

L'USO DELLA STORIA NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Sommario: 1. Premessa: pietrificare la storia o fare i conti col passato? – 2. Il problema dell'uso della storia nella giurisprudenza di Strasburgo. – 3. L'argomento storico nella giurisprudenza di Strasburgo: a) contestualizzazione storica e tolleranza costituzionale. – 4. Segue: b) l'insufficienza dell'argomento storico (il caso *Sejdić and Finci c. Bosnia-Erzegovina*). – 5. Segue: c) la fuga dal passato comunista. – 6. Segue: d) principio di laicità e tradizioni storiche. – 7. Segue: e) l'uso dell'argomento storico, interrogativi aperti. – 8. Negare la verità storica: un abuso di diritto. – 9. Per una conclusione: protezione delle tradizioni storiche o metodo storico critico?

La storia non è mai giustiziera, ma sempre giustificatrice; e giustiziera non potrebbe farsi se non facendosi ingiusta¹.

1. Premessa: pietrificare la storia o fare i conti col passato?

In Ungheria, nel 2004, alcuni giornali di destra promuovono la costruzione di una statua in omaggio a Pál Teleki, primo ministro ungherese negli anni quaranta. L'iniziativa – volta alla riabilitazione di un personaggio ritenuto responsabile della legislazione antisemita, e più in generale, di aver condotto l'Ungheria nel secondo conflitto mondiale – suscita un vasto ed acceso dibattito, nel quale interviene lo storico Karsai, contestando la proposta e ricordando le colpe e i crimini di Teleki. Condannato dalle corti nazionali per diffamazione, Karsai ricorre alla Corte europea dei diritti dell'uomo che, nel 2009, gli dà ragione. Secondo la Corte,

il ricorrente – uno storico che ha pubblicato diversi lavori sull'Olocausto – ha scritto l'articolo impugnato nell'ambito di un dibattito concernente le intenzioni di un Paese, la cui storia presenta episodi di totalitarismo, di fare i conti col proprio passato. Il dibattito è pertanto del massimo interesse pubblico (*Karsai c. Ungheria*, 2009, § 35).

Si tratta di un caso per molti versi emblematico della radicalità delle questioni poste dall'uso pubblico della storia, nell'alternativa tra la sua "pietrificazione" in tradizioni e simboli – condivisi o di parte – e la sua sottoposizione ad un dibattito critico continuo.

· Il saggio costituisce una versione rielaborata della Relazione presentata al Convegno "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti" (Università di Perugia, 17 novembre 2011), i cui Atti sono in corso di pubblicazione (a cura di G. Repetto). I passi citati delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sono stati tradotti dall'autore.

¹ B. Croce, *Teoria e storia della storiografia*, (1915-7), a cura di G. Galasso, Adelphi, Milano, 1989, p. 98.

2. Il problema dell'uso della storia nella giurisprudenza di Strasburgo

Il passato, la sua rappresentazione pubblica e la sua memoria condivisa costituiscono i fondamenti dell'identità costituzionale dei popoli. Essi sono pertanto oggetto di un dibattito ed un "uso" pubblico, articolato su diversi piani culturali². Non può stupire che tale dibattito susciti tanti conflitti e condizioni l'interpretazione dei cataloghi dei diritti fondamentali, specie nelle democrazie meno consolidate.

Posta dinanzi a controversie che coinvolgono la messa in discussione del passato e delle tradizioni, la Corte europea è spesso costretta ad ergersi a giudice della storia di popoli e nazioni. Più spesso, è la Corte stessa a ricorrere alla narrazione storica per motivare le proprie sentenze, nel tentativo di mediare attraverso l'argomentazione storica esigenze di tutela di un ordine oggettivo di diritti e specificità dei contesti nazionali. D'altronde, è lo stesso testo della Convenzione che invita – attraverso clausole generali come il «patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici», i «principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili», la nozione di «necessità in una società democratica», la «protezione dell'ordine pubblico o della morale», il «pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», le «convinzioni religiose e filosofiche», la «libera espressione dell'opinione del popolo» – ad un'interpretazione storica e contestuale³.

Ma il confronto con la storia dei popoli europei pone alla Corte difficoltà specifiche determinate dalla sua "distanza" rispetto alle esperienze nazionali. Una difficoltà anzitutto informativa, che la Corte cerca di colmare attraverso le analisi di organismi di supporto e studio, quali la Commissione di Venezia, cui vanno affiancate le risorse informative e culturali derivanti dalla dialettica tra le parti e gli *amici curiae*⁴. Ma certamente l'estraneità della Corte dal dibattito pubblico nazionale – l'essere, il suo, un occhio esterno – aggrava la percezione di arbitrarietà dei suoi giudizi storici, specie quando questi avviano semplificazioni e riduzioni di narrazioni complesse e controverse.

Così, il problema della valutazione e dell'uso della storia nell'argomentazione giuridica – che coinvolge l'attività di ogni giudice, Corte costituzionale, o Tribunale internazionale⁵ – acquisisce, con riferimento alla Corte di Strasburgo, una spiccata specificità, come dimostrato dalla stessa attenzione che la Corte ha dovuto conferire alla riflessione sul "metodo storico" che caratterizza la propria giurisprudenza.

In questo lavoro vorrei ricostruire l'approccio con cui la Corte di Strasburgo si pone rispetto alla storia, alla memoria e alle tradizioni storiche nazionali, e l'uso dell'analisi storica e contestuale nella sua giurisprudenza. Analizzerò in un primo momento i diversi filoni giurisprudenziali nei quali la storia nazionale diviene elemento per la soluzione delle controversie (§ 3-7); quindi, passerò ad esaminare più nello specifico

² La riflessione sull'uso pubblico della storia si palesa con l'intervento di Jürgen Habermas nella controversia innescata, alla fine degli anni ottanta, da Ernst Nolte, circa la minimizzazione dei crimini nazisti (i contributi sono raccolti nel volume *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca*, a cura di G.E. Rusconi, Torino, 1987). Ma l'uso conflittuale del passato e della memoria rappresenta un motivo dominante già nella tragedia greca (efficacissimo, sul punto, D. Susanetti, *Catastrofi politiche. Sofocle e la tragedia di vivere insieme*, Carocci, Roma, 2011).

³ L. Bégin, *L'internationalisation de droits de l'homme et le défi de la «contextualisation»*, in *Rev. interdisc. d'études jur.*, 53, 2004, pp. 64-66: «En fait, et cela pourra paraître paradoxal, l'internationalisation effective des droits fondamentaux va de pair avec une déformalisation et une contextualisation progressives du droit» (*ivi*, p. 66).

⁴ A. Pecorario, *Argomenti comparativi e giurisprudenza Cedu: il ruolo della Commissione di Venezia in materia di diritto elettorale*, in *dirittocomparati.it* (nov. 2010): «La Commissione di Venezia ed altri organismi del Consiglio d'Europa (a titolo non esaustivo si possono ricordare l'Assemblea parlamentare, il Congresso dei poteri locali e regionali, ed il Centro di Prevenzione della Tortura), attraverso i summenzionati strumenti di *soft law* (raccomandazioni, risoluzioni, opinioni e così via), svolgono una preziosa opera di mediazione fra testo (convenzionale) e contesto (storico, politico e sociale) di riferimento – da questo punto di vista, benché la loro azione non dia luogo alla elaborazione di atti giuridici altrettanto formalizzati, è bene ricordare anche il ruolo cruciale che viene quotidianamente svolto ("sul campo") dai *Bureaux extérieurs* del Consiglio d'Europa, istantanei misuratori della democraticità delle Istituzioni nei Paesi di riferimento delle attività dell'Organizzazione Internazionale».

⁵ R. Uitz, *Constitutions, Courts and History. Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Ceu Press, Budapest-New York, 2005, pp. 5-14, che ricostruisce, tra l'altro, il dibattito e le critiche alla «law-office history» negli Stati Uniti (*ivi*, pp. 17 e ss.). Sul trattamento giurisdizionale delle controversie storiche, A. Garapon, *Chiudere i conti con la storia*, Raffaello Cortina, Milano, 2008.

la giurisprudenza maturata nei casi sul negazionismo storico, in cui il metodo storico che orienta la Corte diviene più esplicito (§ 8).

Nella prospettiva prescelta in questo studio, dunque, il riferimento all'argomento storico non coincide – se non per talune questioni di metodo – con la nozione di “interpretazione storica” risalente a Savigny, né con il problema dell'originalismo, su cui è ricchissimo il contributo della letteratura statunitense⁶, ma che è stato discusso anche con riferimento al richiamo alle intenzioni delle parti contraenti della Convenzione di Roma che ha contrassegnato talune motivazioni della Corte europea⁷. In questo studio, con la nozione di “argomentazione storica” faccio riferimento ad una «pratica di interpretazione contestuale»⁸ che valorizza i riferimenti alla storia nella ricostruzione dei casi e nelle motivazioni delle decisioni giudiziarie. D'altronde, questa parziale ricollocazione semantica della nozione di “argomentazione storica” discende dal rilievo crescente e autonomo di questa prassi argomentativa nelle decisioni della Corte di Strasburgo.

3. L'argomento storico nella giurisprudenza di Strasburgo: a) contestualizzazione storica e tolleranza costituzionale

Un rilievo molto significativo della argomentazione storica è normalmente rinvenibile nelle sentenze più contaminate con la lotta politica.

