

da⁵⁰. Essa è allora stretta in un duplice rischio: il rischio di appiattirsi sulle auto-rappresentazioni e sulle istanze identitarie egemoniche e, inversamente, quello di un distacco critico che separa completamente il ricercatore dalla partecipazione alle politiche culturali della società in cui vive. Se entrambi questi approdi sono inaccettabili, non v'è tut-

tavia alternativa a muoversi all'interno della tensione che essi definiscono. Partecipare alle pratiche di costruzione della memoria pubblica e del patrimonio culturale, restando consapevoli dei complessi meccanismi che li costituiscono retoricamente e politicamente nel presente, è il difficile compito che accomuna oggi, a me pare, storici e antropologi.

⁵⁰J. Assmann, *La memoria culturale*, cit., p. 18.

This paper seeks to identify some major trends in studies of memory as a social and anthropological process. The first part (sections 1-3) draws a review of psychological theories about the different cognitive systems which constitute memory, followed by a discussion of the work of Frederic C. Bartlett and Maurice Halbwachs. In different ways, the two thinkers argued for a view of memory, based on a collective ground located not inside the individual mind but in the public space of human relations. This view opens up the possibility of an empirical study of remembering as a social practice. The second part of the essay is focused on three trends of research: discourse-analysis and linguistic strategies of remembering, ethnographies of commemorative rituals, and studies about objects and places which embody public memories. Conclusive remarks concern the problems of contemporary political uses of memory and identity.

Fabio Dei insegna Storia delle tradizioni popolari presso l'Università di Roma "La Sapienza" e Antropologia culturale presso l'Università di Pisa. Si occupa attualmente di ricerche nei campi dell'antropologia medica e dell'antropologia della violenza. Tra le sue pubblicazioni: *La discesa agli inferi. James G. Frazer e la cultura del Novecento* (Lecce, Argo, 1998); *Beethoven e le mondine. Ripensare la cultura popolare* (Roma, Meltemi, 2002); con Alessandro Simonicca, *Ragione e forme di vita. Razionalità e relativismo in antropologia* (Milano, Angeli, 1990) e *Simbolo e teoria nell'antropologia religiosa* (Lecce, Argo, 1998). È curatore dei volumi *Riti e simboli del 25 aprile* (Roma, Meltemi, 2004) e *Violenza etnicità cultura* (in corso di stampa presso le edizioni Meltemi).

Diritto e memoria

Un dialogo difficile



Emanuela Fronza

Introduzione

Negli ultimi anni le occasioni di incontro, sovrapposizione e intersezioni tra diritto e memoria sono state molteplici e talvolta problematiche. La Legge del 20 luglio 2000, che introduce nel calendario italiano delle ricorrenze ufficiali, il 27 gennaio come “giornata della memoria della Shoah”, rappresenta in questo senso un caso esemplare.

Tra le modalità di intervento giuridico che generano un’intersezione con la memoria, in particolare dei fatti che hanno caratterizzato la seconda guerra mondiale, possono individuarsi due tipologie principali: da un lato, l’adozione di legislazioni sul piano nazionale che istituiscono giornate per invitare le popolazioni a ricordare; dall’altro, delle normative adottate sul piano sovranazionale e nazionale, che puniscono la negazione, la minimizzazione o la giustificazione della Shoah.

All’interno di questa seconda tipologia occorre distinguere due momenti: il momento legislativo e il momento processuale. Nel primo il legislatore vieta tali comportamenti, stabilendone la pena in caso di violazione; il secondo, solo eventuale, consiste

nella celebrazione di un processo mediante cui si vuole riaffermare una *memoria condivisa* che il negazionismo mette in forse. In questa seconda circostanza, il processo diventa spazio di memoria in cui viene ricomposto un ordine mnemonico dei fatti del passato attraverso la confutazione delle condotte di negazione di memoria.

Le due modalità di intersezione tra memoria e diritto sembrano configurare due attività mnemoniche differenti riguardanti i cittadini. Nel caso della “giornata della memoria” lo Stato si limita ad affermare che tale giorno è dedicato al ricordo, lanciando l’invito civile: “bisogna ricordare”. Nel caso di legislazioni volte a reprimere i comportamenti negazionisti lo Stato tutela una determinata ricostruzione mnemonica del passato, comunemente accettata, e l’imperativo traduce un messaggio differente: “bisogna ricordare in un determinato modo”.

Prima di procedere all’analisi di queste due diverse ipotesi in cui il diritto interviene, divenendo esso stesso luogo di memoria, sembra opportuno svolgere qualche breve considerazione di carattere più generale sul

complesso rapporto tra questi due termini¹. La riflessione impone, in realtà, una rimediatazione del rapporto tra diritto e valori. Il diritto positivo ha, senza dubbio alcuno, tra le sue funzioni la tutela di valori, ma l'intreccio tra norme etico-sociali e norme giuridiche risulta molto complesso. Le norme penali, incriminando delle condotte, delineano i valori fondamentali delle società. Il diritto e le sanzioni costituiscono una delle tecniche di tutela di ciò che socialmente si ritiene meritevole di essere collettivamente protetto. Si pone dunque una questione: la memoria costituisce un valore? Esaminando la realtà attuale si può osservare come il diritto, e in particolare il diritto penale, sia ripetutamente invocato per la tutela della memoria; sembra dunque che al nostro quesito si possa rispondere in maniera affermativa. Questo dato (di realtà) testimonia che l'attività del *ricordare* o del ricordare il passato *in un determinato modo* sono considerati valori meritevoli di tutela giuridica. Possono, pertanto, essere momenti significativi della vita sociale e politica di una comunità.

Il fenomeno degli *imperativi di memoria* non è storicamente nuovo². In molte epoche la memoria e l'oblio sono stati imposti dal potere politico attraverso norme giuridiche³.

Basti qui accennare all'episodio, assai noto, del divieto di ricordare pubblicamente i gravi reati commessi ad Atene durante la dittatura dei trenta tiranni e successivamente amnistiati nel 403 a.C.⁴.

In questo contributo si esamineranno rapidamente le due diverse situazioni in cui si realizza l'intervento giuridico e giurisdizionale a tutela del *ricordare* e della *memoria del passato* in occasione dell'istituzione delle giornate della memoria e nel contesto suo proprio, la *Shoah* durante la seconda guerra mondiale. Infine, ci si interrogherà sulle ragioni che inducono il legislatore nazionale e quello sovranazionale a optare per lo strumento giuridico.

Sullo sfondo rimane una domanda fondamentale. Se storici e filosofi hanno sempre sottolineato l'importanza della memoria, il fatto che anche sul terreno giuridico si riscontrino un'attenzione verso la memoria evidenzia un elemento profondo della società italiana, e di quelle europee più in generale, del secondo dopoguerra. La memoria dei fatti della seconda guerra mondiale – in particolare nell'ultimo decennio (ma come momento simbolo si può considerare l'esplosione dell'*Historikerstreit* in Germania) – si presenta come valore meritevole di tutela

¹ Si è preferito utilizzare la coppia 'diritto e memoria' e non 'diritto e storia' perché con memoria si intende tutto il processo sociale di rielaborazione del passato, in modo più ampio e comprensivo di quanto attiene a storia e storiografia. Sul fenomeno mnemonico come processo di selezione degli avvenimenti cfr. Maurice Halbwachs, *La mémoire collective*, Paris, Albin Michel, 1950 (1997); Id., *Les cadres sociaux de la mémoire*, Paris, Albin Michel, 1925 (1994) (trad. it. *La memoria collettiva*, Milano, Unicopli, 2001); *I quadri sociali della memoria*, Napoli, Ipermedium, 1997); Tzvetan Todorov, *Les abus de la mémoire*, Paris, Arléa, 1995 (trad. it. *Gli abusi della memoria*, Napoli, Ipermedium, 1996); Id., *Mémoire du mal. Tentation du bien. Enquête sur le siècle*, Paris, Robert Laffont, 2000 (trad. it. *Memoria del male, tentazione del bene. Inchiesta su un secolo tragico*, Milano, Garzanti, 2001); Paul Ricœur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000 (trad. it. *La memoria, la storia, l'oblio*, Milano, Cortina, 2003); Yosef Hayim Yerushalmi, *Réflexions sur l'oubli*, in Id., Nicole Loraux, Hans Mommsen, Jean-Claude Milner, Gianni Vattimo, *Les usages de l'oubli*, Paris, Seuil, 1988 (trad. it. *Gli usi dell'oblio*, Parma, Pratiche, 1990); Fiamma Lussana, *Memoria e memorie nel dibattito storiografico*, in "Studi Storici", 2000, 4, pp. 1047-1081.

