



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

TEMPO, MEMORIA E DIRITTO PENALE



MEMORY LAWS IN EUROPEAN AND COMPARATIVE PERSPECTIVE
(M.E.L.A)

Bologna - Febbraio / Dicembre 2018

ISSN 2240-7618

4/2018

EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

EDITORIAL BOARD

Italy: Gian Luigi Gatta, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli
Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", via Altaguardia 1, Milano - c.f. 97792250157
ANNO 2018 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

Tempo di ricordare

Tiempo de recordar

Time to remember

ALESSANDRO GAMBERINI

*Docente di Diritto Penale presso l'Alma Mater Studiorum Università di Bologna
alessandro.gamberini@legalgamb.it*

GIUSTIZIA PENALE DI TRANSIZIONE

JUSTICIA PENAL TRANSICIONAL

TRANSITIONAL CRIMINAL JUSTICE

ABSTRACTS

Il tempo e la memoria costituiscono elementi essenziali delle nostre esistenze, destinati a cadenzare tutte le nostre scelte. Sulla memoria di alcuni eventi si creano gli elementi fondativi dell'identità politica e culturale di un ordinamento e ne modellano il patto costituzionale. L'ingresso del diritto penale nella materia del ricordo sposta però il significato del suo rapporto col tempo, introducendo comunque una relazione peculiare col presente che attiene strutturalmente all'utilizzazione dello strumento. Il presente contributo si interroga dunque su quale spazio possano trovare nel nostro ordinamento le norme che prevedano sanzioni penali a chi suggerisce una ricostruzione diversa degli avvenimenti del passato.

El tiempo y la memoria son elementos esenciales de nuestras vidas, destinados a influir en todas nuestras elecciones. La memoria de algunos sucesos es la base de los elementos fundacionales de la identidad política y cultural de un ordenamiento jurídico, que modelan el pacto constitucional. Sin embargo, la entrada del derecho penal en el tema de la memoria modifica su relación con el tiempo, introduciendo así una peculiar relación con el presente vinculada estructuralmente a la utilización del instrumento. Esta contribución se plantea qué espacio pueden encontrar en nuestro ordenamiento jurídico las normas que prevén sanciones penales para quienes sugieren una reconstrucción alternativa de los eventos del pasado.

Time and memory are essential elements of our lives, destined to shape all our choices. The memory of some events constitutes the basis for the founding elements of the political and cultural identity of a judicial system and shapes its constitutional pact. The entry of criminal law into the field of memory, however, shifts the meaning of its relationship with time, introducing a peculiar relationship with the present that structurally relates to the use of the criminal tool. The present contribution reflects on the possible role in our legal system for norms that introduce criminal sanctions against those who suggest a different reconstruction of past events.

1.

Introduzione.

Il tempo costituisce un elemento essenziale della nostra esistenza destinato a cadenzare tutte le nostre scelte. Una porta sul passato nel percorso della vita che ci conduce al futuro attraverso il presente.

La ruota della fortuna¹, che indicava nell'iconografia medioevale il trascorrere del tempo come ciclo cosmico, disegnava la precarietà delle fortune mondane, simboleggiando il trionfo e la caduta degli individui e dei popoli e al contempo l'ottimismo della rinascita e del ritorno del potere perduto. Si incardinava sull'idea di un eterno ritorno perché la ruota ripropone sé stessa nel suo incedere lungo i sempiterni calli.

La memoria del passato valeva in tal senso non a impedire il suo ripetersi, ma solo ad ammonire gli umani dell'incertezza dello stato di cose presenti e dell'ineluttabilità del riproporsi anche rovinoso – come si nota quando la ruota calpesta i regnanti – del ciclo.

Anche l'assunzione del tempo in una dimensione lineare che la modernità scopre, per proporci un indefinito progresso, è entrata in una crisi profonda e irreversibile quando le esperienze tragiche della prima metà del '900 hanno messo sotto gli occhi di tutti come l'avvento del Male, di cui il nazismo rimane l'emblema più significativo, possa sempre riproporsi (e del resto è rapidamente caduta anche la più recente illusione che prevedeva la fine di tutti i conflitti a seguito del crollo del regime sovietico nel 1989).