Così è nel filone giurisprudenziale sui c.d. partiti antisistema⁹: nella notissima *Refah Partisi (Welfare Party) and Others c. Turchia* (2003), la Grande Camera conferma la sentenza della Sezione che aveva ritenuto conforme all'art. 11 della Convenzione la misura dello scioglimento del *Refah* in ragione del suo programma e della sua azione volta ad affermare la *Sharia*. Per rafforzare l'argomentazione della Sezione e giustificare una misura che, in numerosi altri casi, è stata ritenuta contraria ai diritti protetti dalla Convenzione¹⁰, i giudici ricostruiscono il percorso storico di edificazione dello stato nazionale turco, che si caratterizza, come noto, per il radicale superamento della concezione teocratica del potere pubblico e della statualità:

⁶ La letteratura è sterminata: si veda, almeno, A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*, Princeton, Princeton Univ. Press, 1997. Ma una prima ricostruzione – prevalentemente critica – è già in J.G. Wofford, *The Blinding Light: The Uses of History in Constitutional Interpretation*, in *Univ. Chic. Law Rev.*, 31/1963-64, pp. 502 e ss. (che riconduce all'originalismo tre distinte operazioni: il ricorso alle intenzioni dei padri fondatori, il ricorso al significato originario della terminologia costituzionale, il ricorso alla comprensione del problema all'origine della formulazione delle disposizioni costituzionali).

Per un inquadramento nell'esperienza italiana, cfr. i diversi contributi raccolti in F. Giuffrè – I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁷ B. Randazzo, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Riv. Associazione italiana dei costituzionalisti*, 4/2011, pp. 29-30: «Il ricorso ai lavori preparatori dei testi normativi al fine della loro interpretazione è criterio, com'è noto, comune a tutti gli ordinamenti, e richiamato pure dall'art. 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (interpretazione storica); anche la Corte di Strasburgo lo utilizza, sempre, peraltro, come criterio complementare e da solo non decisivo».

Insiste sulla marginalità del ricorso all'interpretazione storica nella giurisprudenza di Strasburgo F. Ost, *Originalità dei metodi di interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. Delmas Marty (a cura di), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, (1989), Cedam, Padova, 1994, pp. 277-8, 280 e ss., in cui evidenzia come già nel caso *Golder* (1975) la Corte, pur richiamando l'art. 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, non conferisse eccessivo peso ai lavori preparatori ed alle intenzioni delle parti, richiamati a mero scopo di supporto. Ost individua un solo caso in cui il richiamo dei lavori preparatori determini il significato di una disposizione della Convenzione (*ivi*, p. 286). Più ampio, sempre secondo Ost, il peso dei lavori preparatori nelle opinioni dissenzienti, in sintonia con approcci conservatori (*ivi*, p. 286).

⁸ Nel senso proposto da L. Bégin, *L'internationalisation de droits de l'homme*, cit., p. 64, nt. 1, pp. 76 e ss.

⁹ Su cui P. Ridola, *Art. 11*, in S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, pp. 359-363.

¹⁰ Per una contestualizzazione di *Refah Partisi* rispetto alla giurisprudenza in materia di “partiti antisistema”, C. Bologna, *Ordine pubblico europeo e scioglimento dei partiti politici: verso la protezione della democrazia europea?*, in L. Mezzetti – A. Morrone (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo* (Atti del Convegno internazionale di studi, Bologna, 5 marzo 2010), Giappichelli, Torino, 2011, pp. 453 e ss.

La Corte non deve perdere di vista il fatto che *in passato movimenti politici basati sul fondamentalismo religioso sono stati in grado di prendere il potere in alcuni Stati ed hanno avuto l'occasione di realizzare il modello di società che avevano in mente. La Corte ritiene che, nel rispetto delle previsioni della Convenzione, ogni Stato contraente può opporsi a questi movimenti politici alla luce della sua esperienza storica.*

La Corte osserva inoltre che, vigente il diritto Ottomano, si era affermato un regime teocratico islamico. Quando il precedente regime teocratico è stato smantellato ed è stato instaurato il regime democratico, la Turchia ha optato per una forma di laicità che ha confinato l'Islam e le altre religioni in una sfera di pratica religiosa privata. *Consapevole dell'importanza del rispetto del principio del secolarismo per la sopravvivenza del regime democratico in Turchia, la Corte ritiene che la Corte costituzionale era legittimata a sancire l'incompatibilità con la democrazia della politica di ristabilimento della Sharia perseguita dal partito Refah (§ 124-125, corsivi miei).*

Ma l'influenza del contesto storico nelle decisioni della Corte è ancora più evidente nella giurisprudenza sulla legislazione elettorale degli Stati contraenti, che prende le mosse già negli anni '70 in alcune decisioni della Commissione¹¹: nel rigettare gli argomenti contrari alla conformità convenzionale del sistema elettorale maggioritario a turno unico inglese, la Commissione osservava come questo sistema elettorale facesse parte di quel «patrimonio comune di tradizioni politiche evocate nel Preambolo della Convenzione» (*X. c. Regno Unito, 1976*)¹². Ancora più evidente il richiamo alla tradizione storica nazionale nella decisione *W. X. Y. and Z. c. Belgio* (1975): qui, si discuteva della legittimità della norma costituzionale che riservava un seggio senatoriale, di diritto, al pretendente al trono, seggio acquisito dall'età di diciotto anni, contro la soglia dei quaranta anni prescritta per l'elettorato passivo generale. La Commissione rigettava, anche qui, i ricorsi, rinvenendo nella norma contestata «una tradizione della monarchia costituzionale belga».

Quando, nel 1982, un cittadino inglese residente dell'isola di Jersey ricorre alla Corte europea per lamentare l'impossibilità di partecipare alle elezioni della Camera dei Comuni, la Commissione ribatte che i principi della Convenzione non sono tali da intaccare «legami costituzionali eccezionali, fondati su ragioni storiche precedenti alla Convenzione» (*X. c. Regno Unito, 1982*). Ancora: nel 1984, è la «tradizione storica del Commonwealth» a salvare il Regno Unito dal ricorso di un deputato nord-irlandese, cui veniva precluso l'elettorato passivo nei Parlamenti di altri Paesi del Commonwealth (*M. c. Regno Unito, 1984*).

In *Mathieu-Mohin and Clerfaut c. Belgio*, (1987) è la Grande Camera a ricostruire la vicenda storica della progressiva «dissociazione federale» dell'ordinamento costituzionale belga per fondare sulle specifiche condizioni politiche del Paese la legittimità di regole elettorali che riservano determinate cariche elettive ai componenti delle comunità culturali:

Ogni sistema elettorale deve essere inquadrato alla luce della evoluzione politica del Paese cui si riferisce; aspetti inaccettabili nel quadro di un determinato ordinamento si giustificano in un altro (§ 54).

¹¹ F. Bouchon, *L'influence de cadre historique et politique dans la jurisprudence électorale de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Rec. trim. dr. de l'homme*, 1/2001, p. 155.

¹² «La Commissione ritiene che l'articolo 3 del Protocollo aggiunto alla Convenzione non possa essere interpretato come impositivo di un determinato sistema elettorale che garantisca che il numero totale dei voti espressi per un candidato o una lista di candidati debba sempre e comunque riflettersi nella composizione dell'assemblea legislativa. La Commissione rileva inoltre che tanto oggi quanto all'epoca della firma della Convenzione, alcune delle parti contraenti adottavano, e continuano ad adottare, un sistema elettorale maggioritario a turno unico, mentre altri utilizzano il sistema della rappresentanza proporzionale. Questi due modelli di sistema elettorale possono essere considerati come *facenti parte del patrimonio comune di tradizioni politiche evocate nel Preambolo della Convenzione*» (Corsivi miei).

Sono solo i primi episodi di una consistente serie giurisprudenziale, riprodottasi di recente secondo tendenze in gran parte affini. Prendiamo, tra gli altri, il caso *Yumak and Sadak c. Turchia* (2008), sulla legittimità della clausola di sbarramento al 10% nelle elezioni politiche nazionali. Qui, rigettando le conclusioni di tutti i documenti del Consiglio d'Europa e della Commissione di Venezia – che collocavano ad un massimo del 3% la soglia di sbarramento tollerabile rispetto all'esigenza di tutela delle minoranze nel processo elettorale –, la Corte salva la legislazione turca, allo scopo di contribuire alla tutela della stabilità di governo. I pericoli dell'instabilità politica rispetto alla tenuta del sistema democratico sono ricostruiti a partire dalle elezioni politiche degli anni '50, in una narrazione che lega in un rapporto di causa-effetto la frammentazione partitica, l'instabilità di governo e la preservazione dell'ordinamento democratico:

Le elezioni del 1950, del 1954 e del 1957 – in cui venne utilizzato il sistema elettorale maggioritario – non assicurarono un equilibrio tra maggioranza parlamentare ed opposizione. Questo squilibrio fu una delle principali cause del colpo di stato del 1960.

In seguito all'intervento delle forze armate, il Parlamento adottò il sistema elettorale proporzionale ... allo scopo di rafforzare il pluralismo ed il sistema politico. Il risultato fu che le elezioni del 1965 e del 1969 determinarono maggioranze stabili nell'Assemblea Nazionale, pur consentendo ai partiti minori di essere rappresentati. Tuttavia, a seguito delle elezioni del 1973 e del 1977 i principali partiti politici non furono in grado di stabilire governi stabili, benché godessero di un ampio consenso elettorale. Questo periodo di instabilità di governo fu caratterizzato dalla formazione di diverse coalizioni, ciascuna resa fragile dall'influenza sproporzionata dei partiti minori sulle politiche di governo (§ 44).

