

Primo piano: V. Zeno Zencovich, G. Resta (a cura di) *Riparare risarcire ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*

Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 520, ISBN 9788863424157, Euro 35

ANDREA BURATTI

Esito di un progetto di ricerca dal taglio fortemente interdisciplinare, il volume raccoglie contributi di storici e giuristi concentrati sui molteplici problemi suscitati dalle interrelazioni, sempre più numerose, tra storia e diritto, quest'ultimo inteso nella duplice accezione di diritto dei giudici e diritto dei legislatori.

Se il diritto dei legislatori è qui analizzato a partire dalla recente proliferazione di una copiosa legislazione in materia di *lois mémorielles* e di leggi penali di repressione del nazionismo, il rapporto tra storia e processo è senz'altro più risalente nella riflessione dei giuristi, che possono avvalersi anche dell'ampia concettualizzazione

dei rapporti tra verità processuale e verità storica. A questo proposito, in molti dei contributi emerge l'assoluta inconciliabilità tra i canoni della ricerca storica e i metodi e le funzioni del giudice e del processo. Il processo è condizionato da regole formali e preordinato alla ricostruzione dei fatti per l'imputazione di responsabilità; di contro, la ricerca storica è libera ed orientata alla «comprensione». È aperta, e in divenire, mentre il processo aspira alla «chiusura».

In molti dei contributi, questa premessa si appoggia sulla lezione di insigni maestri. Viene ricordato Piero Calamandrei: «Le strade del giudice e dello storico, coincidenti per un

tratto, divergono poi irrimediabilmente. Chi tenta di ridurre lo storico a giudice semplifica e impoverisce la conoscenza storiografica. Ma chi tenta di ridurre il giudice a storico inquina irrimediabilmente l'esercizio della giustizia» (p. 81). Ma anche gli storici condividono questa sensibilità: è citato Peter Mandler, secondo cui «Nelle aule giudiziarie i fatti sono accertati e quindi confrontati con le norme. Nelle aule universitarie i fatti sono accertati e quindi interpretati. Benché apparentemente simili, questi processi sono in realtà molto differenti» (p. 105). A queste citazioni se ne potrebbe aggiungere un'altra, del giudice della Corte Europea dei Diritti

dell'Uomo, Garlicki. Nella sua opinione dissenziente alla sentenza *Adamson c. Lettonia* – in cui la Corte svolge un'approfondita ricostruzione del contesto storico-sociale del totalitarismo comunista in Lettonia – Garlicki scrive: «Noi siamo degli esperti in diritto e legalità, ma non in politica e storia, e non dobbiamo avventurarci in questi due terreni se non in casi di assoluta necessità».

Eppure, altrettante valide ragioni costringono il giudice e il giurista a "fare i conti con la storia", così come gli accade con altre scienze, che, se pure rispondono a statuti epistemologici più "puri", vengono pur sempre "usate" per i propri scopi. Da un lato assistiamo a una decisa "contemporaneizzazione della storia", che finisce per tenere vive e riaprire dispute, coinvolgere sentimenti su pagine non pacificate e ferite non cicatrizzate nelle memorie collettive, con la conseguente moltiplicazione del contenzioso giurisdizionale anche su questioni che fino a pochi anni addietro avremmo faticato a ritenere oggetto di dispute legali. È vero, come osserva uno degli autori, che il diritto manifesta

una tendenza pervasiva alla regolazione dei fenomeni sociali; ma è anche vero che nelle aule giudiziarie queste azioni vengono portate da individui e gruppi, anche attraverso interpretazioni creative del quadro legale, sulla base di domande di giustizia, non di capricci estemporanei.

Ma vi è di più. In alcuni dei contributi è esattamente riconosciuta la progressiva espansione delle sedi di espressione e manifestazione del pensiero e della ricerca storica. Con pochi clic e pochi soldi trovano oggi dignità di pubblicazione opinioni che fino a pochi anni fa non avrebbero trovato modo di essere diffuse e conosciute: si può parlare, a tal proposito, di una opinione che fagocita la storia. Sono processi che conducono ad esiti positivi in termini di diffusione della conoscenza storica, ma anche a banalizzazioni, semplificazioni, usi di parte della storia, falsificazioni, offese, ingiurie. Di fronte a tali fenomeni comunicativi, reclamare un'immunità del discorso storico dall'accertamento giudiziale delle responsabilità è poco convincente: l'immagine dello "storico alla sbarra", evocata proprio su questo *Gior-*

nale da Isabella Rosoni, suscita scalpore, ma interroga il giurista senza offrire facili scorciatoie. In una società che scrive, commenta, blogga e pubblica con tanta facilità, venuta meno la rete protettiva rappresentata da maestri severi o editori prudenti, non si può certo pretendere di privilegiare solo determinate forme di manifestazione del pensiero storiografico; né mi pare si possa pretendere di standardizzare il metodo storico per riservare la qualifica di storico solo a chi vi si conformi, perché si finirebbe per isterilire una conoscenza che sperimenta da sempre un'incessante innovazione metodologica.

