



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

# Quale memoria per quale diritto penale?

*¿Qué memoria para qué derecho penal?*

*What Kind of Memory for What Kind of Criminal Law?*

GAETANO INSOLERA

*Professore ordinario di Diritto Penale presso l'Alma Mater Studiorum Università di Bologna  
gaetano.insolera@unibo.it*

GIUSTIZIA PENALE DI TRANSIZIONE

JUSTICIA PENAL TRANSICIONAL

TRANSITIONAL CRIMINAL JUSTICE

---

---

## ABSTRACTS

Che rapporto c'è fra diritto penale e memoria? L'articolo analizza questo complesso rapporto da diverse prospettive, quali le differenze fra giudice e storico, il tema della giuridificazione della storia e della storia giuridificata, il ruolo del giudice quale vettore o costruttore di memoria, il rapporto con la libera manifestazione del pensiero. Dopo aver concentrato l'attenzione sul diritto penale internazionale e sui casi in cui alla storiografia giudiziaria si affida il ruolo di veicolo di memoria e di ricostruzione di eventi e colpe, l'articolo si sofferma ad analizzare la dinamica inversa. Ci si riferisce a quei casi in cui il giudice riceve la memoria dall'esterno, come prodotto di un discorso pubblico al quale partecipano poteri centrali e locali, forze politiche, movimenti e, soprattutto, media. Si tratta di costruzioni che sul piano politico sovente servono a demonizzare l'avversario minandone i consensi.

¿Cuál es la relación entre el derecho penal y la memoria? El artículo analiza esta compleja relación desde diferentes perspectivas, como las diferencias entre el juez y el historiador, el tema de la juridificación de la historia y de la historia juridificada, el papel del juez como vector o constructor de memoria, y la relación con la libre manifestación del pensamiento. Después de centrar la atención en el derecho penal internacional y en los casos en los que se otorga a la historiografía judicial la función de ser vehículo de la memoria y de reconstrucción de eventos y fallos, el artículo se centra en analizar las dinámicas inversas. Nos referimos a aquellos casos en los que el juez recibe la memoria desde el exterior, como producto de un discurso público en el que participan autoridades centrales y locales, fuerzas políticas, movimientos y, sobre todo, los medios de comunicación. Se trata de construcciones que en el plano político sirven a menudo para demonizar al adversario, socavando el consenso.

What is the relationship between criminal law and memory? This article analyzes this complex relationship from different perspectives, such as the differences between a judge and a historian, the issue of the juridification of history and that of juridified history, the role of the judge as a vector of memory or constructor of memory, the relationship with free speech. After focusing on international criminal law and on the cases in which judicial historiography is asked to be a vector of memory and reconstruction of events and faults, the article analyses the reverse dynamics. This refers to those cases in which the judge receives the memory from the outside, as the product of a public discourse involving central and local authorities, political forces, movements and, above all, the media. These mechanisms often intend to demonize the adversary on the political level, undermining its consensus.

## SOMMARIO

1. Il lavoro dello storico e quello del giudice. – 2. Giuridificazione della Storia e Storia Giuridificata. – 3. Il giudice veicolo di memoria storica attraverso il diritto e il processo penale. – 3.1. Il diritto penale internazionale. – 3.2. La libera manifestazione del pensiero e di ricerca storica. – 4. Il giudice che non costruisce la memoria. 4.1. Fascismo e Antifascismo. – 4.2 Mafia e Antimafia. – 4.3 Corruzione e Anticorruzione. – 5. Un ultimo esempio. – 6. Quale memoria per quale diritto penale.

## 1.

## Il lavoro dello storico e quello del giudice.

Tema sempre affascinante quello del rapporto tra lavoro dello storico e lavoro del giudice: ci può essere di aiuto il lucido, geometrico, argomentare del Cordero del 1971<sup>1</sup>.

Nella decisione del giudice è fondamentale la distinzione tra giudizio storico e giudizio giuridico, tra fatto e diritto: *“Quando il giudice indaga per stabilire se sia o meno avvenuto un fatto, è un giudizio storico affermativo e lo è anche il negativo, mentre è un giudizio giuridico quello con il quale si afferma che offendere l’onore di un comune cittadino è ingiuria etc... La distinzione non si discute”*.

*“Le prove servono a verificare il giudizio storico enunciato nell’imputazione... Le prove appartengono alla sfera del giudizio storico”,* ma soprattutto *“Un giudizio storico negativo, rigorosamente parlando, postula la prova dell’inesistenza del fatto; e poiché la semplice circostanza che quest’ultimo non sia stato provato non è premessa sufficiente per concludere che non sia avvenuto, le due situazioni vanno tenute distinte: nell’una si sa che qualcosa non è accaduto e nell’altra non si sa se sia accaduto: la prima è una conoscenza negativa e il secondo è un atteggiamento di ignoranza. Gnoseologicamente le due ipotesi sono diverse, ma il processo le tratta come equivalenti... Insomma, la prova negativa e l’assoluta mancanza della prova positiva si equivalgono ai fini del decidere”*<sup>2</sup>.