² Cfr. relativamente a quando la legge ha imposto degli imperativi di memoria, Andrea Lollini, *Le rôle (pre)costituant de la Commission Vérité et Reconciliation. Le renouvellement du constitutionnalisme en Afrique du Sud*, Paris, Thèse, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 2003, pp. 449-470.

³ Sul punto cfr. François Ost, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999.

⁴ N. Loraux, *La cité divisée*, Paris, Payot, 1997; Id., *De l'amnistie et de son contraire*, in Y.H. Yerushalmi, N. Loraux, H. Mommsen, J.-C. Milner, G. Vattimo, *Les usages de l'oubli*, cit., pp. 23-47. Sulla storia dell'amnistia ad Atene cfr. altresì Helmut Quaritsch, *Über Bürgerkriegs- und Feind-Amnestien*, in "Der Staat", 1992, 4, pp. 389-418; Antonio Natalicchio, *L'amnistia*, in Salvatore Settis (a cura di), *I Greci*, vol. II, *Una storia greca*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 1305-1322; nonché A. Lollini, *Le rôle (pre)costituant de la Commission Vérité et Reconciliation*, cit., pp. 358-359.

giuridica, imponendo una riflessione su quale sia il ruolo della memoria nel sistema sociale e politico italiano.

Il diritto come spazio della memoria

Si è già evidenziato come il diritto, nella forma della giornata di invito alla memoria e nella forma dell'adozione di una legge speciale o di una disposizione che viene inserita nei codici penali (a cui potrà, in taluni casi, seguire un processo), diventino luoghi, spazi in cui si definisce la memoria collettiva. Le due ipotesi, benché rappresentino entrambe due momenti di dialogo tra diritto e memoria, vanno esaminate in modo distinto.

Il passato che non passa: il 27 gennaio come giornata della memoria della Shoah.

Attraverso la Legge 211, il 20 luglio del 2000 il nostro paese ha segnato sul calendario non un giorno di festa, o di generica commemorazione, ma una giornata dedicata alla "memoria" di "la Shoah, le leggi razziali e tutti quanti si opposero alla barbarie"⁵: il 27 gennaio.

In linea con la tendenza propria di molti altri paesi europei – la Francia, per esempio, nel 2000 ha adottato una legge che istituisce una giornata nazionale della memoria delle vittime dei crimini razzisti e antisemiti dello Stato francese e in omaggio ai "Giusti" di Francia⁶ –, l'Italia ha formulato un invito per tutti a ricordare, a celebrare e a promuovere iniziative "per non dimenticare".

Tale evento è destinato a caricarsi di valore simbolico, affermando una sovranità sul passato con tutte le ambiguità che tale

sovranità porta inevitabilmente con sé. La giornata della memoria indica l'intenzione di segnare il tempo, intrecciando passato e presente, memoria e storia, e così, almeno per un giorno, viene esplicitata, attraverso uno strumento giuridico, l'invito a volgere lo sguardo sull'incommensurabile catastrofe della Shoah. Considero questa legge un tentativo di sovranità "leggera" della nostra democrazia, di grande interesse, se rimane fedele e se tale impostazione non si limita a essere soltanto l'occasione per celebrare archivi di testimonianze e di esperienze, utili per la memoria collettiva, ma incapaci, di per sé, di generare scelte consapevoli sul presente⁷.

In realtà, il dato che più colpisce, non consiste tanto nella scelta dello Stato italiano di introdurre questa giornata, quanto nel momento della sua adozione. Questa legge, a differenza di altre, che sanciscono delle giornate per non dimenticare date significative per il nostro paese, è stata infatti adottata cinquant'anni dopo la fine della seconda guerra mondiale. È necessario pertanto chiedersi per quale ragione un intervento a tutela della memoria e del suo oggetto sia emerso a distanza di così tanto tempo. Due sembrano essere i fattori determinanti: da un lato, la distanza temporale dai fatti (oggetto dell'attività mnemonica), che iniziano a essere troppo lontani e i cui testimoni diretti cominciano a scomparire⁸. Dall'altro, una situazione politica contingente che preme per emanciparsi dall'eredità del ventesimo secolo, o, viceversa, per continuare a vedere in esso i propri fondamenti.

⁵ Sulla Legge e sui dibattiti in Parlamento, oltre al sito www.parlamento.it, cfr. l'articolo di Goffredo De Pascale, *Viaggio di una legge*, "Diario", 27 gennaio 2001, pp. 12-18.

⁶ Ci si riferisce alla Legge 10 luglio 2000, n. 2000-644 "instaurant une journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'Etat français et d'hommage aux 'Justes' de France", disponibile sul sito <http://www.senat.fr/leg/pp199-244.html>, che invita tutti i francesi a ricordare, il 16 luglio di ogni anno.

⁷ Cfr., a questo proposito, le pagine di Jacques Le Goff sul rapporto tra memoria e commemorazione, nonché su memoria e immaginazione, in Id., *Storia e memoria*, Torino, Einaudi, 1982, p. 399.

⁸ Annette Wieviorka, *L'ère du témoin*, Paris, Plon, 1998 (trad. it. *L'era del testimone*, Milano, Cortina, 1999).

Il reato di negazionismo. La seconda forma di intersezione tra diritto e memoria è stata individuata nel cosiddetto delitto di negazionismo⁹. Tale ipotesi si distingue dalla prima, innanzitutto perché, come già evidenziato, il legislatore non si limita a lanciare un invito a ricordare, ma rende ufficiale, mediante una norma positiva e, eventualmente mediante un giudizio, *una e una sola* interpretazione della storia, imponendo di ricordare in un determinato modo. In secondo luogo, in questo caso la tutela della memoria avviene attraverso un diritto, estremamente forte e estremamente potente sul piano simbolico: il diritto penale.

Preliminarmente sembra importante precisare il significato del termine negazionismo che viene comunemente e correntemente utilizzato. Esso va tenuto distinto dal revisionismo, fenomeno a cui spesso viene associato e di cui costituisce una degenerazione. Distinguere un filone revisionista e negazionista risulta possibile riferendosi, in particolare, agli studi sulla seconda guerra mondiale. Il filone revisionista, partendo dal dato inconfutabile della *Shoah*, mira a ridistribuire le colpe, tendendo a relativizzare il problema dello ster-

minio o, comunque, a criticarne le interpretazioni date. In questa accezione, ogni storico e ogni scienziato non può che essere strutturalmente revisionista, poiché la sua attività comporta naturalmente un succedersi di modelli e paradigmi teorici differenti. Ritornare sulle ricostruzioni storiografiche già proposte è dunque inevitabile nel lavoro storiografico. Il filone negazionista, invece, a differenza del primo nega la stessa esistenza della *Shoah*, prescindendo da qualsiasi regola storiografica prestabilita e aggirando il problema del rapporto del genocidio con la realtà storica. Il termine negazionismo indica pertanto quelle dottrine radicali, secondo le quali il genocidio praticato dalla Germania nazista nei confronti degli ebrei, degli zingari e di altre categorie "subumane" non è esistito e appartiene al mito, alla menzogna, alla truffa. Il punto centrale della produzione negazionista, come noto, è la negazione dell'esistenza delle camere a gas¹⁰. Il fenomeno negazionista si manifesta, attualmente, in modo frequente in numerosi paesi europei, suscitando un notevole allarme nella coscienza collettiva. La prova della *forza perturbativa* del negazionismo è data non solo da questo allarme sociale, ma anche dalla