D'altronde, la storia non entra nelle aule giudiziarie solo come oggetto di giudizio: siamo oramai sempre più consapevoli del rilievo del contesto storico per interpretare i fatti, le norme e le vicende rilevanti nell'ambito dei processi e più in generale del discorso giuridico. Sarebbe invero semplificatorio ridurre il lavoro giudice e l'analisi del giurista alla mera applicazione di regole meccaniche, a operazioni logiche di sussunzione del fatto nella norma, secondo un'immagine stereotipata che non

è assente dal pensiero di Mandler, citato poc'anzi. Non è sempre così. Non è quasi mai così. Il giudice e il giurista «conoscono» dei contesti storici, politici e sociali per interpretare, bilanciare, decidere. Nel lavoro del giudice non rileva solo l'accertamento del fatto e l'applicazione tecnica della regola ad esso. C'è l'interpretazione e la comprensione dei contesti specifici e culturali; c'è l'interpretazione delle norme, che è attività tecnica eminentemente condizionata dai contesti e dalle precomprensioni; in determinati giudizi c'è il bilanciamento, che richiama il giudice a confrontarsi con valori sociali, processi storici e culturali.

È possibile affermare che il rilievo della conoscenza storica è per il giurista tanto più urgente quanto più si espandono le interrelazioni tra altri ordinamenti giuridici, ed all'interno di questi tra culture eterogenee, come nelle odierne vicende delle società complesse. Il giudice contemporaneo – e con lui chi voglia confrontarsi con la vita del diritto – è sempre più spesso chiamato a confrontarsi con interrelazioni normative e

dialoghi giurisprudenziali che travalicano i confini di società omogenee e ordinamenti auto-conclusi. In questo scenario, il giurista è chiamato a possedere, pur con tutti i suoi limiti, gli strumenti, e prima ancora l'*habitus*, del comparatista, dello scienziato sociale, dello storico.

Ovviamente, questo processo pone diversi e delicati problemi in ordine al rapporto tra diritto del legislatore, democraticamente legittimato, e diritto giurisprudenziale: alcune immagini – quella del giudice Hercules forgiata da Ronald Dworkin, o quella del giudice Pangloss, che traduce e dialoga con norme e giudici di tutto il mondo, evocata da Cesare Pinelli, o quella del "giudice antropologo" su cui riflette un libro molto intelligente di Ilenia Ruggiu – aiutano a comprendere i rischi di apprezzamenti morali e valutazioni libere dal quadro normativo vigente connessi con la crescita della dimensione culturale della figura umana ed istituzionale del giudice. Tuttavia, per i giudici e i giuristi, fuggire dalla storia è una vana illusione: quello tra storia e diritto è un matrimonio obbligato, occorre semmai

iniziare ad apprendere le rispettive grammatiche. La ricchezza del materiale giurisprudenziale ricostruito nei diversi contributi da conto della diffusione e del rilievo crescente di questa interrelazione: i dilemmi del confronto tra storia e diritto coinvolgono la giurisprudenza a tutti i livelli e in tutti i continenti.

Un ambito nel quale questa interrelazione è particolarmente profonda è la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, che pure nel volume è spesso richiamata (soprattutto il saggio di Claudia Cascione): vorrei soffermarmi con maggiore attenzione sul punto per ragioni che credo saranno subito chiare. Di fronte a controversie che coinvolgono la messa in discussione del passato e delle tradizioni storiche, la Corte di Strasburgo è stata spesso costretta ad ergersi a giudice della storia di popoli e nazioni. D'altronde, è lo stesso testo della Convenzione che invita ad un'interpretazione storica e contestuale, attraverso clausole generali quali «il patrimonio comune di tradizioni e ideali politici», «i principi generali di diritto riconosciuti dalla nazioni civili», la nozione di «so-