Dunque, che sia chiamata a pronunciarsi sul riconoscimento dei diritti di elettorato attivo e passivo, che stia valutando il sistema elettorale, le modalità di organizzazione del procedimento elettorale, o il contenzioso elettorale, la Corte legittima un ampio margine d'apprezzamento degli Stati nella conformazione del processo elettorale al contesto specifico¹³. Se muoviamo alla ricerca dei "temi ricorrenti" nella giurisprudenza elettorale, possiamo isolare tre passi di grande rilievo: un primo, secondo cui la legislazione ed il sistema elettorale «devono sempre essere giudicati alla luce dell'evoluzione politica del Paese»¹⁴; quindi, la constatazione che «esistono numerose forme di organizzazione e funzionamento dei sistemi elettorali ed una moltitudine di differenze in Europa determinate dall'evoluzione storica, dalle diversità culturali e del pensiero politico, che spetta a ciascuno Stato contraente incorporare nella propria concezione della democrazia»¹⁵; infine, la conclusione per cui «aspetti inaccettabili nel quadro di un determinato ordinamento si giustificano in un altro»¹⁶.

Un'affermazione, quest'ultima, confermata nella recente *Grosaru c. Romania* (2010), nella quale la Corte dichiara incompatibile con la Convenzione il sistema del contenzioso elettorale rumeno, integralmente affidato alla verifica parlamentare dei poteri. La Corte – dopo aver affermato la carente imparzialità di siffatto controllo parlamentare sulla validità delle elezioni, in sintonia con gli avvisi della Commissione di Venezia – si domanda se questo giudizio debba essere esteso anche agli altri Stati contraenti che adottino un sistema simile (Italia, Belgio e Lussemburgo): la risposta negativa, ed il salvataggio, dunque, della verifica parlamentare dei poteri, si fonda sul seguente argomento:

Questi tre paesi godono di una lunga tradizione democratica che porta a dissipare i dubbi circa la legittimità di tale pratica (§ 28).

¹³ F. Bouchon, *L'influence de cadre historique*, cit., pp. 164-5, spec. nt. 34-39, con ulteriori indicazioni di giurisprudenza.

¹⁴ Così, per prima, la già citata sentenza *Matthieu-Mohin and Clerfays c. Belgio* (1987).

¹⁵ A partire da *Hirst c. Regno Unito* (2004).

¹⁶ Cfr., ancora, *Matthieu-Mohin and Clerfays c. Belgio* (1987).

Un argomento non convincente, che non soddisfa né l'esigenza di una tutela rigorosa dei diritti fondamentali né la necessaria accuratezza della ricostruzione storica, e sembra ispirato, piuttosto, a ragioni di deferenza nei confronti degli Stati.

4. Segue: b) *l'insufficienza dell'argomento storico (il caso Sejdić and Finci c. Bosnia-Erzegovina)*

Certo, non sempre la ricostruzione del contesto storico e delle specificità nazionali inducono a salvare le norme statali¹⁷: in *Matthews c. Regno Unito* (1999), la Corte condanna lo Stato per l'esclusione di una residente di Gibilterra dall'elettorato attivo per il Parlamento europeo, discostandosi dal citato precedente dell'82, reso nel caso dell'isola di Jersey. Nel 2004, la «fedeltà cieca ed automatica alla tradizione storica» non salva il Regno Unito da una condanna per la norma che esclude sempre e in ogni caso dai diritti elettorali le persone sottoposte a pena detentiva (*Hirst c. Regno Unito*, 2004)¹⁸. Ed ancora: chiamata a pronunciarsi sulle condizioni del diritto di voto della popolazione turca a Cipro – sostanzialmente impedito dal regime di separazione imposto dalla Costituzione cipriota e dall'occupazione militare turca nel nord dell'isola –, la Corte condanna Cipro:

Benché la Corte ricordi che gli Stati godono di una notevole ampiezza nello stabilire regole compatibili con il proprio ordinamento costituzionale per disciplinare le elezioni parlamentari e la composizione del parlamento, e che *i criteri rilevanti possono variare in ragione di fattori storici e politici peculiari in ogni Stato*, queste regole non devono essere tali da escludere persone o gruppi di persone dalla partecipazione alla vita politica del paese, ed in particolare dalla selezione dell'organo legislativo, un diritto, questo, garantito tanto dalla Convenzione quanto dalle Costituzioni di tutti gli Stati contraenti (*Aziz c. Cipro*, 2004, § 28, corsivi miei).

Più di recente, poi, è la Moldavia ad essere condannata per una legislazione che riservava l'elettorato passivo a coloro che possedessero la sola cittadinanza moldava (*Tânase c. Moldavia*, 2010): in *Tânase*, la Corte ribadisce che «considerazioni storiche e politiche particolari possono giustificare misure più restrittive» (§ 172), si sofferma sulla «situazione particolare della Moldavia», ricostruendone la storia nazionale a partire dal medio evo (§ 173), ma conclude per la violazione dell'art. 3 del Protocollo «malgrado il contesto storico e politico specifico in Moldavia» (§ 180)¹⁹.

Ma il caso più rilevante – per esemplificare come l'apprezzamento del contesto storico non sempre orienti la decisione della Corte la verso la tolleranza nei confronti delle restrizioni statali dei diritti fondamentali – è rappresentato da *Sejdić and Finci c. Bosnia-Erzegovina* (2009), un caso di straordinario impatto nell'opinione pubblica internazionale, in cui forse si verifica uno squilibrio nel senso della sottovalutazione del contesto storico: i ricorrenti sono due cittadini bosniaci che lamentano l'esclusione dal diritto di elettorato passivo al Parlamento ed alla presidenza nazionale, in ragione della loro origine, rispettivamente, rom ed ebrea. Ora, la Costituzione bosniaca è un allegato del Trattato di pace risalente agli accordi di Dayton del 1995, che avevano messo fine al conflitto iugoslavo: essa introduce un'organizzazione statale fondata su una rigorosa partizione di funzioni tra le tre etnie bosniaca, serba e croata, con l'attribuzione di poteri di veto azionabili dalle rappresentanze delle componenti etniche ed una presidenza

¹⁷ F. Bouchon, *L'influence de cadre historique*, cit., p. 166.

¹⁸ «... la Corte ritiene che uno Stato contraente non possa invocare il proprio margine d'apprezzamento per giustificare delle restrizioni al diritto di voto che non sono state oggetto di un dibattito approfondito negli organi legislativi e che derivino essenzialmente da una fedeltà cieca ed automatica alla tradizione storica» (§ 41).

¹⁹ F.R. Dau, *Il diritto a elezioni libere tra attivismo della Corte EDU e argomenti storici: in merito alle pronunce Tanase c. Moldavia e Aliyev c. Azerbaijan*, in *diritticomparati.it* (maggio 2011).

collegiale. In ragione di questa rigida partizione, solo coloro che dichiarino la propria appartenenza ad una delle tre comunità costituenti possono acquisire il diritto di elettorato passivo.

La Corte non ignora questo peculiare modello di integrazione etnica costituzionalmente garantita (§ 6-7) e le vicende della difficile convivenza tra i tre popoli²⁰, ma considera ormai superato il momento critico della genesi della Costituzione (§ 46), concludendo per il carattere discriminatorio dell'esclusione da un diritto fondamentale di chi, per l'appartenenza ad una diversa comunità, non intenda dichiarare la propria appartenenza a nessuna delle tre comunità costituenti.

Per giustificare la propria discordanza dagli esiti dell'accordo di pace, i giudici citano diverse prese di posizione di organismi internazionali ed introducono una distinzione tra il *draft* originario della Costituzione, redatto a Dayton dai Paesi mediatori, e il testo definitivo, modificato sulla base delle pressioni esercitate dalle componenti etniche. È interessante osservare che questa scivolosa distinzione viene suffragata da citazioni di letteratura sulla storia degli accordi di Dayton (§ 13-14): in tutta la giurisprudenza qui considerata, è l'unico caso in cui vengano esplicitate le fonti della ricostruzione storica accolta dalla Corte.

Ma le opinioni dissenzienti colpiscono al cuore il ragionamento della Corte, contestando le carenze della ricostruzione del contesto storico e lo scarso rilievo che gli è stato conferito: secondo i giudici Mijović e Hajiyev, la Corte «ha sbagliato nella sua analisi del contesto storico e delle circostanze che imposero l'adozione della Costituzione della Bosnia-Erzegovina»; secondo il giudice Bonello «la Corte getta la storia fuori dalla porta» e così «divide la Bosnia-Erzegovina dalla realtà del proprio recente passato»:

Con il dovuto rispetto per la Corte, la sentenza mi sembra un esercizio di stile completamente sganciato dalla realtà, che non tiene in considerazione i fiumi di sangue che hanno fertilizzato la Costituzione di Dayton. La Corte ha preferito attaccarsi alle proprie rassicuranti negazioni piuttosto che aprire la porta sulla dura realtà che rimane al di fuori. Forse ciò spiega perché, nella narrazione dei fatti, la sentenza rifiuta di riferirsi anche solo superficialmente alle tragedie che hanno preceduto Dayton e che sono terminate esclusivamente grazie a Dayton. *La Corte, deliberatamente o meno, ha estromesso dalla propria versione non la superficie, ma il centro della storia balcanica* (corsivi miei).

E con riferimento alla questione – centrale nella decisione della Corte – se debba ritenersi davvero superato il momento critico post-bellico, che aveva giustificato l'adozione delle misure contestate – Mijović e Hajiyev si oppongono alla analisi della maggioranza, mentre Bonello critica non soltanto l'analisi, ma la stessa legittimazione della Corte a giudicare la transizione storica:

Io contesto il ragionamento con cui la Corte ha ritenuto che la situazione in Bosnia-Erzegovina sia ormai cambiata e che il delicato equilibrio tripartito non sia più necessario. Può essere così, ed io spero che lo sia. *Secondo me, tuttavia, un'istituzione giudiziaria tanto lontana dal cuore del dissenso non può esserne il miglior giudice. Di fronte ad eventi rivoluzionari traumatici, non è compito della Corte stabilire, attraverso un processo di divinazione, quando il periodo di transizione sia rientrato, o quando uno stato di emergenza nazionale sia passato e la situazione sia tornata nella norma. Io dubito che la Corte sia posizionata meglio delle autorità nazionali per stabilire quando le fratture esistenti si siano rimarginate, i risentimenti storici placati e i dissensi tra generazioni armonizzati* (corsivi miei).