Ebbene, il fatto storico scolpito nella decisione altro non è che il risultato delle inferenze probatorie: altre possibilità di giungere alla sua ricostruzione infatti non è data. Affermare che un fatto non è avvenuto o che non si è raggiunta la prova che esso sia avvenuto, sono proposizioni che, per la conoscenza storica del giudice, si equivalgono perfettamente. Ben diverso quanto avviene invece nell’opera degli storici.

La distinzione ha un suo nitore teorico che corrisponde a un diverso finalismo delle due attività<sup>3</sup>.

## 2.

## Giuridificazione della Storia e Storia Giuridificata.

Le cose si complicano di fronte ad un fenomeno definito di giuridificazione della storia e di storia giuridificata.

Con giuridificazione della storia si allude ad una progressiva attrazione nella sfera della giuridicità di accadimenti storici, anche remoti: ne consegue l’idea di poter riparare le ingiustizie di chiudere i conti con la storia<sup>4</sup>.

La storia giuridificata è concetto riferibile alla storiografia (attività volta alla ricostruzione e interpretazione dei fatti del passato).

I concetti devono restare distinti sono accomunati solo dalla crescente attrazione nella sfera del diritto di avvenimenti del passato.

Qui parliamo di Diritto penale: l’attrazione nella sfera del diritto si concentrerà sulle conseguenze pertinenti a quella tecnica di tutela.

Si vedrà come quelle conseguenze si atteggiino [nel giudizio] in modo differenziato nel rapporto con la memoria e il tempo.

- Una storiografia scritta attraverso il processo penale si può costruire solo in una di-

<sup>1</sup> CORDERO (1971), pp. 638 e ss.

<sup>2</sup> Ibidem, 641.

<sup>3</sup> RESTA e ZENCOVICH (2012), p. 16.

<sup>4</sup> RESTA e ZENCOVICH (2012), p. 12; GARAPON (2009).

mensione temporale contemporanea. Ricordo, qualche anno fa, la vicenda e il dibattito attorno ad un libro (*Pasque di sangue* di Ariel Toaff), a proposito dell'attribuzione di un fondamento di verità a confessioni estorte sotto tortura nella Trento del XV secolo<sup>5</sup>.

- Lo snodo fondamentale che continua ad influenzare la giuridificazione della storia in diverse direzioni è costituito dal processo di Norimberga.

- Tornando alle distinzioni poste in premessa: la giuridificazione della storia se attribuisce al giudice un ruolo di veicolo della memoria si limita ad un esito, a forme di "riparazione delle ingiustizie della storia", che non possono implicare un ricorso al diritto penale.

È nel processo penale invece che trova spazio, in varie forme, una storia contemporanea giuridificata: la ricostruzione storica è quella giudiziaria, tempo e memoria intervengono per legittimare la punizione alla luce di quella ricostruzione o risolvono i conflitti tra diritti egualmente presenti nell'impianto assiologico di riferimento.

### 3. Il giudice veicolo di memoria storica attraverso il diritto e il processo penale.

Il giudice costruttore (attraverso la prova giudiziaria) e veicolo di memoria (la decisione) attraverso il processo penale: la storia giuridificata esprime una storiografia la cui finalità non può prescindere dalle specificità dell'esito, consistente nella inflizione di una sanzione criminale a persone fisiche.

La dinamica della storiografia giudiziaria trova tuttavia un limite proprio nel decorso del tempo in relazione alla memoria individuale o collettiva del male passato. Istituti come la prescrizione, l'amnistia (con le sue diverse ragioni funzionali), la querela (ma la stessa estinzione per morte del reo) considerano il decorso del tempo sia in relazione all'affievolirsi della memoria e del conflitto provocato dal reato, sia alla sua influenza sulla fisionomia umana dell'autore. In tutti questi casi, in diverso modo, si può rinunciare alla storiografia giudiziaria, essa non è pertinente alla finalità dello strumento giudiziario, che rinuncia ad una inderogabile funzionalità retributiva della pena.

Nell'ambito di questo seminario le mie riflessioni si limitano ad un primo aspetto: il giudice veicolo di memoria storica attraverso il diritto e il processo penale.

#### 3.1. Il diritto penale internazionale.

È questo il contesto nel quale si colloca anzitutto l'esperienza del diritto penale internazionale, dal paradigma di Norimberga ad oggi, attraverso varie esperienze congiunturali, nella istituzione e legittimazione, fino alla creazione di una Corte penale internazionale.

Il principio di complementarità rispetto alle giurisdizioni nazionali esprime la natura dei crimini positivizzati nel trattato di Roma: crimini di massa caratterizzati dalla "dismisura del male" inflitto che dovrebbero trovare anzitutto punizione nei contesti di loro realizzazione. La giustizia internazionale interviene quando ciò non avviene per mancanza di capacità o di volontà degli Stati.

Mi limiterei a richiamare alcuni tra i dubbi formulati da Damaska<sup>6</sup>, che condivido, a proposito della storiografia giudiziaria dei tribunali internazionali, della diffusione dei valori umani fondamentali, della stabilizzazione delle aree interessate, della soddisfazione delle vittime, della individualizzazione delle responsabilità. Ricordandone gli ammonimenti: verso aspirazioni globali che trascurino conflitti e ferite ancora aperte nelle comunità locali; contro l'idea di affrontare in processi, che divengono ingestibili, ricostruzioni storiche immani; a favore di una distanza attenta e critica verso dottrine eccessivamente estensive delle responsabilità.