cietà democratica». Tutte formule che spingono la Corte a comprensioni valutative e dinamiche, oltre che contestualizzate rispetto alle culture, molto diverse, degli Stati aderenti. Per questa ragione, la Corte ha finito col ricorrere ad una pratica interpretativa storica e contestuale in diverse occasioni. Non è questa la sede per ricostruirla analiticamente (rinvio al mio *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, sul web in *Rivista dell'Associazione dei costituzionalisti*, 2/2012), basti dire che si apprezza nei filoni giurisprudenziali sui sistemi elettorali e i diritti di voto attivo e passivo, sui partiti politici, sulla laicità e i simboli religiosi, sulle transizioni che hanno riguardato i Paesi ex comunisti. Fino al caso emblematico rappresentato dalla sentenza *Sejdic e Finci c. Bosnia Erzegovina*, in cui la Grande Camera si avventura in un vero e proprio saggio storico sul processo di pace in Bosnia Erzegovina, attirandosi gli strali di diverse opinioni dissenzienti che attaccano la narrazione storica fatta propria dalla Corte e più in generale il ruolo del giudice (internazionale) di fronte

ad accadimenti storici nazionali.

In tutti questi filoni giurisprudenziali la riflessione sul contesto nazionale, tipica dei giudizi della Corte ma normalmente circoscritta al quadro normativo, si spinge fino alla ricostruzione della storia nazionale, per inquadrare all'interno dei processi storici le ragioni di determinate misure statali così come le motivazioni di domande e rivendicazioni di individui e gruppi. Talora la storia si presenta si presenta nelle vesti di una tradizione risalente, che merita di essere compresa e giustificata; talora invece è una storia politica recente, una transizione non sedimentata che spiega ritardi e ambiguità normative. Lungi dal rappresentare una mera cornice culturale per "abbellire" la sentenza o renderla più persuasiva, l'argomento storico finisce spesso per determinare il senso della decisione del caso concreto. Nella maggior parte dei casi, l'argomento storico giustifica e legittima misure restrittive dei diritti fondamentali isolando ragioni contestuali prevalenti; spesso però il passare del tempo sposta bilanciamenti affermati-

si in un primo momento: la Corte dimostra di saper apprezzare lo scorrere del tempo, i processi e le transizioni storiche, di modo che i granelli di sabbia che scendono dalla clessidra non si disperdono nel vuoto, ma cadono sul piatto della bilancia in cui risiedono i diritti fondamentali, spostando equilibri.

Ovviamente, un momento cruciale per la verifica di questo approccio all'uso della storia è stata, anche per la Corte di Strasburgo, la vicenda del negazionismo dell'Olocausto. L'argomento è da diversi anni uno dei più discussi sulla scena politica, e le numerose iniziative delle istituzioni parlamentari nazionali verso la previsione di reati connessi al negazionismo storico dell'Olocausto e di altri genocidi hanno destato un dibattito molto vivace, di cui il volume in commento offre diverse ricostruzioni (soprattutto nei saggi di Cajani, D'Orazio e Cascione).

Posta di fronte alla valutazione della compatibilità con la Convenzione di misure statali di tipo penalistico, repressive del negazionismo dell'Olocausto, la Corte ha sempre evitato di trattare il tema secondo la

prospettiva dell'art. 10 della Convenzione, che protegge la libertà di espressione, spostando piuttosto la controversia sul terreno del divieto di abuso di diritto. Un parametro, questo, recessivo nella giurisprudenza di Strasburgo, che in questo ambito viene però recuperato per prevenire l'accesso dell'opinione negazionista alla ponderazione, che è tipica dei giudizi sull'art. 10, con beni contrapposti. Se il diritto è abusato la questione è risolta in via preliminare, non supera il vaglio dell'ammissibilità. E questo perché l'opinione negazionista pretende di rimettere in discussione «fatti storici definitivamente acclarati, come l'Olocausto». La vicenda più nota è quella che ha coinvolto Roger Garaudy – eccentrico filosofo marxista, poi convertito all'Islam, antisionista, condannato dai Tribunali francesi –, ma la giurisprudenza è ormai consolidata: la negazione di fatti storici definitivamente acclarati come l'Olocausto «contrasta con i valori fondanti la Convenzione, come pace e giustizia», e non si avvicina neanche un po' al «lavoro di indagine storica» (*Marais c. Francia*).