⁹ Sul negazionismo cfr., in una prospettiva storica, Carlo Ginzburg, *Beweis, Gedächtnis, Vergessen*, in "Memory", 2002, 30, (*Werkstatt Geschichte*), pp. 50-60; Pierre Vidal-Naquet, *Les Assassins de la mémoire*, Paris, La Découverte, 1987 (trad. it. *Gli assassini della memoria*, Roma, Editori Riuniti, 1993); Pier Paolo Poggio, *Nazismo e revisionismo storico*, Roma, Manifestolibri, 1997; Alberto Burgio, *L'invenzione delle razze. Studi su razzismo e revisionismo storico*, Roma, Manifestolibri, 1998; Domenico Losurdo, *Il revisionismo storico: problemi e miti*, Roma-Bari, Laterza, 1997; AA.VV., *Négationnistes. Les chiffonniers de l'histoire*, Paris, Syllepse, 1997; Valentina Pisanty, *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Milano, Bompiani, 1998. Sul fenomeno negazionista nei paesi di lingua tedesca cfr. Deborah E. Lipstadt, *Betrifft: Leugnen des Holocaust*, Zürich, Roto Verlag, 1994; Brigitte Boiler, Wolfgang Benz, Wolfgang Neugebauer (hrsg.), *Wahrheit und Auschwitzlüge. Zur Bekämpfung revisionistischer Propaganda*, Wien, Deuticke, 1995; W. Benz (hrsg.), *Legenden Lügen Vorurteile. Ein Wörterbuch für Zeitgeschichte*, München, DTV, 1992, pp. 36 sgg.; Markus Tiedemann, *In Auschwitz wurde niemand vergast*, Mülheim/Ruhr, Verlag an der Ruhr, 1996; Till Bastian, *Auschwitz und Auschwitzlüge*, München, Beck, 1997 (trad. it. *Auschwitz e la "menzogna su Auschwitz": sterminio di massa e falsificazione della storia*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995); Gerhard Werle, Thomas Wandres, *Auschwitz vor Gericht: Volkermord und bundesdeutsche Strafjustiz: mit einer Dokumentation des Auschwitz-Urteils*, München, Beck, 1995; T. Wandres, *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000; relativamente alla Francia cfr. P. Vidal-Naquet, *Les assassins de la mémoire*, cit.; Valérie Igounet, *Histoire du négationnisme en France*, Paris, Seuil, 2000; Id., *Un négationnisme stratégique*, "Le Monde Diplomatique", mai 1998, p. 17; Yves Ternon, *Du négationnisme: mémoire et tabou*, Paris, Desclée de Brouwer, 1999; V. Pisanty, *L'irritante questione*, cit., pp. 7-12, 33-44, 72-81 e 144-152. Florent Brayard, *Comment l'idée vint à M. Rassiner*, Paris, Fayard, 1996; Nadine Fresco, *Fabrication d'un antisémite*, Paris, Seuil, 1999. Per un'analisi giuridica comparata dei delitti di negazionismo cfr. Emanuela Fronza, *Profili penalistici del negazionismo*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1999, 3, pp. 1034 sgg.

¹⁰ I negazionisti cercano di costruire una seconda realtà, parallela, attraverso l'uso sistematico della propaganda e attraverso la ripetizione di pretese affermazioni, fondate su fonti "alternative", che man mano diventano parte integrante del materiale documentario. La linea strategica principale, anello di congiunzione tra revisionismo e negazionismo, diviene la relativizzazione della storia (giustificare), con la distorsione che ne consegue di allontanare e di depotenziare anche gli eventi più tragici.

quantità e dal tipo di risposte normative (penali), che si registrano sul piano sovranazionale e nazionale¹¹. Da un lato, infatti, la condanna del fenomeno negazionista viene espressa dalle istituzioni sovranazionali e da quelle europee attraverso l'adozione di strumenti giuridici che disegnano linee di politica criminale per gli Stati, e che domandano di reprimere tali condotte. Dall'altro, sul piano nazionale, la maggior parte degli ordinamenti ha creato norme *ad hoc* per criminalizzare questo tipo di manifestazioni. L'allarmante ripresa di episodi di negazionismo, ha spinto molti ordinamenti europei (tra cui la Germania, la Francia, il Belgio, la Spagna) a introdurre nuovi strumenti normativi con il comune obiettivo di fare fronte a tali fenomeni; prima di questi interventi legislativi i medesimi non potevano essere puniti in tutte le loro forme di manifestazione.

Lo studio della repressione del negazionismo rappresenta pertanto terreno privilegiato per riflettere non soltanto sulla difficile interazione tra diritto e memoria, ma anche sulle attuali vocazioni espansionistiche del diritto penale a livello internazionale e nazionale. Le forme di intolleranza come il negazionismo pongono peraltro numerose difficoltà sia in riferimento all'individuazione del bene giuridico protetto, sia alla tecnica di tutela a esso adeguata, che deve essere opportuna da un punto di vista politico-criminale e legittima sul piano costituzionale¹². In Europa, nei paesi dove l'offensiva negazionista è diventata maggiormente endemica, si è assistito all'emanazione di leggi penali, che individuano il bene protetto nell'ordine pubblico, nell'onore, nella reputazione o, infine, nella pace pubblica¹³.

Il negazionismo – non previsto dall'ordi-

¹¹ La tutela dei diritti fondamentali si realizza su più livelli giuridici – sovranazionale e nazionale –, provocando dunque un'apertura considerevole dei sistemi penali nazionali. Gli strumenti internazionali adottati per fare fronte al fenomeno della discriminazione razziale sono ormai molto numerosi. Nella regione Europa occorre distinguere le iniziative del Consiglio d'Europa da quelle dell'Unione Europea. Con specifico riferimento al fenomeno negazionista occorre ricordare, a livello di Unione Europea, l'*Azione comune del 15 luglio 1996, adottata dal Consiglio sulla base dell'art. K3 del Trattato sull'Unione europea, concernente l'azione contro il razzismo e la xenofobia*, (pubblicata in "Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee", 24 luglio 1996, volume L 185, 5). Alla lett. c) di questo provvedimento il Consiglio sollecita gli Stati membri a reprimere la negazione pubblica dei crimini definiti all'art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga nella misura in cui essa includa un comportamento di disprezzo o degradante verso un gruppo di persone definito in base al colore, alla razza, alla religione o all'origine nazionale o etnica. Sulle iniziative dell'Unione Europea cfr. www.europa.eu.int; cfr. anche E. Fronza, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., pp. 1045-1048. Con riferimento al Consiglio d'Europa e all'importante giurisprudenza sull'art. 10 della Convenzione europea che tutela la libertà di espressione cfr. www.coe.int. In dottrina, cfr. Florence Massias, *La liberté d'expression et le discours raciste ou révisionniste*, in "Revue Trimestrielle des droits de l'homme", 1993, 13, pp. 200 sgg.; Gérard Cohen Jonathan, *Négationnisme et droits de l'homme*, in "Revue Trimestrielle des droits de l'homme", 1997, 32, pp. 571 sgg.

¹² Non è questa la sede per approfondire la delicata questione dei reati di opinione. Basti qui ricordare che la repressione di affermazioni negazioniste costituisce un importante paradigma della difficoltà di bilanciamento dei diritti fondamentali: nel caso specifico tra la libertà d'espressione e il diritto alla non discriminazione, alla salvaguardia dell'ordine pubblico e al rispetto della libertà altrui. Questo tema esprime dunque l'ambiguità di fondo dell'essenziale diritto alla libera manifestazione del pensiero, considerata dalla giurisprudenza italiana come "pietra angolare del sistema democratico". Così la Corte Costituzionale italiana: cfr. la sentenza 84 del 1969, in "Giurisprudenza Costituzionale", 1969, 1, pp. 1175 sgg. La Corte Costituzionale si è pronunciata in numerose occasioni sui limiti alla libertà di pensiero, dichiarando più volte l'illegittimità di norme penali che incriminavano semplici manifestazioni del pensiero. Cfr. per esempio Corte Costituzionale, 6 luglio 1966, n. 87; Corte Costituzionale, 19 febbraio 1965, n. 9; Corte Costituzionale, 16 marzo 1971, n. 49.