A dieci anni da quello scritto mi sembra che quei dubbi trovino riscontro nella evoluzione del contesto politico mondiale, così da confinare l'idea in una dimensione tutt'al più simbolica.

Fin dall'inizio pesavano assenze decisive, a cui si sono aggiunte quelle di chi non ha ratificato il trattato di Roma, capaci di far pensare ad una giustizia destinata solo a Stati deboli

<sup>5</sup> ROSONI (2008), pp. 321 e ss.

<sup>6</sup> DAMASKA (2006), pp. 9 e ss.

o perduti e, in definitiva, ai vinti. Ma è soprattutto la constatazione dell'estraneità proprio di quelle realtà statuali nelle quali oggi si verifica in modo più virulento il male smisurato.

Si può ancora pensare, non in termini astratti, ad un diritto penale a vocazione universale a presidio del confine estremo della tutela dei diritti umani?

## 3.2.

### *La libera manifestazione del pensiero e di ricerca storica.*

L'intersezione tra memoria e diritto penale si può cogliere anche in un'altra dimensione.

Si tratterebbe dell'idea di una protezione penale della memoria delle vittime e dei sentimenti dei loro discendenti: la memoria costituisce un requisito identitario di comunità che in ragione di nazionalità, di etnia, di religione, di condizioni sociali hanno subito la dismisura del male<sup>7</sup>.

In questo caso la storiografia giudiziaria penale è chiamata a decidere su opinioni o ricerche espresse su quei fatti e sull'attribuzione di responsabilità. La questione si impenna sul conflitto tra libertà di espressione e di ricerca storica e protezione di un altro interesse ritenuto meritevole di tutela.

La legittimità della soccombenza della libertà di espressione deve tuttavia risolvere il problema della consistenza e della stessa natura dell'interesse contrapposto.

È in questo spazio che si muove anzitutto la questione della risposta alla negazione o della giustificazione dei fatti riconducibili ad eventi storici.

Il tema oggetto di un vivo dibattito e di normative nazionali ed europee – adottate anche in Italia di recente – deve poi confrontarsi, sul piano politico, con una perdurante dialettica interpretativa circa le dimensioni, le modalità e le ragioni degli eventi: le ricostruzioni particolari, in questi casi, appaiono difficilmente compatibili con una misura metastorica ed universalistica.

Ciò soprattutto rispetto all'adozione della tecnica di tutela penalistica, ed è questo che qui ci interessa. Diverso discorso riguarderebbe le critiche, che condivido, all'utilizzo di quei criteri a sostegno di una nuova iconoclastia basata su una monolitica rivisitazione della storia, anche remota [con la richiesta della rimozione di statue – ad esempio di quella del generale Lee, di Cecil Rhodes e di Cristoforo Colombo]: con la negazione, in questi casi, della complessità, dei conflitti e della evoluzione di una identità: quella delle attuali democrazie occidentali<sup>8</sup>.

In questo ambito, di alterato rapporto tra tempo e memoria, anche il parossismo moralistico che si coglie nella campagna “*Metoo*” in corso.

Ma torniamo al diritto penale.

Il negazionismo turco a proposito del genocidio armeno, a cui può affiancarsi lo spirito della recentissima iniziativa legislativa polacca<sup>9</sup>, costituiscono esempi della inopportunità di universalizzare ragioni storiche che alimentino incriminazioni capaci di riaccendere fuochi identitari nazionalistici.

Per concludere sul punto:

in un approccio storicamente determinato la questione del negazionismo si è posta con specifico riferimento all'evento costituito dallo sterminio degli ebrei in Europa praticato dalla Germania nazista, da alleati e da collaborazionisti, in un crescendo culminato durante la seconda guerra mondiale.

La dilatazione della questione alla negazione di altri crimini “smisurati”, avvenuta nello scorcio temporale successivo al 1945 è il risultato di almeno tre fattori.

a) Il verificarsi di grandi mutamenti geopolitici [fine dell'Unione Sovietica e fine dei regimi comunisti satelliti, dissoluzione degli imperi coloniali, emergere, in quei contesti, di nuove potenze economiche e militari]

b) Il consolidarsi di una filosofia universalistica dei diritti fondamentali.

c) Il dilatarsi dell'esperienza del diritto penale internazionale.

Apologia, negazione, minimizzazione grossolana, giustificazione, altri interverranno ana-

<sup>7</sup> Un percorso di costruzione dell'oggetto della tutela che ricorda quello adottato in tema di tutela della religione, con l'affermazione di una dimensione individuale dell'interesse protetto. VISCONTI (2015), pp. 1049 e ss.

<sup>8</sup> Parla di oikofobia e xenofilia europee CRISTIN (2017), pp. 115 e ss.

<sup>9</sup> Mi riferisco alla recente legge penale adottata in Polonia con il divieto di definire “campi di concentramento polacchi” i lager presenti nel suo territorio e alle dichiarazioni del suo premier (cfr. *Shoah, il premier della Polonia: “ci furono criminali anche ebrei. Netanyahu furioso*, in *La Repubblica* 17 febbraio 2018. Per una rassegna della situazione anche in altri paesi dell'Europa orientale, PASCALI (2018).



liticamente su queste diverse manifestazioni di ciò che sinteticamente indicherò come “negazionismo”<sup>10</sup>.