Questo certamente non significa che venga meno l'esigenza di fondare anche sul ricordo la base culturale e valoriale dell'organizzazione sociale. Anzi. L'alimentazione del ricordo vale a dispiegare e a rinnovare in forme nuove il tracciato che ci separa dal passato e si proietta sul futuro.

Non a caso l'etimo della parola richiama la sua profonda ricaduta emotiva: tenuta vicino al cuore la memoria anima una complessa attività dinamica e relazionale, un "cerchio di carne"².

La traslazione orale delle storie familiari vale a capire meglio noi stessi alla luce di come eravamo, le festività o le iniziative di commemorazione danno la memoria di avvenimenti tragici e gioiosi della storia dei popoli,

La memoria individuale proietta sovente sugli avvenimenti del passato l'immagine dei propri desideri, quella pubblica sconta i dissensi della sua costruzione: è influenzata comunque dal modo di pensare di ciascuno, tarda a essere condivisa, e mai lo è in termini assoluti, subisce i forti condizionamenti di una costruzione mediatica³ che si plasma sulle contingenze politiche.

Ambedue si correlano a forme di attenuazione, se non cancellazione del ricordo, per l'individuo attraverso fisiologici processi di elaborazione e rimozione, che consentono alla persona di trovare nuovi equilibri, senza scontare il peso del proprio passato, quella pubblica per ritrovare le ragioni di una convivenza sociale, ricomponendo almeno in parte una tela strappata da avvenimenti traumatici e da conflitti sanguinosi.

Del resto, l'emergere di una necessità – prima ancora che di un diritto – all'oblio nasce proprio dalla composizione di queste esigenze antinomiche: quella di conservare il ricordo e al contempo di porre un vallo tra il passato e il presente per consentire di mantenere aperta una porta sul futuro sgombra dai detriti del passato. Un oblio che si modella in forme diverse a seconda della rilevanza sociale degli avvenimenti e della loro importanza nella storia degli individui e dei popoli⁴.

¹ Interessante la ricostruzione che ne fa STABILE (1980).

² La definizione è di CARDINI (1996), p. 37: "la memoria diviene racconto, documento, testimonianza, sollecita processi di identificazione, angosce paure e euforia".

³ CARDINI (1996), p.12 rileva come la memoria assume oggi una rilevanza particolare perché si svolge in un contesto multimediale che, grazie agli strumenti tecnologici disponibili, è in grado di conservare enormi quantità di materiali visivi e sonori. Il che determina un annullamento delle distanze temporali e "finisce col creare un fenomeno di presentificazione totale del passato all'insegna della simultaneità".

⁴ Secondo la tradizione greca memoria e oblio nascono dalla stessa madre terra che sottomette uomini e dei alla loro alternanza governata dalla dea Mnemosine e dal dio Lete, figure gemelle ancorché antitetiche.

Insomma, il ricordo nasce da un procedimento complesso e selettivo⁵, si svolge in tempi lunghi, su acque non sempre limpide e con un percorso incerto.

La memoria dovrebbe consentirci di illuminare il passato, senza alcuna strumentalità contingente, che non sia quella di consegnarci un percorso della nostra vita e della comunità nella quale siamo inseriti, aperta alla riflessione dei singoli e della collettività attraverso gli strumenti del dibattito.

Esistono gli scienziati del ricordo, gli storici, che formulano ipotesi ricostruttive degli avvenimenti attraverso un percorso indiziario, destinato inevitabilmente a subire evoluzioni e modifiche man mano che sorgano nuove evidenze.

La loro opera fa però i conti col tempo nella quale si iscrive, subisce nuovi modelli di comunicazione⁶ ormai aperti a un disordine delle fonti nel quale è sempre più difficile individuare gli strumenti selettivi che ci consentano una percezione reale del passato.

Come notava Hobsbawn⁷ “la maggior parte dei giovani alla fine del secolo è cresciuta in una sorta di presente permanente nel quale manca ogni rapporto organico con il passato storico del tempo in cui vivono”: l’ossessione del presente fa sì che il passato che conta sia solo quello che ha un aggancio stretto con l’attualità.