¹³ Non potendo svolgere un articolato discorso sulla "geografia" del negazionismo, ricordiamo almeno il significativo processo tenutosi in Inghilterra, *David Irving v. Penguin Books and Deborah Lipstadt* (per la sentenza e tutti i *transcripts* delle udienze <http://www.holocaustdenialontrial.org/icindex.html>). Molto interessante sarebbe altresì approfondire l'area mediorientale e l'attitudine negazionista dimostrata da diversi autori palestinesi (su questi temi, cfr. P. Vidal-Naquet, *Qui sont les assassins de la mémoire?*, in "La Diaspora et l'Etat juif", maggio-giugno 1993).

namento italiano¹⁴ – è punito espressamente in Germania¹⁵, in Francia¹⁶, in Austria¹⁷, in Belgio¹⁸, in Spagna¹⁹, in Portogallo e in Svizzera²⁰. Questi paesi, che hanno optato per l'introduzione di una disposizione *ad hoc*, presentano alcune differenze rispetto alla formulazione della figura criminosa. Talvolta, infatti, vengono ricomprese alcune forme qualificabili come revisione, anziché come negazione dei fatti (per esempio il codice tedesco parla “di approvare o giustificare”; il codice

francese usa il termine “contestare”). A giusto titolo si afferma l'idea di un'Europa a geografia variabile: non tutti gli ordinamenti giuridici europei reprimono i comportamenti negazionisti, e se tale reato è previsto, la definizione della condotta incriminata avviene in modo e con presupposti che variano da Stato a Stato. A conferma di quest'affermazione si può accennare alla Germania dove sono punibili solo le manifestazioni idonee a turbare la pace pubblica, al Belgio e alla Francia, do-

¹⁴ Per approfondimenti cfr. Giovannangelo De Francesco, Stefano Del Corso, Serafino Nosengo, *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in “Legislazione Penale”, 1994, 2, p. 174; Luigi Stortoni, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in “Critica del Diritto”, 1994, 1, pp. 14 sgg.; Sergio Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, pp. 69-83; E. Fronza, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in “Rivista internazionale dei diritti dell'uomo”, 1997, 1, pp. 38-42. In relazione ad alcuni casi di negazionismo italiano di sinistra cfr. Andrea Chersi, *Il caso Faurisson*, Castenedolo, 1983 [edito dall'autore] e Cesare Saletta, *Per il revisionismo storico contro Vidal-Naquet*, Genova, Graphos, 1993.

¹⁵ Cfr. Daniel Beisel, *Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge-zugleich ein Beitrag zur Auslegung des neuen § 130 StGB*, in “Neue Juristische Wochenschrift”, 1995, p. 1000; Hans Dahs, *Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.94 - ein Produkt des Superwahljahres*, in “Neue Juristische Wochenschrift”, 1995, pp. 553 sgg.; Simone Dietz, *Die Lüge von der “Auschwitzlüge”-Wie weit reicht das Recht auf freie Meinungsäußerung?*, in “Kritische Justiz”, 1995, 2, pp. 210 sgg.; Karl Vogelsang, *Die Neuregelung zur sogenannten “Auschwitzlüge” - Beitrag zur Bewältigung der Vergangenheit oder “widerliche Aufrechnung”?*, in “Neue Juristische Wochenschrift”, 1985, pp. 2386 sgg.; Markus Wehiger, *Kollektivbeleidigung - Volksverhetzung der strafrechtlicher Schutz von Bevölkerungsgruppen durch die § 185 ff. und § 130 StGB*, Baden Baden, Nomos Verlag, 1994; Gerhard Werle, *Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Strafjustiz*, in “Neue Juristische Wochenschrift”, 1992, p. 2530; Stefan Huster, *Das Verbot der “Auschwitzlüge”, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht*, in “Neue Juristische Wochenschrift”, 1996, pp. 487-491; cfr. infine Robert A. Kahn, *Holocaust Denial and the Law. A Comparative Study*, New York, Palgrave Macmillan, 2004. Cfr. anche la sentenza del BundesVerfassungsgericht del 13 aprile 1994 (un testo della decisione, tradotto in italiano, si ritrova in “Giurisprudenza Costituzionale”, 1994, 5, p. 3379 con il commento di Maria Cristina Vitucci, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte Costituzionale di Karlsruhe*, pp. 3379 sgg.); sul punto cfr. E. Fronza, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., pp. 1051-1056.

¹⁶ Cfr. France Jeannin, *Révisionnisme. Contribution à l'étude du régime juridique de la liberté d'opinion en France*, Paris, Thèse de droit, sous la direction de Claude Goyard, Université de Paris I, 1995; Michel Troper, *Droit et négationnisme. La loi Gayssot et la Constitution*, in “Annales HSS”, 1999, 6, pp. 1239-1255; Patrick Wachsmann, *Liberté d'expression et négationnisme*, in “RTDH”, 2001, 46, pp. 585-599; Lawrence Douglas, *Régenter le passé: le négationnisme et la loi*, in Florent Brayard (éd.), *Le Génocide des Juifs entre procès et histoire 1943-2000*, Bruxelles, Complexe, 2000, pp. 213-242; sulla giurisprudenza francese cfr. Jean-Philippe Feldman, *Peut-on dire impunément n'importe quoi sur la Shoah? (De l'article 24bis de la loi du 29 juillet 1881)*, in “Revue internationale de droit comparé”, 1998, 1, pp. 229-271; Id., *Le délit de contestation de crimes contre l'humanité et la XVII^e Chambre du Tribunal de grande instance de Paris (sur trois jugements du 27 février 1998)*, in “Daloz”, 1999, 1, pp. 8-12; E. Fronza, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., pp. 1060-1061; R.A. Kahn, *Holocaust Denial and the Law*, cit.

¹⁷ Cfr. Winfried Platzgummer, *Die strafrechtliche Bekämpfung des Neonazismus in Österreich*, in “Österreichische Juristen Zeitung”, 1994, 11, p. 162; B. Boiler, W. Benz, W. Neugebauer (hrsg.), *Wahrheit und Auschwitzlüge*, cit., pp. 218 sgg. e Hans Keller, *Die Anwendungspraxis*, in “Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes”, 1994, pp. 79 sgg.

¹⁸ Per un commento a questa legislazione e sull'applicazione giurisprudenziale cfr. E. Fronza, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., pp. 1061-1063.

¹⁹ Cfr. la sentenza del Tribunal Constitucional dell'11 novembre 1991 relativa al caso *Grenelle*, in “Jurisprudencia Constitucional”, 1991, 31, pp. 444 sgg.

²⁰ Cfr. per tutti Alexandre Guyaz, *L'incrimination de la discrimination raciale*, Berne, Editions Stämpfli, 1997. E ancora Marcel Alexander Niggli, *Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu art. 261 bis StGB und art. 171c MStG*, Zürich, Schulthess, 1996; Karl-Ludwig Kunz, *Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung*, in “Rivista Penale Svizzera”, 1998, 2, pp. 223 sgg.