La giuridificazione della Shoah ha contorni precisi [quei fatti hanno una agibilità probatoria riconducibile al notorio], non altrettanto può dirsi a proposito del proliferare di dibattiti che, magari senza negare il verificarsi storico di altri avvenimenti, ne propongano interpretazioni e riletture, più o meno prive di pregio, che mettano in dubbio la ricostruzione dominante alla stregua della attuale sensibilità, fortunatamente affermatasi nei confronti dei limiti dell’antica festa crudele della guerra, dei rapporti di sfruttamento e di rapina del terzo mondo<sup>11</sup>.

Il rischio è quello di una irruzione nella revisione storica: e su questo hanno proprio ragione gli storici. Quando temono che il ricorso al penale annulli l’essenza stessa del progredire della loro ricerca che si estinguerebbe, se affidata a decisioni giudiziarie su torti e ragioni della storia. Penso che solo qualche sprovveduto possa attribuire al termine revisionismo un’accezione negativa, da Terza internazionale, accezione che, per altro, non ha mancato di riproporsi in una cultura accademica ingessata dalla lunga e tenace egemonia di quel mondo: penso ad esempio alle critiche rivolte alla revisione storica del fascismo da parte di De Felice<sup>12</sup>. Ma penso anche, in tutt’altra ambientazione, alla emarginazione che subì Hannah Arendt per le sue corrispondenze da Gerusalemme. Un episodio di recente revisionismo, liquidato facilmente dalla cultura storica, quello, già ricordato, delle “Pasque di sangue” di Ariel Toaf.

Resta la questione della negazione della Shoah.

Essa riveste alcune particolarità rilevanti. Non penso tanto e solo alle mostruose dimensioni degli avvenimenti, alla sua teorizzazione e alle modalità scientifiche, meccanizzate, dello sterminio. Mi riferisco soprattutto allo strettissimo legame con la storia europea e al segno lasciato nello sviluppo di una idea di pacifica integrazione liberal-democratica del continente. Ma vi è un aspetto che ne definisce in modo forte la specialità e le ragioni per una evocazione anche dello strumento punitivo.

La negazione della Shoah, che può precisarsi in quella dei campi di sterminio, della soluzione finale, delle mille uccisioni di massa, etc. assume rilievo per un aspetto particolare: essa si iscrive in un discorso più vasto e complesso, sintetizzabile nelle “teorie del complotto”: in un conflitto mortale con i poteri forti ed occulti nelle mani della “internazionale ebraica”.

È questo il filo nero che unisce, nella storia contemporanea, il prima (*I protocolli dei savi di Sion*<sup>13</sup>) e il dopo la Shoah. Il negazionismo, o la minimizzazione grossolana, si annida oggi in molti discorsi pubblici nei quali l’antisemitismo riesce, in forme variegata, quasi sempre a fare capolino (lo strapotere delle banche, i poteri forti, la solidarietà verso regimi terroristici nemici mortali di Israele etc.).

Ancora: l’affievolirsi della narrazione diretta, “familiare”, a cui si contrappongono mezzi che favoriscono una comunicazione tanto capillare, quanto superficiale, se non falsa.

L’antisemitismo infine, nel contesto attuale, mostra una perenne giovinezza nell’estremismo e nel terrorismo islamico e ritorna a serpeggiare in Europa, sospinto da politiche di *ap-peasement* nei confronti dei prevalenti insediamenti multiculturali e dalla *realpolitik* verso Stati musulmani “moderati” che, però, non hanno mai rinunciato all’obiettivo della cancellazione di Israele. L’antisemitismo serpeggia anche negli schieramenti della sinistra estrema: ancora una memoria congelata nella vulgata marxista rappresentata dal sostegno dell’URSS ai regimi nazionalisti arabi durante la guerra fredda.

In conclusione: il problema ritengo che debba essere circoscritto alla negazione della Shoah, collocata in un contesto di “teoria del complotto”, che darà indicazioni in punto idoneità offensiva. Un’irrinunciabile clausola di idoneità fornisce spazio anche a valutazioni concernenti la attuale capacità diffusiva della menzogna. Qui il discorso si fa serio e problematico: la tossicità del veleno antidemocratico della negazione (è uno dei test del bilanciamento utilizzato dalla CEDU) è direttamente proporzionale alla fortuna politica dei movimenti che vi fanno [anche] ricorso, nel contesto di discorsi nazionalisti, populistici e antieuropeisti. Il concetto può essere quello dell’abuso del diritto democratico.

<sup>10</sup> Richiamo FRONZA (2012), e la completa bibliografia li richiamata, della stessa autrice, FRONZA (2016), pp. 1016 e ss.

<sup>11</sup> L’uomo bianco depresso Il fardello della civilizzazione, immaginato nella discussa poesia di R. Kipling, sarebbe oggi scosso dai singhiozzi. BRUKNER (2008).

<sup>12</sup> Esprime questa impostazione la ricostruzione di FOCARDI (2012), p. 244.