D’altro canto, anche il tempo è divenuto per la scienza una funzione relazionale, sottolineata dalla relatività della sua percezione e iscritta in uno scenario nel quale il “disordine” costituisce il modello di funzionamento di un universo fluttuante tra contrazione ed espansione.

In tal senso la pretesa dunque di aggirarsi nei suoi meandri attraverso sistemi di regole che vorrebbero penetrarne il senso, facendo della memoria tipizzata la gruccia alla quale appendere le inderogabili ragioni del suo svolgersi, si infrange inevitabilmente: una camicia di forza destinata a essere strappata lungo il percorso della storia.

2.

La memoria e la Grundnorm.

Vi sono avvenimenti sui quali si creano gli elementi fondativi dell’identità politica e culturale di un ordinamento e ne modellano il patto costituzionale.

È il ripudio del regime dittatoriale che ha dato ragione dell’esistenza di un esplicito richiamo nella Costituzione del 1947 alla necessità di escludere dalla fisiologia del conflitto politico la ricostituzione del partito fascista e della sua tetra simbologia: la memoria dunque qui si traduce in una *grundnorm* e illumina le ragioni del ricordo della liberazione, della fine di un percorso buio, a difesa dei diritti di libertà del presente.

Ciò vale anche per molti Stati europei che hanno visto affacciarsi la democrazia solo dopo la seconda guerra mondiale. La norma, dunque, si modella su una memoria che indica la soluzione di continuità di un tracciato e di un ordinamento.

D’altro canto, in una democrazia gli elementi identitari non possono che essere pochi e solo negativi, rimanendo aperta al pluralismo delle idee, per altri versi, la possibilità di sottolineare in forma diversa il passato alla quale agganciare le proprie scelte.

Il che non significa negare i profili valoriali che il nostro sistema costituzionale propone dal principio di solidarietà a quello di uguaglianza sostanziale alla tutela della persona umana, ma semplicemente rilevare che anch’essi si iscrivono in un campo definito che pur largo e aperto al contributo di idee e scelte diverse presenta confini ineludibili⁸.

Si spiega in questa chiave anche il particolare significato che assume la memoria della Shoà, lo sterminio del popolo ebraico messo in atto con deliberata scelta dal regime nazista, prima e durante la seconda guerra mondiale, eseguita in modo “scientifico” con complicità diffuse presenti in tutti i popoli europei, frutto di risalenti derive antisemite: godendo, in taluni casi, di una complicità diretta degli Stati (pensiamo alle leggi razziali del regime fascista).

⁵ Sulla necessaria selettività del ricordo, come fondamento della memoria, valgono le riflessioni di Eco (2018), p.17: il ricordo di troppi e indistinti avvenimenti impedisce ogni riflessione. In questa chiave vanno analizzati i guasti che provoca proprio alla memoria dei fatti l’accesso alle fonti sterminate che propone la Rete all’utente che non abbia strumenti per operare uno sfoltoimento intelligente dei siti ai quali accedere.

⁶ Valgono ancora le riportate osservazioni di Eco (2018) sulla presenza nel web di innumerevoli riferimenti al passato e sulla grande difficoltà di selezionare i pochi affidabili.

⁷ V. HOBBSAWN, p. 168.

⁸ Del resto durante tutta la prima fase storica della nostra Repubblica questo confine comprendeva il cd arco costituzionale dei partiti eredi della Resistenza, dai quali erano esclusi solo quelli che anche indirettamente si richiamavano al Fascismo. Tanto che anche l’ingresso in un ruolo di governo dell’ultimo segretario del “movimento sociale italiano” è avvenuto dopo l’abiura politica che ha contraddistinto la nascita della formazione di “alleanza nazionale” che ai primi anni ’90 ne ha ereditato la struttura.