²⁰ «45. [...] La Corte nota che questa regola di esclusione perseguiva uno scopo essenziale tra gli obiettivi generali della Convenzione, come espressi nel preambolo, ovvero il ristabilimento della pace. Quando le norme costituzionali impugnate furono poste in essere era in corso un fragile cessate il fuoco. Quelle norme si proponevano di concludere un brutale conflitto caratterizzato da genocidi e "pulizie etniche". La natura del conflitto era tale che la soluzione dei "popoli costituenti" (segnatamente, bosniaci, croati e serbi) era necessaria per assicurare la pace. Ciò spiega, senza per questo giustificarla, l'assenza delle rappresentanze delle alter comunità (quali i rom locali e la comunità ebraica) ai negoziati di pace e la preoccupazione dei partecipanti a garantire un'effettiva eguaglianza tra i popoli costituenti nella società del post-conflitto».

5. *Segue: c) la fuga dal passato comunista*

Nonostante il rilievo di queste ultime pronunce, i casi in cui la Corte supera le specificità storiche sono ancora minoritari rispetto alla tendenza alla salvaguardia di un ampio margine d'apprezzamento statale in materia elettorale. Lo vediamo con maggiore nettezza nella giurisprudenza relativa ai processi di transizione politica nei Paesi appartenenti al vecchio blocco comunista, dove il ricorso all'argomento storico diviene centrale e controverso, al punto che la Corte è costretta ad esporre una vera e propria "dottrina" circa l'uso della storia nella propria giurisprudenza.

In *Rekveniy c. Ungheria* (1999) si dibatte della conformità alla Convenzione della norma costituzionale, introdotta nel 1994, che impedisce la partecipazione alla vita politica agli agenti di polizia, in ragione della compromissione del corpo di polizia con il passato regime comunista. Secondo la Corte, la «storia particolare di alcuni degli Stati contraenti» può giustificare simili restrizioni delle libertà politiche, per il consolidamento e la salvaguardia della democrazia (§ 46). Nella ricostruzione della Corte, la storia dell'Ungheria comunista attesta la stretta aderenza del corpo di polizia con il regime:

La Corte osserva che tra il 1949 ed il 1989 l'Ungheria è stata governata da un solo partito politico. L'adesione al partito, in molte cerchie sociali, era pretesa come manifestazione di dedizione al regime. Questa aspettativa era ancora più marcata nell'ambito delle forze armate e della polizia, in cui l'appartenenza al partito della stragrande maggioranza del personale garantiva che il volere del partito al potere fosse immediatamente applicato. È questo il vizio che le norme sulla neutralità politica della polizia sono chiamate a prevenire (§ 47).

Da questa analisi storica la Corte trae la decisione del caso:

Avuto riguardo al margine di apprezzamento lasciato alle autorità nazionali in questa area, la Corte trova che, *specialmente per fronteggiare questo retroterra storico* [historical background], le rilevanti misure assunte in Ungheria al fine di impedire alle forze di polizia di esercitare una diretta influenza sui partiti politici possono essere viste come rispondenti ad un "bisogno sociale imperativo" in una società democratica (§ 48, corsivi miei).

In *Ždanoka c. Lettonia* (2006), la Grande Camera ritiene conforme alla Convenzione la legge lettone che esclude dall'elettorato passivo persone che avevano fatto parte del Partito comunista prima del 1991: una restrizione che deve essere inquadrata – afferma la Corte – nel «contesto storico-politico specifico», da cui deriva un ampio margine d'apprezzamento statale (§ 121):

Benché tali misure difficilmente potrebbero essere considerate accettabili in certi sistemi politici, per esempio in un paese che vanti uno stabile assetto di istituzioni democratiche con decenni o secoli di storia, vanno tuttavia considerate accettabili in Lettonia, *in ragione del contesto storico-politico che ha portato alla loro adozione e in considerazione della sfida al nuovo ordine democratico posta dal riemergere di idee che, se lasciate libere di guadagnare terreno, potrebbero essere in grado di restaurare il precedente regime* (§ 133, corsivi miei).

Nel caso di specie, tuttavia, è proprio l'interpretazione del contesto storico ad essere sottoposto a disputa: la ricorrente infatti chiama la Corte a sindacare la stessa interpretazione fornita dalle autorità nazionali dei fatti della primavera del 1991, caratterizzati dal tentativo sovietico di repressione

dell'indipendenza lituana, e delle responsabilità del partito comunista lituano in quelle vicende²¹. Il contesto non è più, come in *Rekveniy*, il rassicurante elemento oggettivo, sottratto a contestazioni, che offre alla giurisprudenza un solido appiglio retorico per la risoluzione di una controversia. Esso diviene, al contrario, il terreno della disputa. Di qui, la necessità di esplicitare una prima, rapidissima, dottrina sul proprio uso della storia:

La Corte si asterrà, per quanto possibile, dal pronunciarsi su questioni relative a puri fatti storici, che non rientrano nella sua giurisdizione; ma può accettare talune verità acclamate [*well-known historical truths*] e basare su queste le proprie argomentazioni (§ 96).

Avallando l'interpretazione dei fatti storici forniti dalle autorità giurisdizionali nazionali, e giustificando le misure restrittive statali, la Grande Camera si discosta dalla pronuncia della Sezione (*Ždanoka c. Lettonia*, 2004), in cui la restrizione all'elettorato passivo era stata ritenuta giustificata nei primissimi anni successivi all'indipendenza lettone ma sproporzionata una volta trascorsi molti anni. Ritorna prepotentemente – come si vede – il problema della “durata” della transizione, posto dalla *dissenting opinion* dei giudici Mijović e Hajiyeve nel caso *Sejdić*.

Appena due anni dopo, la sentenza *Adamson c. Lettonia* (2008) torna sul punto, circoscrivendo il valore di *Ždanoka*. In *Adamson*, l'analisi del contesto storico è molto approfondita ed assume massimo rilievo, ma non comporta la giustificazione di una misura di restrizione generale dell'elettorato passivo nei confronti degli agenti del Kgb durante il regime sovietico²². Ed infatti, benché il Kgb venga considerato come «l'organo principale di sicurezza pubblica dell'ex Unione sovietica», (§ 120), la Corte considera che

in uno Stato totalitario che, per definizione, tende a coprire e controllare tutti gli ambiti della vita, è molto difficile, se non impossibile, sottrarsi alla presa del regime. Perciò, tutti coloro che non abbiano scelto la via della resistenza – e si tratta, come è ovvio, della maggioranza assoluta della popolazione – sono portati, in un modo o nell'altro, a partecipare alla vita pubblica controllata dalle autorità in carica (§ 122).

Per questa ragione, la restrizione dei diritti politici degli agenti del KGB, prevista dalle legge lettone, risulta «definita in maniera troppo generica» (§ 125), e può trovare applicazione solo con riferimento a persone delle quali sia provato, caso per caso, un ruolo attivo di minaccia per l'ordinamento democratico. Il contesto storico, qui, è ricondotto alla sua ambivalenza e problematicità: non condanna e non assolve, ma invita all'apprezzamento del caso concreto.

Un ulteriore tassello verso il ridimensionamento del peso della storia rispetto alle transizioni democratiche nei Paesi ex comunisti si ha nel caso *Linkov c. Repubblica ceca* (2006). La sentenza nasce

²¹ Le parti divergono su chi sia il responsabile delle morti avvenute a Vilnius tra il 12 e il 13 gennaio 1991. Secondo il Governo ricorrente, il Partito comunista è il diretto responsabile di quelle morti, avvenute in un momento in cui esso aveva pieno ed effettivo controllo delle truppe sovietiche. La ricorrente contesta la versione del Governo, affermando che l'aggressione delle armate sovietiche contro il governo ed il popolo lituano non è un fatto accertato; in questo senso, presenta una copia di un articolo di un quotidiano russo in cui si afferma che sono stati gli stessi indipendentisti lituani a fare fuoco sulla folla nel tentativo di screditare l'esercito sovietico» (§ 21).

²² Il caso: il ricorrente è un ex ufficiale della marina militare sovietica – soggetta alla dipendenza del Kgb – che, al momento dell'indipendenza della Lettonia, entra nei ranghi della marina militare lettone, appena istituita, divenendone rapidamente figura di primo piano. Quindi, egli intraprende una carriera politica, ricoprendo anche la carica di Ministro dell'Interno. Eletto al Parlamento a partire dal 1995, acquisisce un ruolo di vertice nel partito social-democratico, all'opposizione, presiedendo anche una commissione d'inchiesta su presunti casi di pedofilia coinvolgenti uomini di governo. È in questo momento che si conclude un lungo procedimento giudiziario che attesta come, durante il proprio servizio nell'esercito sovietico, Adamson dovesse essere considerato agente del Kgb. Egli viene pertanto escluso dalle liste elettorali a partire dalle elezioni del 2002. Inoltre, ormai privo della copertura dell'immunità parlamentare, viene sottoposto ad un procedimento penale per reati di diffamazione compiuti nella qualità di presidente della commissione parlamentare di inchiesta sui crimini di pedofilia.

dal ricorso di un dirigente di un partito politico di ispirazione liberale cui è stata vietata la registrazione in ragione degli scopi perseguiti, di rifiuto ideale del comunismo e di rigetto della continuità dello Stato rispetto al periodo comunista. Lo statuto del partito metteva in discussione, in particolare, i contenuti della legislazione ceca adottata all'indomani della transizione democratica, volta a salvaguardare la continuità dello Stato con il periodo comunista²³, e proponeva misure penali retroattive, con lo scopo di sanzionare condotte poste in essere dai responsabili del precedente regime altrimenti coperte da impunità.

