli, per noncuranza, per imprevidenza, per momentaneo smarrimento;* e "*di non aver accettato e intrapreso la lotta…*" che avrebbe scongiurato il loro definitivo tramonto.[120]
Sulla base di simili argomentazioni gli ordinamenti del continente, operarono ciascuno differenti opzioni: forme di democrazia militante furono accolte nel dettato costituzionale della Repubblica Federale Tedesca e, successivamente, negli ordinamenti di Paesi di seconda e terza "*ondata*" di democratizzazione, mentre le stesse furono per lo più rigettate nelle storiche democrazie liberali e nell'ordinamento della Repubblica italiana[121].
Anche nei contesti in cui forme di protezione furono attuate esse si estrinsecarono, però, nella generalità dei casi nell'estromissione dalla competizione politica di partiti e movimenti anti-sistema, nel riconoscimento di un diritto generale di resistenza e nell'introduzione di modalità repressive per i casi di *abuso di diritto*. Nessuna norma costituzionale ebbe come riguardo invece, l'esclusione di argomentazioni collidenti con l'assetto democratico, sebbene le stesse furono poi non di rado espunte dall'ordinamento a livello sub costituzionale.
Resta da domandarsi allora se, tali restrizioni, non essendo qualificabili in termini di strumenti di democrazia protetta, possano considerarsi oggi ammissibili anche in quei contesti ascrivibili ai modelli di "democrazia aperta".
A parere di chi scrive, ragioni evidenti per escludere detta ammissibilità non sembrerebbero evincibili, posto che l'intero assetto democratico-sociale ha conosciuto la propria origine e affermazione sulla base della consapevolezza degli orrori del totalitarismo e del consequenziale conflitto e sulla unanime volontà di non replicare simili aberrazioni.

---

[119] Cfr. A. Garapon, *Peut-on réparer l'histoire? Colonisation, esclavage, Shoah*, Paris, 2008, (Trad. it: *Chiudere i conti con la storia: colonizzazione, schiavitù, shoah,* Milano, 2009).
[120] Detto confronto è ricordato da A. Di Giovine, in *Democrazie protette e protezione della democrazia*, cit. Per una diretta cognizione del medesimo si rinvia a L. Einaudi, *Il buongoverno*, Bari-Roma, 2004, 85ss, e B. Croce, *Scritti e discorsi politici* (1943-1973), Bari, 1973, II, 159ss.
[121] Per un'analisi dettagliata di questi interventi, sia nei Paesi dell'Europa occidentale, sia nei Paesi ex socialisti si rinvia a S. Ceccanti, *Democrazie protette e semi-protette. Da eccezione a regola*", Torino, 2004

L'intera Costituzione italiana, per citare l'esempio a noi più vicino, non può che essere letta, infatti, quale ferma volontà di superamento e riprovazione delle nefandezze del passato fascista[122]. Si consideri ad esempio, la lettera dell'art. 22: come non ravvisare in essa una ferma risposta alle passate privazioni del diritto di cittadinanza patite dai fuoriusciti e dai cittadini di fede ebraica perseguitati dalla legislazione del 1938. Ma si considerino anche la XII e XIV disposizione transitoria e finale, o l'affermazione – nei principi fondamentali - del valore dell'uguaglianza, infine la configurazione stessa della forma di governo, indubbiamente finalizzata all'esclusione di ipotesi di eccessiva concentrazione di potere nelle mani di un uomo solo. Si tratta come è evidente di chiare affermazioni di condanna del passato autoritarismo, e al contempo di moniti per le generazioni future, affinché non sia ripetuto quanto tristemente accaduto.

In un simile panorama pare indubitabile quindi che l'ammissione di asserzioni negazioniste realizzi la messa in discussione delle Carte democratiche nella loro origine e portata e con ciò dell'intero sistema di valori affermatosi dopo la guerra sui principi di libertà e dignità dell'individuo.