Un avvenimento rispetto al quale vi è una convergenza assoluta di valutazione da parte degli storici, perché la mole delle testimonianze è tale da rendere le opinioni divergenti frutto o di assoluta miseria culturale o peggio di una scelta deliberata e antagonista volta a negare artificialmente la verità dei fatti.

Anche in quest'ultimo caso siamo di fronte a un elemento identitario – negativo – che però non ha trovato uno spazio esplicito nelle Costituzioni – se non indirettamente attraverso le norme che garantiscono i diritti della persona rispetto a tutte le forme di discriminazione – per la difficoltà di recuperare nell'immediatezza l'enorme gravità e drammaticità dell'avvenimento, rispetto a un'elaborazione difficile delle diffuse complicità: il conflitto col regime sovietico e il conseguente pericolo dell'avvento di un regime comunista al potere è stato per lungo tempo l'alibi attraverso il quale esentare o contenere la responsabilità dei Paesi europei e in taluni casi degli stessi autori criminali che hanno goduto di molte immunità.

Occorre dire anche che il processo di elaborazione della memoria pubblica su questo tema è stato, almeno in Italia, lungamente reso opaco anche dalla grande rimozione individuale e familiare della responsabilità del fascismo e del sostegno avuto dal regime nella tragedia del popolo ebraico: un'intervista ai componenti della generazione nata nell'immediato dopoguerra rivelerebbe che le famiglie non trasmisero, salvo casi isolati, alcun racconto che potesse incrinare la vulgata per la quale la Shoà era stata opera esclusiva del regime nazista della quale gli italiani non portavano responsabilità. Anche la presenza di un campo di sterminio sul nostro territorio – la Risiera di San Sabba a Trieste – fu per molto tempo ignorata⁹.

E del resto il tema si sta riproponendo ancora oggi in un Paese europeo, la Polonia – osservato speciale rispetto a molti istituti cruciali per il funzionamento della democrazia messi a dura prova da riforme autoritarie¹⁰ – che ha recentemente approvato una legge¹¹ volta a sanzionare chi attribuisca una qualche responsabilità al popolo o allo Stato polacco per i crimini commessi dal terzo Reich¹².

Oggi in Italia la memoria pubblica di quel mostruoso accadimento si presenta condivisa e grande attenzione viene formalmente riservata al ricordo della Shoà.

Non può dirsi altrettanto per il suo significato e per le ragioni che ne consentirono l'insorgere: tende invece a riprodursi in altre forme la ricerca di un capro espiatorio del disagio sociale, che si proietta su gruppi etnici, a volte individuati solo dal colore della pelle, a volte dal loro precario rapporto col territorio e dalla loro povertà, dalla diversità culturale (e in taluni casi si assiste anche a forme di antisemitismo veicolate dalla polemica nei confronti delle scelte politiche di Israele rispetto ai palestinesi con i quali condivide il territorio).

Motore di questa riproposizione in altre forme è sempre una malintesa difesa dell'identità, categoria utilizzata sciaguratamente per giustificare tutte le nefandezze nei confronti dei diversi, che si combina col risorgere dei nazionalismi.

Vale riflettere in tal senso sull'antinomia che si crea tra difesa della memoria e difesa della reputazione: quando quest'ultima si svolge non come tutela dell'individuo, ma come tutela dell'immagine di un popolo, di cui la legge polacca sopracitata è un esempio significativo.

3. Il tempo di giudicare.

L'Unione Europea – prima con una risalente iniziativa del 1996¹² poi con la decisione quadro del 2008¹³ – ha messo al centro della sua iniziativa la necessità di recuperare questa identità negativa, sanzionando anche penalmente la negazione e la minimizzazione grossolana

⁹ Ricorda opportunamente CANZIO (2018) che Gaetano Azzariti, che era stato il presidente del cd "Tribunale della razza", fu eletto nel dopoguerra giudice costituzionale, divenendo Presidente della Corte dal 1955 al 1961. Chi visiti oggi la Risiera, nel frattempo divenuta museo, non può non trovare impressionante il sorriso col quale uno dei responsabili del campo e del forno crematori, Joseph Oberhauser, nel frattempo divenuto birraio a Monaco di Baviera, accolse nel suo locale nell'aprile del 1976 la sentenza del Tribunale di Trieste che lo aveva condannato alla pena dell'ergastolo, pena che non fu mai scontata.