La legislazione e il “delitto di negazionismo”

Il negazionismo si è manifestato con portata e in misura diversa da paese a paese, sollecitando reazioni e risposte in tempi e forme differenti. I luoghi in cui la produzione negazionista sembra più allarmante, lasciando da parte il caso degli Stati Uniti (si pensi al rilevante ruolo del Centre for Historical Review), sembrano essere la Germania, seguita dalla Francia e, in minor misura, dal Belgio e dall'Italia. Nonostante l'esistenza di norme sovranazionali (universali ed europee) sui diritti umani e sui principi generali consolidatisi nelle Carte Costituzionali e nei Codici penali, non tutti gli Stati hanno tuttavia scelto di creare una fattispecie apposita che punisca il negazionismo. È il caso dell'Italia, il cui ordinamento prevede:

- nella Costituzione: il principio di non discriminazione, art. 3; la libertà di espressione, art. 21;
- la Legge del 1967, n. 962 relativa alla prevenzione e alla repressione del crimine di genocidio;
- la Legge del 1975, n. 654 che autorizza la ratifica (avvenuta nel 1976) della Convenzione delle Nazioni Unite sulla discriminazione razziale e incrimina, all'art. 3, la diffusione di idee razziste o l'istigazione alla discriminazione razziale;
- la Legge del 1990, n. 223 che vieta la diffusione di pubblicazioni che possono generare intolleranza;
- il D.L. del 1993, n. 122 recante “*Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*” e infine il *Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* (D.L. 25 luglio 1998, n. 286), che all'art. 43 definisce la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi.

Il “delitto di negazionismo” è previsto invece dalle legislazioni tedesca, francese, austriaca, belga, spagnola, portoghese e svizzera:

- Germania: §130, c. 3, del codice penale (*Strafgesetzbuch*);
- Francia: art. 24 *bis*, Legge del 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa (cd. *Loi Gayssot*);
- Austria: Legge del 26 febbraio 1992, che modifica la legge costituzionale sui nazionalsocialisti (*Bundesverfassungsgesetz vom 6 Februar 1947 über die Behandlung der Nazionalsocialisten*); il §3 prevede la fattispecie della negazione e della minimizzazione dei genocidi nazionalsocialisti;
- Belgio: Legge del 23 marzo 1995, “*Per la repressione della negazione, della minimizzazione, della giustificazione o dell'approvazione del genocidio commesso dal regime nazional-socialista tedesco durante la seconda guerra mondiale*”;
- Spagna: l'art. 607 del codice penale, intitolato “*Genocidio*”, reprime la diffusione di idee o la negazione e giustificazione degli atti di genocidio, o la pretesa riabilitazione di regimi o istituzioni che mettano in atto pratiche generatrici di tali crimini;
- Portogallo: l'art. 240, comma 2, lett. *b*) del codice penale, intitolato “*Discriminazione razziale o religiosa*”, punisce chi diffama o ingiuria una persona o un gruppo di persone a causa della loro razza, colore, origine etnica o nazionale ovvero della loro religione, in particolare mediante la negazione di crimini di guerra, contro la pace o l'umanità;
- Svizzera: l'art. 261 *bis* del codice penale punisce chi pubblicamente “[...] negherà minimizzerà, in modo grossolano o cercherà di giustificare un genocidio o altri crimini contro l'umanità”. Il reato è costruito come attentato alla pace pubblica e alla dignità umana e non fa riferimento al regime nazionalsocialista. Il legislatore svizzero si riferisce a tutti i crimini contro l'umanità, a prescindere dai loro autori o dalla qualificazione come tali da parte di una giurisdizione nazionale o internazionale.

ve invece la negazione della *Shoah* costituisce reato in ogni circostanza. Tuttavia, nel contesto europeo, nonostante l'eterogeneità delle risposte normative, possono essere individuati dei tratti comuni. Innanzitutto, si può notare che per la descrizione della condotta di negazionismo, vengono utilizzati in modo ricorrente – a eccezione, per esempio dell'ordinamento francese – questi tre verbi: *negare*, *giustificare* e *minimizzare*. Chiarirne rapidamente il significato permetterà di evidenziare come in realtà sia possibile punire non solo il

negare, ma anche il giustificare o l'approvare, col rischio di una repressione anche nei confronti di coloro che reinterpretano o discutono di quegli episodi storici, senza tuttavia negarli.

Negare un avvenimento implica che l'autore contesti fondamentalmente la sua esistenza e pretenda semplicemente che esso non abbia avuto luogo²¹. Si tratta, per esempio, del caso di coloro che dichiarano che il regime nazionalsocialista non aveva alcuna intenzione di eliminare il popolo ebraico, ne-

²¹ Cfr. D. Beisel, *Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge-zugleich ein Beitrag*, cit., p. 1000; W. Platzgummer, *Die strafrechtliche Bekämpfung des Neonazismus in Österreich*, cit., p. 162.

gando così il genocidio.

Giustificare: in questo caso l'evento è giustificato, come risposta, per esempio, a un massacro anteriore ovvero, più genericamente, a un avvenimento precedente. Non si contestano le azioni commesse nei confronti di un gruppo determinato, ma si pretende di portare delle prove della loro legittimità o inevitabilità. Questa ipotesi sussiste, per esempio, quando un grave massacro viene considerato un'azione di legittima difesa effettuata contro una popolazione o un gruppo ostile.

Minimizzare: in questo caso si relativizza, si afferma che "è uno dei tanti massacri". Il legislatore si avventura qui nel delicato terreno delle pubblicazioni scientifiche che interpretano, a volte relativizzando gratuitamente, la portata di un crimine contro l'umanità, che contestano il suo carattere mostruoso e violento. È il caso per esempio di chi descrive come dettaglio della storia l'episodio delle camere a gas.

L'oggetto del negazionismo, come accennato, viene ridotto nella maggior parte delle disposizioni in esame al genocidio ebraico – e non a tutti gli altri atti di genocidio o agli altri crimini contro l'umanità – (non è questo, per esempio, il caso della Spagna, del Portogallo o della Svizzera). In base a tali norme la negazione di altri genocidi o crimini contro l'umanità non potrà dunque essere punita. In altri ordinamenti giuridici, l'oggetto viene esteso alla negazione di tutti i crimini contro l'umanità e di ogni genocidio o, secondo la lettera del codice spagnolo, la diffusione di idee che neghino o pretendano di riabilitare dei regimi o istituzioni che ricorrono a pratiche genocidiarie. Altro elemento tipico, comune a queste figure delittuose autonome, è l'esigenza che la condotta venga posta in essere pubblicamente.

A seconda degli ordinamenti si cerca inoltre di delimitare l'ambito di applicazione delle disposizioni²², richiedendo l'idoneità di questi episodi a turbare la pace pubblica (codice tedesco) o facendo riferimento alla definizione di crimini contro l'umanità contenuta

nello Statuto del tribunale di Norimberga e se giudicati da un tribunale nazionale o internazionale (codice francese).

Diritto e memoria: un dialogo difficile

Le pagine che precedono mostrano come vi siano diverse situazioni in cui il diritto e in alcuni casi il diritto penale, nella sua forma di legge e di processo, sia chiamato a intervenire e pertanto a dialogare con la memoria e a divenire il custode di momenti significativi per il tessuto costituente della nostra società. Quando la legge identifica i diversi momenti significativi per la memoria della collettività, non può che aprirsi il campo di un dialogo, tutto da definire, per termini di natura differente quali possono essere il diritto e la memoria.

Come detto all'inizio di questa riflessione, le due ipotesi, esemplificative di questa relazione vanno distinte e analizzate dunque in modo separato. Nel primo caso, ovvero nel caso della legge statale che *invita tutti a ricordare*, l'intersezione tra diritto e memoria, benché delicata, sembra comunque avvenire secondo una modalità e con una tecnica che produce un dialogo costruttivo. Il legislatore impone di ricordare: con tale scelta (per il momento e per lo strumento utilizzato) evidenzia la difficoltà politica a ragionare su aspetti della nostra storia, ma si limita, selezionando un momento significativo, a invitare solennemente, a imporre alla memoria civile l'obbligo morale di non dimenticare. Questa via mette in moto sinergie tra protagonisti, testimoni, intellettuali, ricercatori, che sono condotti a confrontarsi su ciò che è accaduto e che può accadere. Si tratta di processi culturali di sviluppo della coscienza civile, della condivisione; processi inevitabilmente lenti e, soprattutto non immediatamente spendibili sul piano politico.