Una loro estromissione dal sistema troverebbe giustificazione conseguentemente nell'interesse al mantenimento dell'ordine democratico.

Se tale argomentazione pare non priva di fondamento, non può dimenticarsi però che limitazioni alla libertà di espressione a protezione della democrazia liberale devono trovare, a parere degli autori della dottrina più formalistica[123], precisi agganci nel testo costituzionale che, per gli apparati normativi *de quo*, sembrerebbe al momento non ravvisabili.

Anche queste argomentazioni parrebbero però a nostro avviso oppugnabili. Richiamando Di Giovine, dovrebbe concludersi infatti, che deve dirsi "*tramontata la pretesa di affrontare e risolvere il rapporto tra istanze punitive e libertà di parola nel chiuso del testo scritto della Costituzione e per mezzo di gerarchie assiologiche predeterminate sulla base di essa*"[124].

A simili conclusioni era pervenuto peraltro lo stesso Giovanni Bognetti, il quale, già all'inizio degli anni Settanta, analizzando la figura criminosa dell'apologia, aveva chiaramente ammonito che è compito dell'interprete e non della norma "*definire l'estensione del nucleo dei fatti espressivi che non potrebbero essere vietati o comunque impediti dalla legge senza offesa ad un ideale di vita civile libera*".[125]

Nel caso si dovesse ritenere però di aderire all'impostazione formalistica tradizionale, le suddette connessioni potrebbero ravvisarsi nell'art. 2 Cost., norma cardine entro cui ravvisare le basi di quel principio personalista che anima l'intera Carta repubblicana.

Un aggancio ulteriore sarebbe individuabile inoltre nell'art. 54 Cost. in cui è prescritto per i cittadini il dovere di fedeltà nei confronti della Repubblica[126]. Quest'ultimo disposto, infatti, malgrado le tesi contrarie di più risalente dottrina[127]

---

[122] Sembra opportuno al riguardo richiamare le belle parole pronunciate da Pietro Calamandrei in un famoso discorso ai giovani milanesi (1955): "*Quanto sangue e quanto dolore per arrivare a questa Costituzione! Dietro ad ogni articolo di questa Costituzione, o giovani, voi dovete vedere giovani come voi, caduti combattendo, fucilati, impiccati, torturati, morti di fame nei campi di concentramento, morti in Russia, morti in Africa, morti per le strade di Milano, per le strade di Firenze, che hanno dato la vita perché la libertà e la giustizia potessero essere scritte su questa carta. Questa carta non è una carta morta, questo è un testamento, un testamento di centomila morti. Se voi volete andare in pellegrinaggio nel luogo dove è nata la nostra Costituzione, andate nelle montagne dove caddero i partigiani, nelle carceri dove furono imprigionati, nei campi dove furono impiccati. Dovunque è morto un italiano per riscattare la libertà e la dignità, andate lì o giovani, col pensiero perché lì è nata la nostra Costituzione*". Il discorso può essere letto in AA.VV., *Dieci anni dopo: 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari, 1955

[123] Il riferimento è a C. Esposito, secondo il quale "i limiti oggettivi alla libertà (di espressione) sono solo quelli stabiliti esplicitamente o implicitamente dalla Costituzione", così in C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento democratico*, Milano, 1958, 157. Una critica a certa cultura giuridica italiana, in termini di eccessivo formalismo è contenuta invece in V. Zeno-Zencovich, La libertà di espressione, Bologna, 2005, p. 12

[124] Con queste parole Visconti riassume il pensiero di Di Giovine in materia. Cfr. C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit.

[125] Cfr. G. Bognetti, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1971, p. 19 e ss.