¹⁰ La Commissione europea ha emesso un comunicato in data 20 dicembre 2017 con il quale ha annunciato di proporre una procedura di infrazione nei confronti della Polonia in relazione a misure legislative che appaiono violare gravemente l'autonomia del potere giudiziario rispetto alla maggioranza politica del Paese

¹¹ La legge approvata il 1 febbraio 2018 dal Parlamento polacco, espressamente a tutela della reputazione, proibisce e punisce chiunque attribuisca "una qualche responsabilità al popolo o allo Stato polacco per i crimini commessi nel terzo Reich".

¹² L'Azione Comune /96/443/GAI del 15 luglio 1996 sollecitava gli Stati membri a reprimere la negazione dei crimini definiti dall'art. 6 dello statuto del Tribunale di Norimberga.

¹³ D.Q. 2008/913/ GAI del 28 novembre 2008.

dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra. Non v'è dubbio che all'origine di questa iniziativa vi sia stata la Shoà e la tutela della sua memoria¹⁴.

L'ingresso del diritto penale nella materia del ricordo sposta però il significato del suo rapporto col tempo, introducendo comunque una relazione peculiare col presente che attiene strutturalmente all'utilizzazione dello strumento.

Il diritto consiste nell'organizzazione di regole che valgono consentire a una comunità di vivere in pace e ordinatamente in un certo tempo e in un certo luogo ed è pertanto fisiologico che si occupi anche di predisporre una griglia di norme a vari livelli che ci ripropongono la memoria degli avvenimenti o dei loro protagonisti: la predisposizione di festività, le giornate della memoria, l'intitolazione di monumenti, di strade e piazze fino alle lapidi che corredano le facciate degli edifici.

La predisposizione di norme che prevedano sanzioni penali a chi suggerisce una ricostruzione diversa degli avvenimenti del passato non può però che essere riservata ai pochi elementi di memoria condivisa sui quali si fonda la stessa ragione del nostro ordinamento costituzionale.

E dunque è del tutto ovvio pensare che la memoria pubblica trovi una sua disciplina anche normativa in questa direzione: ho in precedenza citato le norme presenti nella nostra Costituzione¹⁵ che accompagnano gli elementi negativi dell'identità, perché segnalano una soluzione di continuità rispetto al passato regime e il ritorno alla democrazia.

Tra questi avvenimenti non v'è dubbio che, per le ragioni già in precedenza indicate, trovi piena cittadinanza anche la memoria della Shoà.

Non v'è, dunque, alcuna ragione per negare il ruolo e il significato della sua tutela, né alcuna preclusione di principio all'intervento di norme penali che valgano a sanzionare condotte insultanti tale memoria: "la posta in gioco è altissima"¹⁶ perché attiene appunto ai fondamenti del nostro mondo.

In tal senso, una norma penale che punisse il negazionismo della Shoà varrebbe a tutelare non la sua memoria, ma la stessa Costituzione repubblicana. Vale rimanere su questo punto e non aprire la ragione della speciale protezione a una, sia pur meritevole, tutela delle vittime e della loro integrità. Precisazione decisiva perché diversamente si aprirebbe un dibattito lacerante sulla gerarchia delle memorie, sulla loro condivisione e sulle ragioni della loro tutela prioritaria.

Tempi, modi ed effetti del giudizio penale impongono però una riflessione diversa e prudente.

Prevalgono, in questo caso, ragioni di opportunità per evitare che lo spazio che verrebbe lasciato a miserabili opinioni, del tutto isolate, dal clamore mediatico del processo possa provocare l'effetto opposto a quello che si prefiggerebbe la norma. Vale l'ammonimento che quasi unanimemente hanno sottolineato gli storici¹⁷: simili opinioni prive di ogni dignità e di ogni fondamento si combattono più efficacemente svelando in pubblico la loro miserabile origine.