Nel secondo caso, invece, il dialogo tra diritto e memoria si presenta come una relazione molto più difficile, perché lo strumento giuridico selezionato dal legislatore è il diritto penale. È nota la specificità del diritto e del processo penale, nonché la forza simbolica

²² Si tratta, come già sottolineato di reati di opinione; il rischio è dunque quello di perseguire l'autore per quello che dice, col risultato di possibili collisioni con i principi propri di un diritto penale democratico.

che, sul piano ontologico, accompagnano questi due momenti distinti. Tutti questi elementi e tutte le peculiarità sopra ricordate, *in primis* la forza simbolica indiscussa, hanno un forte impatto sull'immaginario collettivo e, nel caso specifico, rendendo più difficile la relazione, nonché problematica la tutela della memoria attraverso il diritto penale, invasivo e limitativo della sfera individuale. È un aspetto molto complesso e non potrà essere esaminato in questa sede. Diritto e processo penale hanno in ogni caso una lingua e una logica diverse dal processo di memoria e dalla ricerca storica²³. Basti qui per esempio accennare al fatto che il diritto e il processo penale disciplinano e devono accertare la responsabilità individuale rispetto a un determinato fatto. Inoltre il diritto e il processo penale, caratterizzato dall'epilogo che si realizza tramite una sentenza, si connotano per la loro dimensione statica e univoca, in forte contrapposizione, dunque, con l'essenza dinamica e plurale della memoria e dell'interpretazione storica.

A questi rilievi si aggiunge una considerazione ulteriore e fondamentale. La rimeditazione dell'offensiva negazionista, come già accennato, pone il problema dei rapporti tra norme etico-sociali e norme giuridico-penali, sollevando la questione di individuare in quale momento la frontiera tra etica e diritto rischia di venire vanificata. Questo rischio sembra realizzarsi proprio nella situazione in cui l'insieme delle infinite interpretazioni dei fatti storici (e delle scuole storiche) è elevato a oggetto di tutela penale, con il risultato di promuovere a ufficiale *una* e un'unica di quelle *infinite* interpretazioni. Si tratterebbe dunque di norme prive di laicità poiché l'attività di valutazione del giudice verte non tan-

to sulla ricostruzione dei fatti, ma sull'esame di affermazioni che quei fatti interpretano. Si giudica infatti sull'avvenuta negazione, minimizzazione o giustificazione di *quegli* avvenimenti. Quando anche fosse assolutamente condivisa, definita e definitiva, il diritto non può tutelare una interpretazione e nemmeno reprimere affermazioni che la mettono in discussione, poiché, in questo caso specifico, il nucleo che il diritto difende viene a essere di tipo ideologico. La disposizione contenuta nel codice penale francese sembra, in proposito, paradigmatica, perché la condotta che integra il delitto di negazionismo viene descritta con il riferimento ad altri giudicati²⁴. Non sembra accettabile l'individuazione del bene giuridico in *una* interpretazione storica tra le infinite possibili: pertanto solo nel caso in cui tali asserzioni attentino all'interesse o al diritto altrui, o se siano offensive per un gruppo, possono essere punibili²⁵.

Il tribunale si troverà inevitabilmente, nel caso in questione, a prendere una posizione e a sancire una interpretazione come ufficiale, accreditando l'idea che esistono due scuole storiche. Ma non esistono due scuole storiche, o meglio ne esistono molte di più. Se si elimina mentalmente l'esecrabilità, eminentemente morale, di tali idee non resta nulla di esteriormente visibile e di socialmente afferabile nell'attacco negazionista. L'immoralità non può mai essere assunta come unica ragione sufficiente a giustificare politicamente l'intervento coercitivo dello Stato nella vita dei cittadini. Conformemente alla struttura di uno Stato democratico e di un diritto penale laico (intesa come costruzione giuridico-statale temporale, retta da principi propri, come scelta di metodo, più che scelta di valore o ideologica) non dovrebbe mai verificarsi

²³ La trasmissione della memoria, secondo le note dinamiche di selezione (cfr. nota 2), riposa più che sulla storia critica, sulla storia monumentale. La memoria del genocidio nazista deve essere una memoria monumentale, poiché "la memoria, in quanto tale, si organizza per monumenti, per poli di riferimento intorno a cui si raccolgono le trame discontinue del ricordo, diretto o tramandato; dove gli eventi diventano esperienza, vengono cioè interiorizzati e incorporati come elementi della visione del mondo, come cultura". Così Stefano Levi della Torre, *Mosaico. Attualità e inattualità degli ebrei*, Torino, Einaudi, 1994, pp. 68-71, citato da C. Ginzburg, *Beweis, Gedächtnis, Vergessen*, cit., p. 60. Carlo Ginzburg nota che le prove (in senso giuridico) non sono mai sufficienti a proteggere dalle forze minacciose che erodono la memoria della Shoah. Cfr. *Ibidem*.

²⁴ Cfr. l'art. 24 bis della Legge del 1881, modificata con la *Loi Gayssot* del 1990.

²⁵ Tuttavia in questo caso esistono già delle fattispecie contenute nel codice penale, in base a cui reprimere queste condotte, quali l'ingiuria o la diffamazione.

una chiusura in un sistema di idee e di interpretazioni definito una volta per sempre²⁶. La laicità, in quanto metodo di indagine razionale e non come criterio normativo-prescrittivo, non implica infatti nessun *Weltbild* e assume il significato di un atteggiamento culturale pluralistico. Il problema, in tale ipotesi, è di conformità dei mezzi ai fini: lo Stato per combattere delle idee pericolose non può diventare esso stesso autoritario. Sarebbe una contraddizione in termini e, sul piano assiologico, verrebbe meno il rispetto di quelle libertà fondamentali che si intenderebbero tutelare con questa stessa normativa. Nessuno, in altre parole, può essere penalmente perseguito per ciò che è o vuole, ma solo per ciò che fa. L'ordinamento di libertà considera il destinatario della norma come cittadino e non come nemico, riconoscendogli una sfera di autonomia inaccessibile al diritto penale²⁷.

Tali legislazioni configurano, viceversa, per altre considerazioni, una di quelle situazioni in cui lo strumento penale può interve-

nire in modo esemplare. Il diritto penale, in quanto strumento forte e prestigioso, a differenza di altri mezzi, permette di dare una risposta immediata ed efficace all'allarme sociale causato dall'aumento dei fenomeni negazionisti, una *via breve* capace di lanciare un forte messaggio sul piano politico e simbolico, canalizzando i bisogni emotivi di pena propri dell'opinione pubblica. Ma è proprio la *via breve*, quella meno adeguata a legare diritto e memoria. La legislazione negazionista ha in realtà uno scopo politico-criminale diverso da quello che dichiara di avere: esso si rivolge prima e più che agli autori del reato di "negazionismo", ai cittadini e diviene un gesto, un simbolo, che interviene su una serie di aspetti etico-politici e che assume una posizione rispetto a questi²⁸. Sul significato simbolico della norma²⁹, infatti, si concentra un vastissimo consenso sociale intorno al rifiuto di quei fatti atroci, non contestabili e universali (la veridicità della *Shoah*), elementi che conferiscono alla norma simbolica un altissi-

²⁶ Così Norberto Bobbio, *Cultura laica: una terza cultura?*, in Giorgio Amendola et al., *Cattolici, laici, marxisti attraverso la crisi*, Torino, Stampatori, 1978, p. 33.

²⁷ Lo stesso principio di materialità, di rango costituzionale, indica che la tipicità del fatto punibile non deve essere tradotta o dissolta in tipologia d'autore; al diritto penale – nella fase dell'incriminazione – competono solo le azioni in cui il pericolo di una lesione si manifesti come fatto. Nelle fattispecie in esame le conseguenze giuridiche penali sembrano invece determinate dal riscontro di una tipica pericolosità delle idee. Si dovrebbe solamente impedire che i cittadini si danneggino a vicenda, ma non imporre coattivamente un'unica versione della storia, un'unica 'morale'.