<sup>13</sup> Interessante che nelle pagine introduttive della edizione italiana del 1921: NILUS (1921) si dia atto del dibattito apertosi sulla falsità del documento. Ma la questione è altra “quella della loro veridicità”. “Quando nel 1905 il professor Sergyei Nilus rivelava, con la pubblicazione dei Protocolli, il piano di conquista politica del Sionismo ribelle ed oppresso, era ben lungi dal supporre che – quindici anni dopo – la sua pubblicazione sarebbe apparsa come la voce profetica alla quale il mondo ebbe il torto di non dare a suo tempo ascolto. Oggi una parte del terribile piano è attuata”.

Nei confini appena precisati può prospettarsi la necessità di una repressione (anche) penale della negazione della Shoah.

Non condivido le posizioni che individuano l'oggetto della tutela nella memoria delle vittime, dei discendenti e di una loro dignità identitaria<sup>14</sup>. Accanto a considerazioni riguardanti l'evanescenza del bene giuridico, mi sembra che proprio questa scelta apra la strada ad una proliferazione delle negazioni punibili; inneschi improbabili ed ingestibili comparazioni universali; non consenta di individuare il confine tra opinione storica e illecito.

Se la punizione del negazionismo ha una giustificazione essa va ricercata nell'ambito, e nei limiti, della criminalità politica in base ai criteri sopra individuati. Nella prospettiva della tutela delle istituzioni democratiche dal pericolo di aggressioni violente.

La formula adottata dal testo introdotto nel nostro paese, se da un lato si caratterizza per l'innesto di una aggravante delle fattispecie di propaganda o di istigazione alla violenza per motivi etnici, razziali, nazionali o religiosi, già previsti dalla L. n. 654/75, dall'altro, affiancando alla Shoah, altri crimini come definiti dallo Statuto di Roma, può riproporre le perplessità suscitate da quest'ultimo in relazione a contenziosi "storici" ancora aperti.

## 4. Il giudice che non costruisce la memoria.

Se esaminiamo il rapporto tra memoria (e tempo) e giustizia penale individuo un'altra dinamica, che definirei inversa rispetto a quelle appena descritte, nelle quali alla storiografia giudiziaria si affida il ruolo di veicolo di memoria e di ricostruzione di eventi e colpe.

Sono casi nei quali la memoria non è consegnata al giudice, anche se certamente ne è raggiunto e facilmente coinvolto, anche emotivamente: egli, possiamo dire, la riceve dall'esterno, come costruzione prodotta da un discorso pubblico al quale partecipano poteri centrali e locali<sup>15</sup>, forze politiche, movimenti e, soprattutto, media.

Sono costruzioni che sul piano politico servono a demonizzare l'avversario minandone i consensi (sono le guerre della memoria combattute nella fase bipolare della seconda repubblica); sulla giustizia penale poi incidono – ed è quanto qui ci interessa – legittimandone, certo con le migliori intenzioni, l'erosione dello statuto garantistico attraverso la legislazione dell'emergenza e l'espansione del cd. doppio binario.

Quattro esempi.

### 4.1. *Fascismo e Antifascismo.*

Tra storia e memoria: l'occhio e l'orecchio, solo successivamente i documenti, sono all'origine della storiografia. Nel nostro caso la contemporaneità e l'esperienza di vita vedono mischiare le cose e i sensi. Storia e memoria privata interferiscono, sono inestricabili nel produrre narrazione e interpretazione.

Esauritasi la memoria trasmessa dalla esperienza diretta, dal narrato familiare e dissoltosi lo schieramento che aveva dato vita al patto costituzionale, nel discorso pubblico l'antifascismo ha assunto una valenza non più riferibile ad una precisa esperienza storica. Ha una capacità connotativa indeterminata, il marchio di infamia può adattarsi a disparate contingenze del confronto politico. La mobilitazione antifascista ha raccolto le forze contro tendenze riformatrici di diversa natura (Craxi, Berlusconi, Renzi), continua a stigmatizzare l'avversario politico sui temi sociali (immigrazione) ed economici (liberismo ed economia di mercato) più urgenti.

Gli appelli contro il "pericolo fascista" si sono basati anche sulla intollerante demonizzazione della ricerca storica che volesse approntare ricostruzioni non orientate al presente. L'accusa, come è noto è stata quella di "revisionismo".

Ho sempre trovato interessante il ricorso a quel termine che, come ho detto, evoca il lessico terzointernazionalista.

Si svela forse la diversa vicenda di un altro protagonista della memoria del novecento, il

<sup>14</sup> CAPUTO (2014).

<sup>15</sup> Nel contesto dei poteri municipali le controversie toponomastiche e il simbolismo delle attribuzioni di cittadinanze onorarie. Vi è poi l'istituzione per legge dei "giorni della memoria". Da considerare che tra XV e XVI legislatura si sono avute 58 proposte di legge in questa direzione. FOCARDI (2012), pp. 241 e ss.



comunismo realizzato. Con ambiguità e reticenze, nel nostro contesto mai dissolte e che trovano origine, soprattutto, nel clima del secondo dopoguerra, nel racconto di una contrapposizione tra una vittoriosa democrazia sostanziale, popolare e socialista da una parte e dall'altra una democrazia (liberale), meramente formale, nutrita di diseguaglianze. Racconto a lungo apparso convincente che, in occidente, affascino gli intellettuali e sembrò mettere in angolo il pensiero liberale. Conseguenza questa comunque inaccettabile per il penalista. Ma neppure il disvelamento del grande inganno sembra essere riuscita a legittimare una riflessione unitaria sui totalitarismi del novecento, sotto il profilo dei crimini commessi<sup>16</sup>.