Il tema diviene invece decisamente problematico e investe appunto la natura dello strumento se si sposta la tutela sulla memoria di altri avvenimenti drammatici che hanno attraversato nel secolo trascorso e attraversano nel presente il nostro mondo.

Lo strumento penale è governato da ragioni svincolate espressamente da quelle del ricordo: l'amnistia cancella i reati e costituisce lo strumento privilegiato in taluni casi per ricomporre conflitti sociali e politici laceranti, ma questo non significa che debba produrre un'amnesia di fatti, ma solo delle responsabilità individuali. Ciò vale anche quando il decorso del tempo interviene direttamente con la prescrizione a fissare un oblio del reato e della sanzione, senza che ciò significhi la cancellazione del ricordo della condotta lesiva.

Nel caso ci riferiamo a violazioni – crimini contro l'umanità – che non ammettono indulgenze né temporali né politiche, ma è il loro stessa consistenza che è in discussione.

La pretesa di intervenire sulla verità storica, sacralizzando il dovere del ricordo di tali macro-delitti, irrigidito nello schema di una previsione legale, che censura e sanziona penalmente

¹⁴ L'iniziativa fu presa nel gennaio 2007 dal ministro degli esteri tedesco e era volta a estendere a tutti gli Stati dell'Unione la punizione del negazionismo dell'Olocausto: vedi CAPUTO (2014).

¹⁵ Mi riferisco alla XII disposizione transitoria che ha costituito il fondamento normativo che ha legittimato la cd Legge Scelba del 1952 e le sanzioni penali conseguenti nei confronti di chi evocò il passato regime in forma apologetica e ponga in essere condotte atte a ricostituire il partito fascista.

¹⁶ L'espressione è di PULITANÒ (2015), p. 325 che ricorda come il tema rimandi alla tutela di un bene giuridico di assoluta importanza.

¹⁷ Sul punto valgono le ampie citazioni e le approfondite riflessioni di FRONZA (2012).

ogni diversa opinione sul loro stesso esistere sembra non intendere il ruolo del diritto penale in un ordinamento democratico.

Tanto più quando si accompagna ad una verità ricostruita attraverso gli esiti di processi ai criminali protagonisti di queste violazioni, dimenticando che la procedura penale, anche quando sia solennizzata dalla disciplina di un tribunale penale internazionale, si svolge vincolata dallo scopo di determinare la responsabilità di un imputato e presenta limiti alla utilizzazione delle evidenze in nome delle garanzie che assistono la formazione della prova.

Il ricordo dei crimini commessi nei confronti del popolo armeno da parte del regime turco durante la prima guerra mondiale¹⁸, dei crimini commessi dal regime staliniano¹⁹, il ricordo vicino a noi, e non solo temporalmente, delle terribili violenze e dei crimini contro l'umanità commessi durante la guerra civile nell'ex Jugoslavia appartiene a buon diritto al dibattito degli storici e non vale a conferire legittimità a una sanzione penale che ne imponga un'interpretazione univoca.

Né è d'altronde sufficiente che alcune opinioni possano essere valutate come pericolose in astratto: il diritto di libertà di manifestazione del pensiero vale a definire i confini della garanzia proprio per tutelare le opinioni anche capaci di turbare l'assetto delle relazioni culturali, sociali e politiche esistenti.

Le ragioni che renderebbero legittimo un reato di negazionismo rispetto alla Shoà non possono essere motivo per costruire l'archetipo di una norma penale che valga per altre opinioni in materie diverse²⁰, perché quel genocidio rappresenta un *unicum* per le ragioni sopra sottolineate.

Ovviamente diversa situazione si crea quando l'interpretazione degli avvenimenti diviene pretesto di un *hate speech* che si connota come un'istigazione concreta a commettere delitti: ma in questo caso si sposta il significato dell'intervento, motivato dal pericolo concreto che il discorso metta in movimento condotte discriminatorie e violente²¹.

Siamo di fronte a *delits obstacle*, per i quali valgono le cautele che ci derivano dal rispetto dei principi di legalità e offensività, niente a che vedere con la memoria e la sua tutela, se non in una chiave del tutto indiretta.