²⁸ La funzione simbolica è senza dubbio una caratteristica del diritto penale. Sull'accezione, critica, di diritto penale "simbolico-espressivo" cfr. Monika Voß, *Symbolische Gesetzgebung - Fragen zur Rationalität von Gesetzgebungsakten*, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1989, e la bibliografia ivi indicata; Winfried Hassemer, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in "Neue Zeitschrift für Strafrecht", 1989, Heft 12, pp. 553-559; Id., *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in Bernd Schunemann et al. (hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, New York, W. De Gruyter, 2001, pp. 1001-1019; Peter Noll, *Symbolische Gesetzgebung*, in "Zeitschrift für Schweizerisches Recht", 1981, 98, pp. 347-364; Carlo Enrico Paliero, *Il principio di effettività*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1990, 1, pp. 430 sg.; Franco Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in Id., *Scritti di diritto penale*, a cura di Stefano Canestrà, Alessandro Melchionda, vol. I, *Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 1475 sg.; Juan Bustos Ramírez, *Pena y estado. Función simbólica de la pena*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1995; Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*^B, München, Beck, 1997, § 2; Jens-Christian Müller, *Die Legitimation des Rechts durch die Erfindung des symbolischen Rechts*, in "Kritische Justiz", 1993, pp. 83 sg.; Arndt Schmehl, *Symbolische Gesetzgebung*, in "Zeitschrift für Rechtspolitik", 1991, pp. 251 sg.; Helga Cremer-Schäfer, Heinz Steinert, *Symbolische und instrumentelle Funktionen des Strafrechts*, in "Neue Kriminalpolitik", 1989, pp. 26-29. Evidenzia criticamente un abuso della funzione simbolica del diritto penale, anche Massimo Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, relazione dattiloscritta presentata in occasione del IV Corso internazionale di formazione in diritto penale, *Il diritto penale del futuro*, Salerno-Napoli, 17-19 settembre 2003. Con riferimento al processo, come momento a forte valenza simbolica, cfr. il saggio di Salvatore Satta, *Il mistero del processo*, Milano, Adelphi, 1994. L'autore sostiene che il processo penale sia esso stesso una forma di sanzione, indipendentemente dalla pena comminata dal giudice.

²⁹ Ciò che più si vuole valorizzare sono le forti risorse che la legge penale possiede sul piano della comunicazione simbolica, per cui il terreno penale diviene il luogo di scontro tra concezioni etico-sociali. Sembra si perseguano fini politici, superando così i fini specifici della tutela penale. Ciò può rappresentare un pericolo per i principi generali del diritto penale e per la loro funzione garantistica. Cfr. sul punto Luigi Stortoni, *Commentario delle "Nuove norme contro la violenza sessuale L. 15 febbraio 1996, n. 66"*, Padova, Cedam, 1997, p. 475.

mo tasso di legittimazione esterna. La legge sul negazionismo, efficientistica e simbolica, avviene spesso sull'onda dei flussi dell'opinione pubblica. Il consenso sociale, tuttavia, non legittima di per sé l'opzione incriminatrice di penalizzare le condotte negazioniste. Nella fase finale di perfezionamento dell'opzione penale il legislatore dovrebbe sempre operare una selezione delle offerte di pena orientate dal consenso sociale, erigendosi a svolgere il difficile ruolo di giudice del consenso. E, nel caso in cui non rinvenga un bene meritevole di tutela o, qualora fosse difficile ricostruire il reato come offesa a un bene giuridico, il legislatore dovrebbe resistere e interrompere il flusso di pressione sviluppato dal consenso³⁰, per non limitare illegittimamente attraverso queste legislazioni una libertà costituzionale che, anche se non assoluta, introduce negli ordinamenti statali il valore della tolleranza.

Tuttavia, il negazionismo è un simbolo, ma il diritto penale no. Proprio questo uso simbolico-espressivo e politico delle norme è quanto deve richiamare la nostra attenzione. Il diritto penale in un sistema democratico deve intervenire rispettando le garanzie costituzionali, che sovrintendono ogni scelta di criminalizzazione e che stabiliscono quindi i limiti della funzione punitiva. Questa considerazione sull'importanza dei principi diviene essenziale se si ha la consapevolezza che il diritto penale del bene giuridico può essere liberale nella struttura, ma avere ugualmente il contenuto più illiberale. Le numerose leggi che consentono di reprimere le affermazioni negazioniste e revisioniste si espongono al pericolo di non rappresentare un diritto penale del cittadino, ove la tendenza autoritaria può uscire allo scoperto.

Conclusioni

La riflessione su diritto e memoria intreccia questioni complesse eppure, nel solco della nostra prospettiva di indagine, si possono

già intravedere alcuni rilievi conclusivi su due aspetti fondamentali e fra loro difficilmente separabili: il primo, sull'opportunità o meno dell'uso del diritto come luogo di custodia della memoria, e più in generale, dei valori; il secondo, relativo al fondamento di questi tipi di intervento.

La riflessione va sviluppata tenendo disgiunte la forma legislativa di tutela della memoria con la Legge n. 211, dall'intervento del diritto e del processo penale per reprimere le condotte negazioniste. Lo strumento giuridico per invitare i cittadini italiani a ricordare istituisce processi interessanti, costruttivi e costituisce un passo sulla *via lunga* per il risveglio della coscienza civile ed è perciò ampiamente condivisibile.

Un discorso più difficile e più articolato richiede invece la modalità di intervento del diritto rappresentata dalle disposizioni penali relative al negazionismo. Questa normativa pone di fronte a un paradosso, a un'aporia del sistema giuridico. Da un lato infatti si prende atto della pericolosità e della gravità di queste deprecabili tesi, dall'altro si ritiene che per bloccare o anche solo per contenere la diffusione del negazionismo non sia possibile e sia anzi controproducente affidarsi alle leggi e alle sanzioni penali, che si mostrano, in queste ipotesi, in tutti i loro limiti³¹.

Immediatamente dopo la fine della seconda guerra mondiale si è assistito a un movimento di ricodificazione – le nuove Costituzioni dei vari Stati europei – e alla creazione, sul piano internazionale, di documenti e di istanze di garanzia a tutela dei diritti fondamentali, esprimendo pertanto il diretto rifiuto di quei fatti atroci e l'accoglimento di nuovi valori. È possibile affermare che tutto l'insieme dei valori che hanno caratterizzato il periodo postbellico, cristallizzati nell'intero sistema etico-giuridico elaborato a partire dal 1945 (Costituzioni, legislazioni nazionali e documenti internazionali, vincolanti e non), sia il portato della reazione alle idee ne-

³⁰ C.E. Paliero, *Diritto penale e consenso sociale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale: itinerari, problemi, prospettive*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 191.

³¹ Il diritto penale può peraltro rivelarsi un'arma a doppio taglio: gli autori negazionisti potranno utilizzare, come già più volte si è verificato, l'argomento della repressione e presentarsi come oggetto di una legislazione speciale di criminalizzazione del dissenso.

faste che causarono la deriva omicida dei regimi totalitari. Ci sembra addirittura di poter considerare l'insieme di valori attivamente condivisi (come, ad esempio, l'eguaglianza dei cittadini), che è alla base delle codificazioni nazionali postbelliche e del diritto internazionale generale, come una sorta di reazione immunitaria all'endemicità delle ideologie che hanno avuto come conseguenza estrema la *Shoah*. Basti pensare, ad esempio, all'istituzione delle Nazioni Unite, alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, e, in Europa, alla Convenzione di tutela e salvaguardia delle libertà fondamentali e dei diritti dell'uomo.