[126] Tale dovere, secondo le argomentazioni di Ruggeri, costituisce, a differenza di ogni altro "*l'unico in grado di portarsi fuori dal quadro costituzionale, alla ricerca delle radici ideali da cui si alimenta la Repubblica nata dalla Resistenza, così proiettando in una dimensione etica ogni altra norma espressiva di doveri, diritti, munera. Il dovere di fedeltà è, dunque, il solo che può "colorare" moralmente ogni altro dovere o diritto (…) enunciato dalla Carta. (…)*" Cfr. al riguardo A. Ruggeri, *Rigore costituzionale ed etica repubblicana, nel pensiero e nell'opera di Temistocle Martines*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, §5.

[127] Il riferimento è ancora una volta a Carlo Esposito, il quale negava risolutamente la possibilità di ravvisare in tale norma un appiglio per legittimare le restrizioni alla libertà di parola ("*Contro il tentativo di dedurre dall'obbligo di fedeltà alla Repubblica la sussistenza di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero sta la considerazione che solo l'arbitraria identificazione della Repubblica con un complesso di dottrine potrebbe giustificare in nome della fedeltà all'una l'obbligo di aderire alle altre, e trasformare lo Stato in una Chiesa con i suoi dommi da garantire contro gli infedeli*"). Del resto l'autore considerava il dovere di fedeltà alla Repubblica come una "*funzione meramente suppletoria ed integratrice dell'obbligo di obbedienza ai precetti dell'ordinamento*" da attivare nei momenti in cui questo dovesse tendere all'ineffettività, come ad esempio in situazioni rivoluzionarie, in ipotesi di occupazione bellica e nel caso del cittadino all'estero. Per gli approfondimenti si rinvia a C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento democratico*, cit.

dovrebbe interpretarsi come un imperativo etico diretto ad *imporre l'osservanza di norme che conferiscono identità al sistema e che si impongano come strategiche per sua salvaguardia di esso*, indipendentemente dalla sua riconduzione agli archetipi della democrazia militante[128].

Di fronte a simili considerazioni i nostri detrattori potrebbe ricordare però che connessioni all'art. 54 Cost. furono in genere considerate ammissibili per le sole ipotesi in cui la concretizzazione di rischi per l'ordine pubblico si palesava con stringente evidenza, come nei casi di istigazione ed apologia, mentre il grado di pericolosità delle argomentazioni negazioniste costituisce un terreno empiricamente non dimostrabile.

Si tratta di puntualizzazioni certamente non prive di valore alle quali dovrebbe però replicarsi evidenziando la circostanza che argomentazioni negazioniste siano state unicamente enucleate con riferimento alla vicenda concentrazionaria ed alle sue origini e dimensioni, e non con riguardo altresì ad ulteriori e significative circostanze che la storia ha conosciuto. Perché proprio l'Olocausto, verrebbe da domandarsi, è oggi oggetto di banalizzazione, minimizzazione, disconoscimento e non Waterloo, ad esempio? Forse perché costituisce esso un evento così intrinsecamente connesso alla conculcazione della democrazia ed alla sua successiva riaffermazione?

L'insieme delle argomentazioni qui da ultimo richiamate vorrebbe offrire nuovi spunti di riflessione al dibattito sull'ammissibilità delle normative antinegazioniste e memoriali nei diversi ordinamenti d'Europa. Dall'insieme delle considerazioni apportate pare evidente che non siano ravvisabili motivi rilevanti di incompatibilità tra le stesse ed i principi di democrazia pluralista pressoché ovunque affermati. Le normative in argomento finirebbero anzi, sotto taluni aspetti, per costituire utili strumenti a salvaguardia del mantenimento della vita democratica nel sistema, in un clima di rinnovata consapevolezza e coesione sociale, e nel pieno accrescimento del valore della dignità umana.

Si deve sottolineare, per concludere però, che il *favor* nei confronti di dette normazioni manifestato non solleva ad ogni modo dalla individuazione di taluni rilevanti elementi di criticità, con riferimento ai quali Legislatori accorti dovrebbero intervenire al fine di scongiurare più generali riprovazioni.