4. Per concludere.

La memoria pubblica corre, nel tempo, su binari diversi e incompatibili con una disciplina repressiva del ricordo, per gli individui e per le comunità: muta in dipendenza dei contesti e delle stagioni culturali e politiche.

Si può eccettuare solo quella sulla quale viene costruita la norma fondamentale di un ordinamento in chiave negativa, cioè volta a segnalare la soluzione di continuità con il passato, in tal senso compenetrata con la stessa tutela delle Costituzioni.

Diversamente la stessa idea di un ricordo ufficiale e esclusivo degli avvenimenti anche tragici che coinvolgono la vita delle persone e delle comunità può nascondere comunque quel germe identitario, all'origine di discriminazioni e esclusioni²².

La tutela della memoria si può trasformare così, in taluni casi, in un richiamo alla "reputazione", che si vuole messa in pericolo da tutte le ricostruzioni diverse. In altri propone un irrigidimento interpretativo della storia attraverso una *loi memorielle*, poco compatibile con lo strumento penale invocato.

¹⁸ La sentenza della Corte Edu del 7 dicembre 2013, *Perincek c. Svizzera*, ha riaffermato il diritto ad esprimere opinioni proprio su questa materia ribadendo la legittimità di un pluralismo degli approcci sull'esistenza di un genocidio armeno (rispetto a espressioni che, peraltro, non mettono in discussione le atroci sofferenze alle quali fu sottoposto quel popolo dal regime dei "Giovani turchi", durante la prima guerra mondiale, ma unicamente l'esistenza di un proposito di genocidio in chi le pose in essere)

¹⁹ Penso in particolare all'Holodomor ucraino: la morte per fame di milioni di contadini dovuto alla terribile carestia che si abbatté nella regione tra il 1929 e il 1933 e determinata dalle scelte del regime sovietico di collettivizzare la terra operando requisizione forzate degli animali e delle provviste.

²⁰ È in corso un inesorabile tendenza ad allargare il novero dei reati di opinione nel periodo storico che stiamo vivendo è ben visibile: valga, per comprenderne il significato, l'introduzione nel nostro ordinamento a seguito della Convenzione di Lanzarote dell'art. 414 *bis* c.p. Sul punto v. GAMBERINI (2016).

²¹ La norma penale sul negazionismo, approvata dal Senato il 15 febbraio 2015, vi dà rilievo solo come aggravante delle condotte punite dall'art. 3 della legge Mancino e corrisponde a un'attenzione equilibrata a quanto ho sopra sottolineato, pienamente giustificata vuoi per la *ratio* di tutela che esprime, vuoi perché, tra l'altro, non allarga il campo del penalmente rilevante.

²² Pensiamo al carattere autoritario delle norme penali che in Turchia, al contrario, sanzionano coloro che qualificano come genocidio il massacro degli armeni.

Bibliografia

- CANZIO, G. (2018): “Le leggi razziali e il ceto dei giuristi”, *Diritto penale contemporaneo*.
- CAPUTO, Matteo (2014): “La menzogna di Auschwitz, le verità del diritto penale, la criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità”, *Diritto penale contemporaneo*.
- CARDINI, Flaminia (1996): *L'ombra del tempo*, Rai Eri
- ECO, Umberto (2018): “Ma ‘c’è qualcosa che non scordo. Lezione sulla memoria”, *La Repubblica*.
- FRONZA, Emanuela (2012): *Il negazionismo come reato* (Milano, Giuffrè).
- GAMBERINI, Alessandro (2016): “Tutela della memoria e diritto penale: una riflessione sistematica e comparativa a partire dal reato di negazionismo”, *Diritto penale contemporaneo*.
- HOBBSBAWN, Eric: *Il secolo breve*
- PULITANÒ, Domenico (2015): “Di fronte al negazionismo e al discorso dell’odio”, *Diritto penale contemporaneo*, 4.
- G. STABILE, *La ruota della fortuna: tempo ciclico e ricorso storico in AAVV*, Scienze e credenze occulte, livelli di cultura, Firenze 1980



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>