Come è evidente, al fondo della questione si pone il problema della protezione da garantire all'assetto compromissorio con il passato regime comunista raggiunto al momento della fondazione del nuovo ordinamento democratico. Accogliendo il ricorso del partito, la Corte esclude che un assetto di pacificazione basato sul principio di irretroattività della legge penale rispetto ai crimini comunisti possa assurgere a bene da proteggere e sottrarre all'esercizio delle libertà comunicative.

Pur riconoscendo in due passaggi che la propria decisione non può non «tenere conto del contesto storico e politico della questione» (§§ 37 e 42), la Corte esclude di doversi pronunciare sui «fatti avvenuti nel territorio della Cecoslovacchia tra il 1948 ed il 1989» (§ 42). Ma rammenta, anche attraverso l'ausilio dei lavori preparatori della Convenzione, che le eccezioni ammissibili al principio di retroattività della legge penale rispondono, tra l'altro, all'esigenza di impedire aree di immunità penale rispetto ai crimini contro l'umanità, ritenendo dunque legittimo un progetto volto a ridiscutere le colpe del passato.

Così facendo, la sentenza *Linkov* si pone in continuità con il precedente rappresentato dal caso *Streletz, Kessler and Krenz c. Germania* (2001), relativo alla legittimità delle condanne inflitte dalle Corti tedesche dopo la riunificazione nei confronti dei dirigenti del partito socialista della disciolta Repubblica democratica tedesca. Accusati di aver incitato i militari – con atti normativi, ordini, encomi, premi e promozioni – all'assassinio di chi tentava la fuga dal Paese e l'attraversamento dei campi minati realizzati a ridosso del muro di Berlino, i ricorrenti pretendevano l'applicazione della legge vigente al momento dei fatti, e dunque anche delle norme sulla sicurezza nazionale, con valore scriminante rispetto alle loro condotte. La Corte risolveva la drammatica vicenda riconoscendo il diritto «per uno Stato retto dal principio dello stato di diritto di condurre procedimenti penali contro persone accusate di crimini commessi sotto un precedente regime» (§ 81). Secondo la Corte,

questi Stati, avendo preso il posto di quelli che esistevano in precedenza, non possono essere criticati perché applicano e interpretano le previsioni legislative vigenti all'epoca dei fatti alla luce dei principi dello stato di diritto (§ 81),

così convalidando l'interpretazione dei principi di diritto applicabili al caso di specie operata dalle Corti nazionali, orientata dalla prevalenza del rispetto della vita umana, se non dello stesso diritto naturale, sulle esigenze di sicurezza dello Stato e, comunque, sulla obbedienza al diritto vigente²⁴.

Nelle sentenze *Ádamson* e *Linkov*, dunque, è evidente lo stacco rispetto agli argomenti usati nelle sentenze *Rekvényi* e *Ždanoka*, in cui il contesto di transizione giustificava restrizioni statali dei diritti: la legislazione adottata all'indomani delle transizioni, frutto di delicati equilibri legittimanti, cessa di essere

²³ Nello stesso senso anche la legge sulla irretroattività penale adottata durante la transizione ungherese (su cui: J. Elster, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, (2004), il Mulino, Bologna, 2008, pp. 10-1). Un approccio del tutto originale è quello della legislazione sulla riconciliazione nella transizione sudafricana (su cui A. Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 161 e ss., spec. pp. 201-5; R. Uitz, *Constitutions, Courts and History*, cit., pp. 204 e ss.). Per un inquadramento generale del problema, oltre al volume di J. Elster già citato, cfr. anche R.G. Teitel, *Transitional Justice Genealogy*, in *Harv. Hum. Rights Jour.*, 16 (2003), spec. pp. 78 e ss.

²⁴ Il problema del diritto applicabile nei casi di giustizia di transizione (che non riguarda soltanto l'alternativa tra punizione e amnistia dei crimini commessi dagli esponenti dei regimi cessati, ma anche l'alternativa tra condanna e giustificazione delle condotte illecite di resistenza avverso gli stessi) è discusso nel fondamentale lavoro di G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, che ricostruisce, tra l'altro, le vicende processuali dei reati di omicidio dei fuggitivi della Germania orientale (*ivi*, pp. 68 e ss., spec. pp. 85 e ss.).

oggetto di protezione assoluta, e le ragioni della storia perdono la loro potenza argomentativa: nella strategia della Corte, i granelli di sabbia che scendono dalla clessidra della storia non si disperdono nel vuoto, ma cadono sul piatto della bilancia su cui risiedono i diritti di libertà, spostando i precari equilibri raggiunti nel corso delle transizioni nazionali verso il saldo ancoraggio ad un sistema compiuto di garanzie²⁵.

6. Segue: d) principio di laicità e tradizioni storiche

Un ulteriore ambito in cui l'argomentazione storica assume vasto rilievo è quello delle controversie tra libertà religiosa, libertà di coscienza e principio di laicità. Qui, l'approfondimento dell'inquadramento storico muove da una duplice esigenza argomentativa: da un lato, contestualizzare la controversia in una cultura specifica, in ragione delle peculiarità di ogni esperienza nazionale nell'articolazione del rapporto tra religione e sfera pubblica; dall'altro, e più strategicamente, l'enfasi sullo specifico contesto storico apre la via al riconoscimento di un ampio margine d'apprezzamento statale; ad operazioni, dunque, di giustificazione di misure restrittive delle libertà fondamentali²⁶.

In *Dogru c. Francia* (2008), la premessa della motivazione della sentenza è nella concezione francese del principio di laicità, fondamento della repubblica, radicato nella *Declaration* del 1789:

In Francia, l'esercizio della libertà religiosa in una dimensione pubblica, e più in particolare la questione dei simboli religiosi nelle scuole, è direttamente connessa con il principio di laicità, su cui la Repubblica francese è fondata.

Risalente ad un'antica tradizione francese, il concetto di laicità affonda le proprie origini nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789*, il cui articolo 10 prevede che "nessuno deve essere molestato per le sue opinioni, anche religiose, purché la loro manifestazione non turbi l'ordine pubblico stabilito dalla legge" [...]. Ma la vera chiave di volta della laicità francese è l'Atto del 9 dicembre 1905, conosciuto come Legge sulla separazione tra Stato e Chiesa, che segnò la fine di un lungo conflitto tra i repubblicani, nati con la Rivoluzione francese, e la Chiesa cattolica (§ 17-18, corsivi miei).

La medesima funzione, di sostegno e conferma del legame inscindibile tra principio di laicità e tradizione storica nazionale, si rinviene nelle pronunce relative al divieto di esposizione di simboli religiosi in Turchia: nella più nota, il caso *Leyla Şahin c. Turchia* (2005), la Grande Camera ricostruisce il ruolo del principio del secolarismo alle origini dell'edificazione dello stato nazionale turco per arrivare a sostenere che

²⁵ In questo senso anche M. Rubechi, *I diritti politici nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in L. Mezzetti – A. Morrone (a cura di), *Lo strumento costituzionale*, cit., pp. 441-2.

Sull'importanza del «passare del tempo» per la giurisprudenza della Corte di Strasburgo cfr. – in un diverso ambito – la sentenza *Édition Plon c. Francia* (2004), § 53. Più in generale, sull'influenza della «evoluzione della scienza e della società» sull'adeguamento interpretativo della Convenzione, M. Delmas Marty, *Fecondità delle logiche giuridiche sottese ai metodi interpretativi della Corte europea*, in Id. (a cura di), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, cit., p. 353.

²⁶ In questo senso, è d'obbligo il richiamo alla sentenza *Otto Preminger Institute c. Austria* (1994). Ma si veda un deciso ripensamento – sempre riferito al contesto austriaco – nella sentenza *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria* (2007), in cui la Corte ha ritenuto lesiva della libertà di espressione in campo artistico la censura di un quadro che raffigurava personaggi pubblici e alte autorità religiose coinvolti in riti orgiastici (è vero però che alla libertà artistica non si opponeva, qui, la morale pubblica, ma la reputazione di uno dei soggetti coinvolti).

I diversi effetti della "contestualizzazione culturale" nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sono discussi da F. Hoffmann – J. Ringelheim, *Par delà l'universalisme et le relativisme: la Court européenne des droits de l'homme et le dilemme de la diversité culturelle*, in *Rev. interdisc. d'études jur.*, 52, 2004, spec.pp. 119 e ss. (che distinguono tre tipi di influenza: sull'ampliamento del margine d'apprezzamento statale, sulle ponderazioni tra interessi e sull'interpretazione delle nozioni aperte della Convenzione).

nel contesto turco il secolarismo rappresenta il garante dei valori democratici, in una narrazione che acquisisce a tratti toni enfatici e ideologici, dal chiaro valore retorico rispetto a finalità di tipo persuasivo:

La Repubblica turca è stata fondata sul principio di laicità dello Stato. A cavallo della proclamazione della Repubblica del 29 ottobre 1923, sfera pubblica e sfera religiosa sono state separate attraverso una serie di misure rivoluzionarie: l'abolizione del califfato del 3 marzo 1923; l'abrogazione della norma costituzionale che dichiarava l'Islam religione di stato del 10 aprile 1928; ed infine, il 5 febbraio 1937, la revisione costituzionale che conferisce forza costituzionale al principio di laicità (cfr. l'articolo 2 della Costituzione del 1924 e l'articolo 2 delle Costituzioni del 1961 e del 1982).