A proposito del recente progetto di incrementare l'armamentario penalistico antifascista (cd. progetto Fiano) penso che sia sufficiente l'attrezzatura già esistente, e, rispetto a squallide e grottesche esibizioni nostalgiche, quell'istanza si iscriva, magari inconsapevolmente, in una sorta di ologramma storico<sup>17</sup>.

Questa opinione riposa anche sulla convinzione che oggi i veri pericoli per la libertà nascono da idee e movimenti trasversali rispetto agli schieramenti consegnatici dalla prima fase repubblicana<sup>18</sup>: la memoria storica è indispensabile per interpretarne i progetti, ma non può essere una sorta di immutabile test predittivo del riproporsi di determinati avvenimenti storici.

Più utile è forse cogliere i segni presenti nella comunicazione politica. Essa si nutre dell'attacco feroce a tutte le élites e in special modo a quelle che si propongono come rappresentanza politica (fatti salvi ovviamente i propri leader, guru "visionari", *maitre à penser* simpatizzanti, icone improvvisate<sup>19</sup>); tra le parole più abusate quella di "sistema" e dei suoi appartenenti: "la casta", individuando in questo modo, in termini indistinti, nemici interni sempre nuovi; anche le élites tecniche e scientifiche, "gli specialisti" sono nel mirino, come i professionisti della politica: attraverso i nuovi media ognuno può interloquire "contro la scienza"; lo sdegno – "gelida mummificazione del rapporto con la vita" 20 – domina con costanza tutta la comunicazione (salvo poche eccezioni, spesso anche quella tradizionale, di giornali e televisioni).

## 4.2.

### *Mafia e Antimafia.*

*Una parola.* Si può dire che il lemma *Antimafia* abbia percorso le vicende siciliane e italiane parallelamente all'affermarsi, nel discorso pubblico, della questione della delinquenza mafiosa.

È tuttavia dagli ultimi due decenni del Novecento che al termine, progressivamente, si affida il compito di connotare una realtà assai più complessa rispetto a quella degli strumenti normativi di contrasto, amministrativi, di polizia, preventivi e penalistici in senso stretto, da rivolgere contro organizzazioni criminali determinate da un punto di vista territoriale, storico e sociologico.

È dallo scorcio temporale che ho indicato, che *Antimafia* si congeda dal solo campo – per altro mai dismesso, ma, al contrario, arato ininterrottamente fino ad oggi – delle risposte legislative di contrasto nei confronti di un fenomeno criminale che *in quegli anni* [in particolare nell'operato di Cosa nostra], aveva assunto dimensioni, audacia e ferocia intollerabili (omicidi di magistrati e agenti e funzionari di polizia, di uomini politici, fino all'adozione di tecniche e obiettivi terroristici).

*Antimafia*, progressivamente connota qualcosa di molto più vasto. Anzitutto un dover essere della politica. La ponderazione tra istanze di garanzia del diritto penale e prospettate necessità di *Antimafia*, deve sempre vedere sospette e perdenti le prime.

<sup>16</sup> Se penso che occorra rifuggere da interpretazioni della rivoluzione russa "tanto diffuse all'epoca della guerra fredda, in cui la gente comune appariva oggetto passivo delle malvage macchinazioni dei bolscevichi", privilegiando una chiave secondo la quale "quella che era iniziata come una rivoluzione di popolo covava già i germi della degenerazione in violenza e in dittatura: e ne furono vittime quelle stesse forze sociali che avevano realizzato il trionfo del regime bolscevico": FIGES (1996), pp. 8 e ss.; tuttavia resta la realtà immane dei crimini. Dall'affascinante opera di questo storico si può piuttosto ricavare una distinzione tra i due totalitarismi del novecento. All'ideologia criminale dell'esperienza nazista, basata sui miti razziali e sul progetto di sterminio e di asservimento dei popoli, si può contrapporre quella egualitaria, internazionalista e progressiva del comunismo. Ma questo non penso che basti ad emendarne gli strumenti. Rinvio alla bella monografia di GRAZIOSI (2007) e le perversioni tiranniche (penso a AMIS, (2005) e alla postfazione – lettera al fantasma di mio padre – sul travaglio del confronto con chi, nelle democrazie liberali, credette nel comunismo.

<sup>17</sup> Sugli "abusi della storia", che hanno animato la recente campagna elettorale in Italia, CAMPI, *La violenza dietro l'eclissi della storia*, in *Il Mattino*, 7 febbraio 2018; CAMPI, *Fascisti e antifascisti à la carte*, 12 febbraio 2018; MASCILLI MIGLIORINI, *Il rischio di banalizzarne ancora il fascismo*, in *Il Mattino*, 26 gennaio 2018.

<sup>18</sup> Utili le recenti riflessioni di MUELLER (2017).

<sup>19</sup> MUELLER (2017), pp. 26 e ss.

<sup>20</sup> Diverso, secondo DOGLIANI dalla indignazione, che è "passione politica violenta": DOGLIANI (2012).