In tema di normazione antinegazionista l'aspetto più indubitabilmente reprensibile rappresenta senza dubbio il ricorso alla minaccia detentiva.

In ordinamenti di democrazia liberale, come è noto, una così incisiva restrizione alla libertà personale dovrebbe trovare giustificazione solo in presenza di una pluralità di circostanze accuratamente valutate. Dovrebbe essere verificata in particolare la percezione sociale dell'offensività della condotta, il valore deterrente della condanna, l'utilità della medesima ai fini della funzione rieducativa e special-preventiva del condannato. Si tratta, come è evidente, di operazioni che sfuggono alle capacità intellettuali del giurista e per le quali, il legislatore dovrebbe affidarsi alla perizia degli scienziati sociali.

A prescindere dai risultati dalla medesima evncibili dovrebbe tuttavia rilevarsi che al cospetto di convinzioni intellettuali, improbabilmente la pena riuscirebbe a raggiungere gli obiettivi prescritti dall'art. 27 Cost. Pare da escludersi infatti che la detenzione sia in grado di raggiungere l'obiettivo di allontanare il reo dalla persuasione di tesi della cui falsità avrebbe potuto convincersi anche in regime di libertà.

In ipotesi così complesse nessuna funzione rieducativa o special-preventiva potrebbe infatti dirsi concretamente raggiungibile. Ciò detto, lo strumento sanzionatorio dovrebbe orientarsi pertanto verso il raggiungimento di finalità ulteriori, che in quanto tali escluderebbero ogni coinvolgimento della libertà personale. La decisione giudiziaria potrebbe realizzare il proprio obiettivo di condanna disponendo ad esempio la *compensazione* dell'offensività realizzata con strumenti di natura pecuniaria.

Particolare rilevanza costituirebbero infine, nel settore, forme punitive altrimenti qualificate come accessorie, quali ad esempio la pubblicazione della pronuncia sui principali organi di informazioni. Attraverso simili misure l'apparato giudiziario andrebbe infatti a cooperare direttamente con la comunità scientifica, rendendo più esplicite e maggiormente conoscibili forme di censura già dalla stessa pronunciate.

Un ulteriore elemento di criticità rinvenibile nella normativa *de quo* deve individuarsi nel più volte ricordato carattere eccessivamente indeterminato delle sue prescrizioni. Al fine di evitare censure, dovrebbe il legislatore in specie imporre una selezione più analitica e meno evanescente delle condotte incriminate, distinguendo all'interno delle medesime – anche al fine di differentemente comminare le pene edittali – la posizione di coloro che diffondono tesi il cui *back-ground*

[128] L'intuizione di ravvisare nella norma costituzionale simile imperativo, indipendentemente dall'adesione alla tesi, è di Gabriella Galante. Si veda in proposito *La fedeltà nei rapporti di diritto pubblico, tra morale, politica e diritto*, in Rivista AIC del 2 luglio 2010.

è certamente antisemita, dalle argomentazioni di coloro che realizzano forme di revisionismo tollerabile, fondate su argomentazioni opinabili, ma non per questo irriguardose e reclamistiche della vicenda.
Per finire, un'ultima annotazione desidererebbe dedicarsi alla normativa memoriale. Rispetto alla medesima, vorrebbe sottolinearsi in particolare la necessità per il legislatore di evitare il ricorso ad un uso compulsivo della medesima.
Se, come si è avuto modo di ricordare infatti i dispositivi memoriali andrebbero a costituire rilevanti strumenti finalizzati ad ingenerare una riflessione sugli eventi tristemente accaduti, nonché a realizzare - per quanto possibile - un consistente rinvigorimento dell'identità nazionale, un ricorso incondizionato ed imprudente agli stessi finirebbe per frustrare le suddette finalità, con evidente danno per la collettività nel suo insieme. Un eccesso di memoria finirebbe quindi per trasformarsi in una controproducente amnesia.