Il principio di laicità è stato ispirato dallo sviluppo della società ottomana nel periodo compreso tra il diciannovesimo secolo e la proclamazione della Repubblica. L'idea di creare una società pubblica moderna in cui l'uguaglianza fosse garantita a tutti i cittadini senza distinzioni basate sulla religione, sui titoli, sul sesso, era stata già promossa nell'opinione pubblica ottomana durante il diciannovesimo secolo. Importanti progressi per i diritti delle donne erano avvenuti in questo periodo (l'uguaglianza di trattamento nell'educazione, l'introduzione del divieto di poligamia nel 1914, il trasferimento della giurisdizione sulle controversie matrimoniali alle corti civili, avvenuto nel diciannovesimo secolo).

L'aspetto caratterizzante dell'ideale repubblicano è stato la presenza delle donne nella vita pubblica e la loro attiva partecipazione alla società. Conseguentemente, le idee che le donne dovessero essere liberate da vincoli religiosi e che la società dovesse essere modernizzata hanno una comune origine (§ 30, corsivi miei).

In questi casi, dunque, la tradizione laica nazionale giustifica restrizioni dei diritti di libertà religiosa. Ma la tradizione nazionale è apprezzata e protetta anche quando fonda posizioni preferenziali di determinate religioni nella sfera pubblica, con sacrificio della libertà di coscienza e del principio di non discriminazione. Per esempio, in *Folgerø and Others c. Norvegia* (2007) la Corte, pur accogliendo il ricorso di alcuni genitori che si lamentavano dell'obbligatorietà dell'insegnamento della religione luterana nelle scuole, non rinuncia a formulare un principio generale secondo cui

in ragione del posto occupato dal Cristianesimo nella storia nazionale e nella tradizione dello Stato contraente, deve ritenersi che [l'insegnamento della religione] ricada nel margine di apprezzamento dello Stato contraente nella formulazione del curriculum scolastico (§ 89)²⁷.

Quindi, nella notissima *Lautsi c. Italia* (2011) la Grande Camera, muovendo dal presupposto che l'Europa «è segnata da una grande diversità tra gli Stati di cui si compone, in particolare nella sfera dello sviluppo storico e culturale», afferma che «la decisione se perpetuare o meno una tradizione ricade in principio nel margine di apprezzamento statale»²⁸.

In realtà, anche qui, come già nella caso *Folgerø*, la ricostruzione del contesto storico è asfittica e puramente formalistica, ossificata ad un elenco delle norme succedutesi nel tempo e in buona sostanza ricalcata dalla versione fornita dal Governo coinvolto: mentre nelle sentenze precedentemente citate, in cui si trattava di fondare una tradizione di laicità nazionale, la Corte si impegnava in una persuasiva ricostruzione storica, quando deve giustificare la persistenza di posizioni preferenziali di singole confessioni religiose essa si limita a richiamare le tradizioni storiche nazionali, evitando di legittimarle come tradizioni condivise, ma anzi, confinandole nella storia particolare dello Stato contraente, in un contesto dominato dall'eterogeneità.

²⁷ Per una critica a questo passaggio della sentenza, A. Vespaziani, *Libertà di insegnamento della religione e margine di apprezzamento: liberalismo politico o teocrazia costituzionale?*, Relazione presentata al Convegno "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti" (Università di Perugia, 17 novembre 2011).

²⁸ *Lautsi c. Italia* (2011) § 68.

Un'ambivalenza nel ricorso all'argomento storico che permette di distinguere i diversi usi delle tradizioni storiche nei casi attinenti al problema della laicità: talora è la Corte che contribuisce a fondare tradizioni coerenti con valori costitutivi della Convenzione; talora, invece, le tradizioni storiche nazionali sono ostacoli il cui radicamento impedisce la diffusione dei diritti fondamentali e impone la consapevolezza di esigenze contestuali. Nel caso *F. c. Svizzera* (1987), per esempio, si discuteva di una norma del codice civile che autorizzava ad un'interdizione a contrarre matrimonio per un periodo di tre anni a carico di una moglie adultera divorziata. Nonostante il vasto consenso europeo, la Corte rifiuta il ricorso ad un'omogeneizzazione del trattamento dell'adulterio, poiché la materia del matrimonio è «strettamente legata alle tradizioni culturali e storiche di ciascuna società» (§ 33), pur concludendo per la violazione del diritto, in ragione della gravità della lesione.

7. Segue: e) l'uso dell'argomento storico, interrogativi aperti

In tutti questi filoni giurisprudenziali, dunque, la riflessione sul contesto culturale nazionale si spinge fino alla considerazione della storia nazionale, per inquadrare nei processi storici le ragioni di determinate leggi o misure statali così come le ragioni di esigenze, rivendicazioni, comportamenti dei singoli e dei gruppi. Talora la storia si presenta nelle vesti di una tradizione risalente, che merita di essere compresa e rispettata; talora invece assume la dimensione di una storia politica recente, di un processo di transizione non ancora del tutto consolidato, che contestualizza e giustifica ambiguità, ritardi e contraddizioni della legislazione vigente²⁹. Lungi dal rappresentare una mera cornice culturale cui fare ricorso per "abbellire" la sentenza o renderla più persuasiva, l'argomento storico finisce spesso per determinare il senso della decisione del caso concreto, e, nella maggior parte dei casi, giustifica e legittima misure statali restrittive dei diritti fondamentali, individuando attraverso la ricostruzione storica ragioni "contestuali" prevalenti sull'affermazione oggettiva di principi dalla vocazione universale.

In questo senso, il ricorso all'argomento storico presenta similitudini con un certo uso dell'argomento comparativo, quando dalla multiformità delle soluzioni giuridiche e dei contesti sociali nei singoli Stati aderenti si vuole ricavare l'impossibilità di soluzioni medie consensuali e la conseguente espansione dei margini d'apprezzamento³⁰.

Peraltro, dalla casistica dei diversi possibili "usi" della storia da parte della giurisprudenza di Strasburgo discendono interrogativi ulteriori: quando la Corte sintetizza in poche righe di motivazione un'esperienza storica complessa, sovente controversa, per ricavarne una riflessione con pretese di oggettività sui caratteri fondamentali di un ordinamento, che tipo di ricerca storica ha compiuto, quanto approfondita? Che fonti ha prediletto nella ricostruzione della storia nazionale, e che spazio ha conferito alle altre storie, le storie dei vinti, le storie alternative? Con riferimento a casi che coinvolgono le transizioni nelle democrazie "recenti" o "fragili", in particolare, non si corre il rischio di oggettivizzare, dietro l'etichetta della tradizione storica, questioni controverse, ancora aperte, circa l'interpretazione del passato e della memoria collettiva? E di sottrarre, dunque, al dibattito pubblico e alla ricerca storica premesse ideologiche non del tutto condivise nella memoria? I giudici di Strasburgo non finiscono così per selezionare valutativamente "una" tradizione rispetto ad "altre", contribuendo al consolidamento di una memoria storica non

²⁹ F. Bouchon, *L'influence de cadre historique*, cit., pp. 155-6.

³⁰ G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 115 e ss. In stretta sintonia con le funzioni dell'argomento storico, l'argomento comparativo fonda «istanze di riconoscimento equitativo delle situazioni giuridiche protette» (ivi, p. 117) e determina «il passaggio da uno spazio normativo, tendenzialmente uniforme ... ad uno spazio eterogeneo, culturalmente pluralista (ivi, p. 121, corsivi nel testo). Tuttavia, in un approccio meramente relativistico e minimalista, «l'analisi comparata perde le sue capacità trasformative per limitarsi ancora una volta a prendere atto di una diversità inconciliabile e paralizzante» (ivi, p. 178).

Cfr. pure F. Hoffmann – J. Ringelheim, *Par delà l'universalisme et le relativisme*, cit., pp. 122-3: «La diversité culturelle constitue dès lors ... une cause d'incertitude, qui la contrainte à faire preuve de une plus grand déférence».

necessariamente affermata e condivisa, condizionando il futuro, prima ancora che il passato, di una Nazione³¹?

Ma soprattutto: quale idea d'Europa discende dal ricorso argomentativo alle tradizioni ed alle storie nazionali? Non può non risaltare, infatti, come le tradizioni storiche – che nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione, prima, e nella scrittura dei Trattati, poi, hanno svolto un fondamentale ruolo di integrazione, dischiudendo processi di autocomprensione orientati da un'idea d'Europa e diretti verso la costruzione di un patrimonio comune di valori³² – nella prospettiva della Corte di Strasburgo fondano identità culturalmente definite e solcano fratture della civiltà europea, spazi di incomunicabilità in cui si radicano e fermentano i margini d'apprezzamento degli Stati³³. Una brusca inversione di significati e funzioni rispetto al progetto prefigurato dal preambolo della Convenzione, di un ordine pubblico europeo fondato su di un «patrimonio comune di tradizioni e ideali».

8. Negare la verità storica: un abuso di diritto

Si tratta di interrogativi che riemergono se ci si appresta ad un'analisi della giurisprudenza della Corte europea sui casi di negazionismo storico. Emerge, da qui, una vera e propria concezione della storia propria dei giudici di Strasburgo, che per molti versi esplicita opzioni rimaste sullo sfondo nell'uso della argomentazione storica.