A nostro avviso, il negazionismo nega i fatti all'origine di questa reazione; *nega l'universo etico-politico nato dopo la seconda guerra mondiale*. Tale fenomeno colpisce in profondità non solo o non tanto i poteri costituiti, le strutture date, ma molto di più: il *patto etico*, rappresentato dall'incondizionato rifiuto delle dinamiche che hanno trascinato l'Europa nell'orrore della guerra e dei totalitarismi. Ciò che qui si definisce come *patto etico* rappresenta quindi un impegno comune a decodificare in modo uniforme l'avvenimento fondatore, ovvero il genocidio nazista che tanto ha contribuito a mutare il volto delle Carte costituzionali e del sistema giuridico internazionale. E ciò è dimostrato dal fatto che l'oggetto del delitto di affermazioni negazioniste è nella maggior parte dei casi individuato nella *Shoah*. Tutto ciò scavalca enormemente il diritto penale.

L'aporia dunque si ripresenta: l'attacco è profondo e tocca addirittura un momento co-

stituyente, ma parallelamente ci si trova di fronte all'inadeguatezza del diritto penale per fronteggiare questo fenomeno.

Per tale ragione, si ritiene che la via da intraprendere non sia una *via breve*, ma una *via lunga*. Occorre far emergere, anche attraverso una giornata della memoria, quelle ragioni che possano rendere evidenti le relazioni vive tra esperienze temporali diverse, tra passato e presente, in modo da spingere i contemporanei verso un confine, verso una chiara presa di coscienza che non sempre si riesce a raggiungere: la soglia della consapevolezza che ciò che è accaduto una volta può ripetersi. Ripensare la storia dovrebbe significare non soltanto limitarsi a non negare e a non minimizzare la *Shoah*, ma anche a non circoscrivere quei crimini a una degenerazione criminale di un passato concluso per sempre. Lo sguardo è rivolto al passato per agire, in realtà, sul presente. Prendere coscienza che tutto ciò sia stato possibile, nell'Occidente, nell'Europa, mette in luce "la banalità del male"³², una verità inquietante, una soglia che spinge a un'analisi del tutto nuova dei fenomeni politici sia del passato che del presente.

Di fronte al negazionismo appare davvero problematico produrre leggi penali o ricercare la verità attraverso la verità legale³³; si tratterebbe di una falsa soluzione che rischia di andare nella direzione di quel male che si vuole in realtà combattere. Non sembra possibile individuare il bene tutelato dalle norme che reprimono il negazionismo nella tutela della verità storica: nessuno infatti ha il dovere alla verità storica, e tanto meno può essere punito per questo, con l'ulteriore distorsione che in tale ipotesi il giudice di-

³² Il concetto è stato elaborato da Hannah Arendt nel saggio dedicato al processo a Eichmann a Gerusalemme, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, Feltrinelli, 1993.

³³ "La verità è la verità e non ha bisogno di essere verità legale. Anzi a partire dal momento in cui essa è verità legale diviene sospetta di poter essere strumentalizzata". Così P. Vidal-Naquet in un'intervista su "Le Quotidien de Paris", 9 mai 1998. "La contestazione dell'esistenza della *Shoah* non dovrebbe essere vietata con una legge, perché la verità storica non dovrebbe mai trasformarsi in verità ufficiale". Così C. Ginzburg, *Beweis, Gedächtnis, Vergessen*, cit., p. 1.

venterebbe arbitro della storia³⁴.

Le affermazioni negazionistiche esigono un impegno su un piano più propriamente politico e di consapevolezza civile, con mezzi intellettuali profondi, complessi, lenti che ricostituiscano il sentire comune. I fenomeni negazionisti impongono alle generazioni l'obbligo di ripensare la storia, riaffermando i grandi paradigmi su cui si fonda il sentire comune. Si tratta dunque di attivare più in generale, un processo lento, lungo, un ripensamento degli eventi per noi fondativi che permetta di riconoscere il genocidio come proprio della nostra epoca, partecipando e riconfermando attivamente la lettura e la decodificazione comune e definitiva, ma non ufficiale

di quelle atrocità, essendo disposti a pagare i costi che derivano dal non voler dimenticare e dal voler sviluppare il ripensamento critico su questo passato.

Le democrazie occidentali non possono "dimenticare" la tragica eredità della Shoah, e anzi, il loro autentico sviluppo esige che si segnino chiaramente tutti gli elementi formali e sostanziali di discontinuità e di frattura che devono essere visibili per la comunità. Il ricordare in modo collettivo è una forma di palingenesi laica che raccoglie i "fili di paglia"³⁵ per un'immagine articolata, assieme condivisa e conflittuale della storia, che non si delinea se non si attivano processi complessi, attraverso vie lunghe, di partecipazione e di empatia.

³⁴ Sui pericoli e sui rischi di affidare ai tribunali la decisione su una questione di storia e non di diritto cfr. P. Vidal-Naquet, *Les assassins de la mémoire*, cit., p. 183, secondo cui richiedere una decisione sulla storia significherebbe accreditare l'idea che esistono due scuole storiche e che l'una può sopraffare l'altra; ma non esistono due scuole storiche ne esistono molte di più. Sull'illusione di sbarazzarsi a colpi di condanne penali di un ospite ingrato come il negazionismo, cfr. A. Burgio, *L'invenzione delle razze*, cit., pp. 184-185, il quale tuttavia concorda sulla legittimità di censure nei confronti di chi propaga tesi razziste. L'autore propone contro il revisionismo storico una nuova rappresentazione dei fatti. Cfr. *ivi*, p. 197. Sul rapporto tra giudice e storico cfr. C. Ginzburg, *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Torino, Einaudi, 1991; Piero Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in "Rivista di diritto e procedura civile", 1939, pp. 105 sgg.; Giuseppe Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in Id., *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 18-66 anche per ulteriori richiami bibliografici. Per un interessante studio su discorso e verità, sullo sviluppo del concetto di libertà di parola e sulla pratica della parresia nel mondo antico, cfr. Michel Foucault, *Discours and Truth. The Problematisation of Parrhesia*, Evanston, Northwestern University, 1985 (trad. it. *Discorso e verità nella Grecia antica*, Roma, Donzelli, 1996).

³⁵ Secondo una bella espressione di Walter Benjamin che di quelle tragedie fu vittima.

The article deals with the very delicate issue concerning the dialogue between law and memory. By analysing the legal texts which establish the Shoah's memory celebration day and by exploring the European countries' criminal legislations against the denial, the justification or the minimisation of the Holocaust or others genocides, this essay shows the ambiguous relationship and the controversial overlapping between the post WWII's memory and the laws passed to defend it. If ordinary collective or individual memory is characterised by fluidity and fuzziness being in permanent transformation, the WWII's memory assumed a much more political significance. Even if normally exists a plurality of memories of the past, the WWII's memory has to be fix and monolithic because it has been posed at the basis of the ethical and legal foundation of the European post WWII democracy. For this reason every irrational or fraudulent *remise en question* of this memory have to be avoided. In this perspective, the law and the judiciary tools, seems to be the more powerful instruments able to defend it. Indeed, as this article argues, defending memory through legal and procedural instrument leads to very risky consequences. With particular reference to the denial of Holocaust, using the criminal law to defend memory (as historical version of the past) could produce dangerous distortions of the legal methodology of the procedural establishing of the truth as well as a misusing of the criminal law principles.

Emanuela Fronza è dottoressa di ricerca in "Tutela dei diritti fondamentali" e attualmente assegnista di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia; da alcuni anni collabora stabilmente con il Centro di diritto penale comparato dell'UMR dell'Università di Paris 1-Panthéon-Sorbona. Nell'ambito della sua attività di ricerca si è dedicata in particolare alla tematica dei diritti fondamentali e diritto penale, pubblicando alcuni studi di diritto comparato sui reati di opinione, nonché alla giustizia penale internazionale. È autrice di diversi articoli in riviste italiane e straniere; di recente ha curato insieme a Stefano Manacorda il volume *La justice pénale internationale dans les décisions des Tribunaux ad hoc*, Milano-Parigi, Giuffrè-Dalloz, 2003.