L'intreccio tra mafia e politica in Sicilia, dal secondo dopoguerra aveva alimentato il racconto di autori, giornalisti e politici coraggiosi. Una trama che si voleva far culminare con il processo ad Andreotti. E che dal suo esito non è stata smentita; quella vicenda giudiziaria ha infatti dimostrato, se ce ne fosse bisogno, la distanza che separa (deve separare) la ricostruzione storica da quella giudiziaria.

Ma le forze politiche della seconda Repubblica hanno dovuto adeguarsi ad una sorta di *sequel* permanente: carte in regola, legittimazione e presentabilità di propri esponenti, impongono un articolo di fede, una “rinuncia a satana” che si condensa nella parola di cui ci occupiamo.

Essere antimafia deve fare riferimento ad una base di memoria che ha trovato principale riferimento negli avvenimenti sanguinosi della fase terroristica e stragista di Cosa nostra egemonizzata dai corleonesi. Una memoria che ha trovato, per legge, anche il suo giorno nel calendario (L. n. 56 del 4 maggio 2007) e al cui rispetto dovrebbe adeguarsi la ricostruzione giudiziaria in corso nel cd. processo sulla “trattativa” Stato-Mafia.

Quanto agli attori, *Antimafia*, non esprime così solo decisioni legislative in campo penale, amministrativo e di *law enforcement*: quelle decisioni sono infatti determinate da un circuito molto più vasto di protagonisti. Oggi, inoltre – e questo è un dato rilevante – i nuovi attori, sempre più spesso, si propongono in termini di aperto antagonismo nei confronti della classe politica. Tra gli argomenti forti della sua delegittimazione, accanto a corruzione, venalità, dissipazione di risorse pubbliche, possono stare anche incertezze o tentennamenti garantistici nei confronti di *Antimafia*.

Pronta è l'invettiva delatoria e infamante, che, rischiando di bruciare le *chances* di consenso di formazioni politiche ancora iscritte nella logica di una democrazia rappresentativa, sono trepidanti di fronte ad ogni scadenza elettorale. Sacerdotessa della memoria, l'attuale presidente della Commissione antimafia.

Un circuito vasto quello che determina quali siano le “carte in regola” dell'*Antimafia*, dicevo.

Agli attori della “società civile” (in cui si iscrive l'ambigua fisionomia dei “movimenti”) che ritroviamo nelle continue liturgie memorialistiche e pedagogiche, si possono affiancare momenti istituzionali [Commissione antimafia], alcuni politici che su *Antimafia* hanno costruito il loro profilo, i media [le principali testate a stampa, ovvero organi, come “Il Fatto quotidiano” che, sulla “poetica” congiunta di *Antimafia* e *Antipolitica*, ha confezionato il suo abito, con sullo sfondo il fascino intramontabile delle teorie del complotto]. Da non trascurare le rappresentazioni letterarie, cinematografiche e televisive che, a volte, hanno fatto la fortuna di autori e interpreti.

Sarebbe necessario, quindi, “ripensare l'*Antimafia*”. Alzare voci che propongano interpretazioni storiche, giuridiche e giudiziarie capaci di interrompere il percorso metastorico di quella che è divenuta una categoria dello spirito: il discrimine politico che non tollera distinguo, gettando nel fango ogni ragionante ricerca di verità<sup>21</sup>.

O da una parte o dall'altra!

## 4.3. *Corruzione e Anticorruzione.*

Come per la mafia, si vuole la corruzione dappertutto, con un percorso che, a volte si incrocia con l'antimafia.

Anche su questo si è costruita una memoria: l'evento storico fondante Tangentopoli o Manipulite, che dir si voglia<sup>22</sup>.

Ora, a proposito di quegli eventi, che ricomprendono la fine della prima Repubblica, non credo che quella conseguenza sia ascrivibile alle iniziative giudiziarie, nonostante un ruolo di protagonisti avuto dai magistrati, non solo milanesi, ma sono convinto che quei fatti siano stati alla base della costruzione di una narrazione (attraverso gli strumenti di cui già ho detto) che ancora influenza la scena politica e un diritto penale speciale in punto garanzie.

Anche a questo proposito un ruolo di primo piano nella costruzione di una memoria è svolto dai media: la memoria proposta è quella di una rivoluzione e di una moralizzazione della vita politica interrotta, tradita, della corruzione onnipresente che continua a vincere. Con

<sup>21</sup> È l'opera meritoria portata avanti dai pamphlet di FIANDACA, LUPO (2014); VISCONTI (2016).

<sup>22</sup> FELTRI (2016).

la rappresentazione dell'Italia come paese piagato da quel male. Rappresentazione che, quanto a dati e inferenze, suscita più di un dubbio<sup>23</sup>. Ma tant'è. La produzione legislativa sul tema è stata frenetica con un intreccio tra prevenzione e repressione, tra intervento penale e amministrativo, a tutti noto. Tutto ciò con uno slittamento semantico che conduce a interpretare il termine in senso lato, etico<sup>24</sup>: dal punto di vista giuridico penale ciò implica un superamento del carattere frammentario del sistema di tutela della PA.

## 5. Un ultimo esempio.

Alla fine di una parabola che, come visto, si è mossa dalla dismisura del male, la memoria, la narrazione e celebrazione impegna la comunicazione e il discorso pubblico in occasione di ricorrenze che riguardano anche l'area dell'illecito colposo.