Posta di fronte alla valutazione di compatibilità con la Convenzione di misure statali di tipo penalistico volte a reprimere la formulazione di opinioni riconducibili al negazionismo dell'Olocausto³⁴, la Corte ha evitato di trattare questi temi secondo la prospettiva dell'art. 10 della Convenzione, spostando la controversia sul terreno del divieto di abuso di diritto³⁵. Un canone, quest'ultimo, recessivo nella giurisprudenza europea³⁶, che tuttavia riemerge come tecnica eccezionale nel trattamento di questi casi, allo scopo di sottrarre la Corte da operazioni di bilanciamento della libertà di espressione, ed escludere qualsiasi esigenza di contestualizzazione delle opinioni negazioniste in un dibattito pubblico, misurando le opinioni negazioniste rispetto al canone oggettivo di fatti storici definitivamente acclarati e non più oggetto di indagine storica.

Se già in *X c. Repubblica federale tedesca* (1982) la Commissione aveva ritenuto il negazionismo dell'Olocausto contrastante con fatti storici notori, stabiliti con certezza da prove schiaccianti di ogni tipo, in *Marais c. Francia* (1996), la negazione di fatti storici definitivamente acclarati non è più soltanto idonea a

³¹ Sulla creatività e la valutatività delle «tradizioni» storiche è necessario il riferimento a E.J. Hobsbawm, *Come si inventa una tradizione*, in E.J. Hobsbawm – T. Ranger, *L'invenzione della tradizione*, (1983), Einaudi, Torino, 1987, pp. 3-17. Ma si vedano anche E.J. Hobsbawm, *Nazioni e nazionalismo*, (1989), Einaudi, Torino, 1991 (dove descrive i processi di creazione delle tradizioni nazionali), T. Todorov, *Gli abusi della memoria*, (1995), Ipermedium, Napoli, 2001, (che svela la selettività dei processi di costruzione delle memorie collettive e delle tradizioni storiche, come anche la valenza strategica e l'uso della memoria e della rimozione della storia), nonché il recente E. Traverso, *L'Histoire comme champ de bataille*, La Découverte, Paris, 2011, spec. pp. 251 e ss.

³² Così P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 52 e ss., 171-5, 233-40.

³³ È vero però, a parziale correzione di questo giudizio, che altrove la Corte ha affermato come «la diversità e la dinamica delle tradizioni culturali, delle identità etniche culturali, delle convinzioni religiose e delle idee e dei concetti artistici, letterari e socio-economici» fonda il principio del pluralismo (*Gorzelik ed altri c. Polonia* (2004), § 56). Sul punto, essenziale il rinvio a F. Hoffmann – J. Ringelheim, *Par delà l'universalisme et le relativisme*, cit., p. 135.

³⁴ Su cui M. Manetti, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. Ainis (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 41 e ss.; A. Di Giovine, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/06, pp. XIII e ss., nonché, più di recente, O. Pollicino, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Dir. umani e dir. int.*, 5 (2011), pp. 85 e ss.

³⁵ L'operazione argomentativa è ben descritta da E. Stradella, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 126 e ss., nonché da F. Losurdo, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 107-21. Una casistica assai dettagliata in M. Castellaneta, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. umani e dir. int.*, 5 (2011), p. 76, nt. 40-2.

³⁶ C. Pinelli, *Art. 17*, in S. Bartole – Conforti – Raimondi (a cura di), *Commentario*, cit., pp. 455 e ss.

determinare la lesione di diritti altrui, ma «contrasta con i valori basilari della Convenzione, come stabiliti nel Preambolo, segnatamente pace e giustizia ... e può contribuire alla distruzione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione».

Quindi, ancora più esplicitamente, in *Lehideux et Isorni c. Francia* (1998) viene affermato che

la giustificazione di una politica filo-nazista non può trovare protezione nell'art. 10 [...]. Esiste una categoria di fatti storici chiaramente accertati – come l'Olocausto – la cui negazione o revisione si vedrà sottratta dall'art. 17 alla protezione dell'art. 10 (§§ 53 e 47).

In *Garaudy c. Francia* (2003), la Corte rende un giudizio di piena compatibilità con la Convenzione della *Loi Gayssot-Fabius*, che prevede il reato di negazionismo dell'Olocausto, integrandolo attraverso la condotta di contestazione del giudicato del Tribunale di Norimberga, che viene così elevato a canone oggettivo di verità storica³⁷:

Non vi è alcun dubbio che contestare la realtà di fatti storici chiaramente accertati, come l'Olocausto, come ha fatto il ricorrente nella sua opera, non costituisce in alcun modo un lavoro di indagine storica che si approssimi alla ricerca della verità.

Come si vede, in questo filone giurisprudenziale l'argomentazione della Corte muove da una concezione dell'indagine storica estremamente rudimentale: declinando le categorie della certezza e della falsità rispetto agli enunciati mediante i quali essa esprime i propri risultati, sembra ignorare i presupposti stessi della ricerca storica³⁸. È conquista metodologica oramai risalente – nella ricerca storiografica – che la verità storica altro non è che il frutto di una continua rimessa in discussione di verità date per acquisite. Quand'anche volesse infatti ritenersi definitivamente acclarato il contenuto materiale di un evento oggetto di indagine storica, ciò nondimeno il solo mutare della prospettiva dell'osservatore, delle sue inclinazioni personali, delle domande che egli pone al materiale documentale, del contesto culturale in cui egli opera, non possono che comportare una differente «conoscenza storica»³⁹. La verità storica cui la Corte di Strasburgo si appella è, in altre parole, soggettiva e relativa tanto quanto lo sono le idee degli uomini ed i contesti culturali dai quali essi muovono la loro indagine.

Quando non si versa in ipotesi di negazionismo dell'Olocausto del popolo ebraico, la Corte abbandona il canone del divieto di abuso di diritto e riespande l'area di applicazione dell'art. 10 della Convenzione: così, essa ha modo di apprezzare l'irriducibile relatività della ricerca storica, riconoscendo il valore del dibattito storico e ricollegandone le garanzie di apertura e le esigenze di revisione alle medesime tutele che

³⁷ P. Wachsmann, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Ragion Pratica*, 12/1999, pp. 57-58, nota la specificità della formulazione della norma francese rispetto alla legislazione di altri Paesi europei che condannano, più in generale, la contestazione di crimini contro l'umanità. Sulla sentenza *Garaudy*, più diffusamente, il mio A. Buratti, *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo: verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei «miti fondatori» del regime democratico*, in *Giur. it.*, 12/2005, pp. 2243-2247.

³⁸ H.I. Marrou, *La conoscenza storica*, (1954), il Mulino, Bologna, 1962.

³⁹ M. Bloch, *Apologia della storia*, Einaudi, Torino, 1950, pp. 40, 52 («Il passato è, per definizione, un dato non modificabile. Ma la conoscenza del passato è una cosa *in fieri*, che si trasforma e si perfeziona incessantemente», *ivi*, p. 60); P. Ricoeur, *Histoire et vérité*, Seuil, Paris, 1955, 3ª ed., pp. 23 e ss.; H.I. Marrou, *La conoscenza storica*, cit., p. 54: «La storia è il risultato dell'attività creatrice dello storico che – soggetto conoscente – stabilisce un rapporto tra il passato evocato e il presente che è suo». Secondo queste prospettive metodologiche vanno intese, a mio avviso, le note parole di B. Croce, *Teoria e storia della storiografia*, cit., p. 14, secondo cui «ogni vera storia è storia contemporanea». Il Croce infatti sosteneva che «tutto è certamente da riformare nella storia, e la storia, in ogni istante, si travaglia nel perfezionamento ossia nel proprio arricchimento e approfondimento, e non c'è storia che pienamente ci contenti, perché ogni nostra costruzione genera nuovi fatti e nuovi problemi, e sollecita nuove soluzioni [...]. La storia riforma sé medesima; e la vigoria del suo svolgimento è appunto in questa sua costanza» (*ivi*, p. 51). Si vedano anche R. Aron, *Lezioni sulla storia*, (1989), il Mulino, Bologna, 1997, pp. 121-122, 190, 193; Id., *Osservazioni sull'oggettività delle scienze sociali*, in Id., *La politica, la guerra, la storia*, il Mulino, Bologna, 1992, pp. 541-542, 560, 572

presidiano la libertà di espressione: nella già citata sentenza *Lehideux* – avente ad oggetto scritti volti alla riabilitazione della figura del Maresciallo Pétain – la Grande Camera riconosce che

gli eventi richiamati nella pubblicazione oggetto della lite sono accaduti più di quaranta anni prima della stessa. Quand'anche le parole dei due ricorrenti fossero di natura tale da rianimare la controversia e rinnovare delle sofferenze nella popolazione, il trascorrere del tempo fa sì che non sia più opportuno, trascorsi quaranta anni, applicare loro la medesima severità di dieci o venti anni prima. Ciò fa parte degli sforzi che ogni paese è chiamato a rendere per dibattere apertamente e serenamente della propria storia (§ 55).

Quindi, richiama l'affermazione, divenuta ormai di robusta tradizione giurisprudenziale, secondo cui

la libertà di espressione vale non solo per le informazioni o idee accolte con favore o considerate inoffensive o indifferenti ma anche per quelle che offendono, indignano o turbano lo Stato o una qualsiasi parte della popolazione. Così vogliono il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura, senza i quali non vi è società democratica (§ 55)⁴⁰.

Non si tratta, a ben vedere, di un ripensamento della propria tecnica di giudizio rispetto al negazionismo: in *Lehideux*, la Corte ritiene di trovarsi di fronte ad una vicenda che non coinvolge questo genere di opinioni, una pagina della storia francese disponibile alla critica storica⁴¹.