Questa accezione, invece rudimentale, del metodo

storico si è imposta ai giudici di Strasburgo per avere evitato di scendere sul terreno, senz'altro franso, del bilanciamento: più meditate, non a caso, le sentenze di alcuni Tribunali europei, che hanno dato luogo ad un dialogo di grande interesse. Nelle decisioni del Tribunale costituzionale tedesco, del Tribunale costituzionale spagnolo e del Consiglio costituzionale francese è riscontrabile, pur nella diversità degli stili delle tre Corti, una tendenza a legittimare la repressione penalistica della condotta solo in presenza di indizi di pericolosità, tali da ricondurla ad una specificazione di reati di apologia e istigazione. Esplicita nella sentenza dei giudici spagnoli, questa opzione è di fatto presente anche nelle valutazioni dei giudici tedeschi, perché il reato è qui costruito attorno alla fattispecie previgente dell'«attizzamento del popolo». In Francia, dove la tendenza a giuridificare la storia è invero ossessiva, il *Conseil* segue la strada più impervia della distinzione tra «fatti» e «opinioni», ma in definitiva giunge ad affermare che spetta ai giudici apprezzare, caso per caso, la commissione di un reato di negazione di geno-

cidi, impedendo al legislatore di tipizzarlo attraverso narrazioni storiche ufficiali e pietrificate.

È interessante notare che la tecnica di giudizio della Corte di Strasburgo su queste vicende è in realtà circoscritta ai casi di negazione dell'Olocausto del popolo ebraico nei campi di sterminio tedeschi. In altre vicende, pur coinvolgenti fatti drammatici della seconda guerra mondiale o di altre pagine tragiche della storia europea, la Corte riepande l'area di applicazione dell'art. 10 CEDU: così essa ha modo di apprezzare l'irriducibile relatività della ricerca storica, riconoscendo il valore della dialettica tra storici e ricollegandone le garanzie di apertura e le esigenze di revisione alle medesime tutele che presidiano la libertà di espressione. Per esempio, di fronte ad una sentenza francese di condanna per degli scritti volti a riabilitare la figura del Maresciallo Pétain, la Grande Camera scrive: «Gli eventi richiamati nella pubblicazione [...] sono accaduti più di quaranta anni prima della stessa. Quand'anche le parole utilizzate fossero tali da rianimare la controversia e rinnovare sofferenze nella

popolazione, il trascorrere del tempo fa sì che non sia più opportuno [...] applicare oggi la medesima severità di dieci o vent'anni fa. Ciò fa parte degli sforzi che ogni Paese è chiamato a fare dibattere apertamente e serenamente della propria storia» (*Lehideux et Isorni c. Francia*). Ancora più esplicitamente, in una vicenda relativa a fatti della resistenza francese nella seconda guerra mondiale, si dice: «La ricerca della verità storica è parte integrante della libertà di espressione [...]. Non rientra tra i ruoli della Corte arbitrare e definire questioni storiche che sono oggetto di un dibattito aperto tra storici sui fatti e sulle loro interpretazioni (*Chauby et autres c. Francia*). Lo stesso avviene nella bella sentenza *Fatullayev c. Azerbaijan*, dove è accolto il ricorso di un giornalista condannato nel proprio Paese per aver documentato una versione del Massacro di Khojaly, evento fondativo della storia nazionale, del tutto diversa dalla storia ufficiale.

Nelle vicende da ultimo richiamate, il discorso storico è dunque restituito al campo di applicazione dell'art. 10, e ricondotto alla ponderazione tra valori

confliggenti. La Corte si riappropria così del proprio ruolo di bilanciamento, trattando il revisionismo storico come un discorso sì spiacevole, a volte ripugnante, ma intimamente connesso con l'esercizio delle libertà comunicative.

Ho insistito sulla giurisprudenza della Corte europea perché particolarmente esplicita per apprezzare il rilievo e le ambiguità derivanti dalla penetrazione della storia nel discorso giuridico. L'irrompere della storia scuote e mette in discussione paradigmi consolidati (e rassicuranti) della tecnica giuridica; ma eludere questo confronto significherebbe semplicemente opacizzare i nodi di fondo delle decisioni delle Corti e delle opinioni dei giuristi. Occorre allora procedere verso la condivisione di metodi e pratiche interpretative. I casi e i problemi discussi in questo volume offrono, in tal senso, un eccellente punto di partenza.