Terremoti, valanghe, inondazioni e altri disastri compaiono in un calendario che, accanto alla rievocazione delle sofferenze delle vittime invoca la necessaria punizione di tutti i possibili responsabili delle calamità e quella, per le inadempienze, i ritardi, le inefficienze, gli illeciti dei poteri politici e amministrativi successivi agli eventi.

Un calendario vittimologico al quale sembra indulgere anche la attuale comunicazione cattolica, forse per reazione ad una secolarizzazione che con sempre più difficoltà è coinvolta da quella basata sulla memoria di santi e martiri.

## 6. Quale memoria per quale diritto penale.

Il diritto e in particolare la giustizia penale, hanno sempre interagito con il conflitto politico, è una storia che conosciamo dalle vicende della democrazia ateniese [il processo delle erme e quello agli strateghi tornati vittoriosi dalla battaglia delle Arginuse].

Solo gli eventi contemporanei sono suscettibili di una storiografia giuridificata che possa coinvolgere sanzioni penali: in questi casi il giudice è veicolo e costruttore di memoria. Ciò deve avvenire con i limiti individuati a proposito della giustizia internazionale e quelli imposti dal principio di libertà di espressione.

La giustizia penale può essere condizionata da costruzioni della memoria che ho definito esterne, alle quali contribuisce, ma il loro momento genetico corrisponde a dinamiche che hanno a che fare con il sostentamento di ideologie politiche, con la ricerca del consenso e con il decisivo ruolo della rappresentazione mediatica. In questo caso il giudice può essere condizionato ed essere veicolo di memoria.

In tutti questi casi il risultato finale è un'espansione della penalità che si congela dall'attenzione garantistica nei confronti dei fondamentali diritti civili di chi è sottoposto a processo e a condanna.

## Bibliografia

AMIS, Martin (2005): *Koba il terribile* (Torino, Einaudi).

BRUKNER, P (2008): *Il singhiozzo dell'uomo bianco. Il terzomondismo: storia di un mito duro a morire* (Parma, Guanda).

CAPUTO, Matteo (2014) "La menzogna di Auschwitz, le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del cd. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità", *Diritto penale contemporaneo*.

<sup>23</sup> Molto istruttivo e competente il recente intervento di CORBETTA (2017), volto a dimostrare lo scarto evidente, alla luce dei risultati di indagini empiriche, tra *accettabilità, esperienza diretta e percezione della corruzione*

<sup>24</sup> La corruzione "intesa, come noto, in senso ampio, quale assunzione di decisioni devianti dalla cura dell'interesse generale a causa di condizionamenti impropri". Così a proposito della più recente *vedette - la corruzione accademica - Aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione*, consultabile nel sito dell'ANAC.

CORBETTA, Piergiorgio (2017): “L’Italia e gli indici internazionali di corruzione. Siamo un paese corrotto?”, [www.rivistailmulino.it](http://www.rivistailmulino.it).

CORDERO, Franco (1971): *Procedura penale* (Milano, Giuffrè).

CRISTIN, Renato (2017): *I padroni del caos* (Macerata, Liberilibri).

DAMASKA, Miriam (2006): “L’incerta identità delle Corti Penali Internazionali”, *Criminalia*.

DOGLIANI, Mario (2012): “Costituzione e virtù politica. Indignazione e sdegno”, *Costituzionalismo.it*, 3.

FELTRI, Mattia (2016): *Novantatré* (Venezia, Marsilio).

FIANDACA, Giovanni e LUPO, Salvatore (2014): *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa* (Bari, Laterza).

FIGES, Orlando (1996): *La tragedia di un popolo* (Milano, Mondadori).

FOCARDI, Filippo (2012): “Rielaborare il passato. Usi pubblici della storia e della memoria in Italia dopo la prima repubblica”, in RESTA, Giorgio e ZENCOVICH, Zeno (editor): *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi* (Napoli, Editoriale Scientifica), pp. 241-271.

FRONZA, Emanuela (2012): *Il negazionismo come reato* (Milano, Giuffrè).

FRONZA, Emanuela (2016): “Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.

GARAPON, Antoine (2009): *Chiudere i conti con la storia. Colonizzazione, schiavitù, shoah* (Milano, Raffaello Cortina).

GRAZIOSI, Andrea (2007): *L’Urss di Lenin e di Stalin* (Bologna, Il Mulino).

MUELLER, Jan-Werner (2017): *Cosa è il populismo?* (Milano, UBE).

NILUS, Sergyei (1921): *L’internazionale ebraica. I protocolli dei “savi anziani di Sion”* (Roma, La vita italiana).

PASCALI, Piergiorgio (2018): “Riflusso neonazista. La deriva dell’Est Europa: negare gli orrori del passato”, *Avvenire*.

RESTA, Giovanni e ZENCOVICH, Zeno (2012): “La storia “giuridificata”, in RESTA, Giovanni e ZENCOVICH, Zeno (editor): *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi* (Napoli, Editoriale Scientifica).

ROSONI, Isabella (2008): “L’affaire Toaff”, [Ius17@unibo.it](mailto:Ius17@unibo.it).

VISCONTI, Costantino (2015): “La tutela penale della religione nell’età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.

VISCONTI, Costantino (2016): *La mafia è dappertutto. Falso!* (Bari, Laterza).



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>