Anche in altri casi la giurisprudenza di Strasburgo ha accettato di calare la controversia sul terreno del bilanciamento tra libertà di espressione e limitazioni necessarie in una società democratica, riproducendo anche rispetto ad argomenti di critica storica la tecnica operante per le opinioni razziste e discriminatorie. Il primo caso in cui diviene evidente questa diversa linea argomentativa è *Chauvy and Others c. Francia* (2004), avente ad oggetto una controversia circa la revisione storica di fatti relativi alla resistenza francese durante la seconda guerra mondiale. Si legge:

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 storici e sulle loro interpretazioni (§ 69).

Interessantissima, nella stessa direzione, la più recente *Fatullayev c. Azerbaigian* (2010): il ricorrente è un giornalista azero condannato dalle autorità nazionali per aver messo in discussione, in diversi articoli, la versione storica tradizionalmente accreditata del massacro di Khojaly, perpetrato nel 1992 dagli eserciti armeno e russo contro la popolazione azera, uno degli eventi fondativi della memoria storica nazionale. Rispetto alla versione storica accreditata, egli mette in discussione il numero delle vittime e le responsabilità dell'esercito azero nella vicenda.

Sin dalla premessa della propria argomentazione la Corte intende marcare la differenza tra il caso di specie e i casi relativi al negazionismo dell'Olocausto:

Nel presente giudizio, la discussione delle affermazioni del ricorrente sui fatti di Khojaly è circoscritta ai fini del caso di specie, ed è relativa al sindacato della Corte delle restrizioni statali di un dibattito di

⁴⁰ Si tratta di una giurisprudenza inaugurata con l'*Arrêt Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, § 49, e confermata in numerosi e significativi casi (tra gli altri, l'*Arrêt Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda*, 29 ottobre 1992, § 71 e l'*Arrêt Otto Preminger Institut c. Austria*, 20 settembre 1994, § 49); di recente, nel medesimo senso, vedi l'*Arrêt Du Roy et Malaurie c. Francia*, 3 ottobre 2000, § 27.

⁴¹ Sul punto, estate le osservazioni di C. Caruso, *Ai confini dell'abuso di diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in L. Mezzetti – A. Morrone (a cura di), *Lo strumento costituzionale*, cit., pp. 346-8.

interesse generale, nella misura in cui sia utile a determinare se le corti nazionali dello Stato convenuto abbiano ecceduto il loro margine di apprezzamento interferendo con la libertà di espressione del ricorrente. *Questo giudizio non deve essere inteso come contenente una definizione fattuale o giuridica dei fatti di Khojaly o un arbitrato tra le rivendicazioni storiche relative a quegli eventi* (§ 76, corsivi miei).

Qui, i fatti storici non sono verità definitivamente acclamate, ma materia di dibattito e oggetto di legittime contestazioni. La Corte, dunque, non può risolvere il caso sposando l'una o l'altra versione dei fatti storici, ma deve muoversi all'interno dei criteri che sorreggono l'applicazione dell'art. 10, primo fra tutti il rispetto per il pluralismo:

In ragione del fatto che la Guerra del Nagorno-Karabakh è un evento storico relativamente recente che ha comportato una significativa perdita di vite umane ed ha creato una notevole tensione nella regione e che, nonostante il cessate il fuoco, il conflitto è ancora in corso, la Corte è consapevole della grande delicatezza delle questioni discusse nell'articolo del ricorrente. La Corte è consapevole, soprattutto, che la memoria delle vittime di Khojaly è protetta dalla società azera e che la perdita di centinaia di vite di civili innocenti durante i fatti di Khojaly è una fonte di grande dolore per la Nazione ed è generalmente considerata uno dei momenti più tragici nella storia nazionale.

In queste condizioni, è comprensibile che le affermazioni del ricorrente possono essere state ritenute scioccanti o offensive dal pubblico. Tuttavia, la Corte ripete che, in considerazione del comma 2 dell'articolo 10, *la libertà di espressione è applicabile non solo alle "informazioni" o "idee" che sono accolte con favore o ritenute inoffensive o indifferenti, ma anche a quelle che urtano, scandalizzano o inquietano lo Stato o una parte della popolazione. Questo richiede il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura, senza i quali non esiste "società democratica"* (§ 86, corsivi miei).

La democrazia, che nella prospettiva dell'art. 17 è un bene da proteggere contro il negazionismo storico, nella prospettiva dell'art. 10 è il fondamento della libertà di ricerca storica:

La situazione nel caso di specie non è la stessa che si verifica quando la protezione dell'articolo 10 è rimossa in virtù dell'articolo 17 a causa della negazione o della revisione di fatti storici chiaramente stabiliti come l'Olocausto [...]. Nel caso di specie, le questioni specifiche discusse nel "Diario del Karabakh" sono oggetto di un dibattito in corso. [...] Non sembra che il ricorrente volesse negare il fatto che l'eccidio di massa dei civili di Khojaly abbia avuto luogo o che egli abbia espresso disprezzo per le vittime di questi fatti. Piuttosto, il ricorrente stava supportando una delle opinioni in conflitto nel dibattito concernente l'esistenza di un corridoio di salvataggio per i rifugiati, esprimendo l'ipotesi che qualche soldato azero possa condividere la responsabilità del massacro. Così facendo, tuttavia, egli non intendeva giustificare coloro che sono usualmente considerati colpevoli del massacro, mitigare le rispettive responsabilità o approvare le loro azioni. *La Corte ritiene che le affermazioni che sono all'origine della condanna del ricorrente non costituiscono un'attività contraria all'essenza dei valori sottostanti alla Convenzione e non intendevano distruggere o restringere i diritti e le libertà da questa garantita. Ne segue che, nel caso di specie, la libertà di espressione non può essere rimossa dalla protezione dell'art. 10 in virtù dell'art. 17 della Convenzione* (§ 81, corsivi miei).

Restituito al campo di applicazione dell'art. 10, il discorso storico può essere apprezzato rispetto ai contenuti, allo stato del dibattito pubblico sul punto, alle intenzioni del giornalista, fondando uno scrutinio di proporzionalità. In questo modo, la Corte si riappropria di una capacità di mediazione tra diritti e valori confliggenti, trattando il revisionismo storico come un discorso sì spiacevole – a volte ripugnante, come ogni

lavoro di scavo nella memoria collettiva, come ogni riesumazione di un vissuto con il quale non si è giunti a riconciliarsi –, ma intimamente connesso all'esercizio delle libertà comunicative.

9. Per una conclusione: protezione delle tradizioni storiche o metodo storico critico?

Vi è una profonda ambiguità nel trattamento che la Corte europea riserva alla storia delle nazioni e dei popoli ed alla sua memoria: in tutti i casi esaminati, le vicende storiche irrompono nelle controversie giurisdizionali come fondamenti non unanimemente condivisi e pacificati, come memoria controversa, e la Corte si pone dinanzi a questi conflitti con atteggiamenti ambivalenti.

Nella maggior parte dei casi, l'argomentazione della Corte tende ad assolutizzare una narrazione storica in una tradizione storica, se non in una storia oggettiva, definitivamente stabilita ed acclarata. Che sia la storia degli orrori della seconda guerra mondiale, o la storia del riscatto dagli integralismi religiosi, o la storia della transizione dai regimi comunisti, la Corte protegge determinate narrazioni storiche selezionate quali tradizioni e fondamenti dell'ordine democratico. Nella visione della Corte, la storia è spesso un luogo privato all'esercizio delle libertà pubbliche, in alcuni casi perfino un terreno sacrale, non calpestabile, la cui critica si risolve in abuso. Lungi dal risultare l'esito di un metodo di indagine approfondito ed aperto alla pluralità delle interpretazioni, la narrazione storica il più delle volte è usata strategicamente da una Corte alla ricerca di una legittimazione retorica poggiante su argomenti apparentemente oggettivi e fattuali⁴².

Non può stupire, pertanto, che l'uso dell'argomento storico susciti tante perplessità all'interno stesso della Corte. Scrive il giudice Garlicki, nella sua opinione concorrente alla sentenza *Ádamson*:

Noi siamo degli esperti in diritto e in legalità, ma non in politica ed in storia, e non dobbiamo avventurarci in questi due terreni se non in casi di assoluta necessità.

Personalmente non condivido questa preoccupazione, che si fonda su di una accezione semplicistica dell'interpretazione giuridica⁴³: la Corte di Strasburgo, per le specificità che contraddistinguono la sua giurisdizione, è inevitabilmente chiamata a confrontarsi – più ancora dei giudici costituzionali – con storie e tradizioni nazionali complesse e sovente oggetto di contestazioni; molte delle clausole generali presenti nel testo della Convenzione impongono analisi storiche e contestuali. Eludere questo confronto significherebbe semplicemente opacizzare i nodi di fondo delle decisioni della Corte.

Ma raccontare la storia equivale a scriverla: benché non si possa pretendere che la Corte elabori un metodo storico scientificamente rigoroso, occorre tuttavia prendere coscienza della straordinaria delicatezza di questi passaggi argomentativi, sottoporli ad una critica pubblica serrata ed aperta, all'interno della Corte come nell'opinione pubblica, e procedere verso pratiche argomentative in grado di affinare il metodo di ricerca storica e bilanciare il peso della storia con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali.

⁴² R. Uitz, *Constitutions, Courts and History*, cit., pp. 5 e ss, spec. p. 9.

⁴³ Sul rilievo degli elementi storici, contestuali e culturali nell'interpretazione giuridica la letteratura è sterminata: per il profilo qui considerato si veda anzitutto H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, (1960), Bompiani, Milano, 2001, pp. 312 e ss., spec. 376-81 (su cui, ora, A. Ciervo, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Aracne, Roma, 2011, pp. 64 e ss.), quindi, almeno, P. Häberle, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, (1982), Carocci, Roma, 2001, pp. 21 e ss., ma anche pp. 46-47, 52, 75 e ss.) e A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, spec. pp. 1-6, 237 e ss.