

Agostina Latino*

Il diritto alla memoria e le norme anti-negazioniste

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il diritto alla memoria nell'ordinamento internazionale – 3. Leggi memoriali e norme anti-negazioniste: evoluzione o involuzione?

1. *Introduzione*

Com'è noto, il 27 gennaio di ogni anno si celebra il *Giorno della Memoria*, in cui vengono ricordate le vittime della Shoah che corrispondono approssimativamente a sei milioni di Ebrei, quasi 3 milioni di Slavi, circa due milioni di dissidenti politici, fra i 90 e i 200mila Rom, 150mila persone con disabilità e un numero imprecisato di omosessuali.

La data, designata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con la ris. 60/7 del 1° novembre 2005, è l'anniversario dell'irruzione delle truppe dell'Armata Rossa nel campo di concentramento di Auschwitz-Birkenau.

In verità, l'Italia, aveva già istituzionalizzato il *Giorno della Memoria* cinque anni prima, con la legge 211 del 20 luglio 2000, «...al fine di ricordare la Shoah (sterminio del popolo ebraico), le leggi razziali, la persecuzione italiana dei cittadini ebrei, gli italiani che hanno subito la deportazione, la prigionia, la morte, nonché coloro che, anche in campi e schieramenti diversi, si sono opposti al progetto di sterminio, e a rischio della propria vita hanno salvato altre vite e protetto i perseguitati» (art.1). Nell'art. 2 si fa riferimento alla necessità di programmare «cerimonie, iniziative, incontri e momenti comuni di narrazione dei fatti e di riflessione, in modo particolare nelle scuole di ogni ordine e grado, su quanto è accaduto al popolo ebraico e ai deportati militari e politici italiani nei campi nazisti in modo da conservare nel futuro dell'Italia la memoria di un tragico e oscuro periodo della storia nel nostro Paese e in Europa, e affinché simili eventi non possano mai più accadere».

* Professore aggregato di Diritto internazionale, Università di Camerino.

In primo luogo, va rilevato come una simile ricorrenza è stata cristallizzata in commemorazione ufficiale solamente in tempi relativamente recenti, a distanza di più di sessant'anni dagli eventi, quale primo punto di approdo di un lungo percorso di presa di coscienza collettiva che ha trasformato la Shoah in patrimonio della memoria universale comune del XX secolo. Detto in altri termini l'afasia che nel secondo dopoguerra colpì una larga fetta della società tedesca e, più in generale, altri complici, più o meno silenti, di altri Paesi europei, ritrova la voce solo a distanza di decenni attraverso norme memoriali, adottate a livello tanto dei singoli ordinamenti interni che del diritto internazionale.

In seconda battuta, è opportuno considerare che l'ulteriore declinazione del diritto alla memoria in norme anti-negazioniste ha dato vita a un dibattito giuridico alquanto acceso poiché si è sostenuto che il diritto di taluno di vedere la propria memoria accolta e il proprio dolore rispettato rischia di trasformarsi in censura o limitazione della libertà di parola per qualcun altro. Tanto le norme memoriali, quanto le norme anti-negazioniste, infatti, affondano le loro radici in un medesimo paradigma valoriale, ma le seconde, adottando lo strumento della sanzione penale per chi si ponga in contrasto con esso, rischiano, secondo taluni, di compromettere tanto il principio di laicità e di equidistanza del potere pubblico rispetto al diritto della libertà di manifestazione del pensiero e della formazione di un'opinione scevra da condizionamenti quanto la pretesa degli studiosi di godere della più ampia autonomia culturale in linea con la libertà d'insegnamento e di ricerca scientifica¹.

La cronaca recente registra episodi in cui tali tensioni emergono anche a livello politico-sociale a livello nazionale e locale.

Sotto il primo profilo, basti ricordare le polemiche che hanno accompagnato l'istituzione nell'ottobre 2019 della c.d. Commissione Segre, ossia la Commissione bicamerale di indirizzo e controllo sui fenomeni di

¹ I primi disegni di legge volti a introdurre il reato di negazionismo hanno subito provocato l'alzata di scudi degli storici italiani. Nel 2007 più di 200 firmarono un appello nel quale si elencavano i motivi per cui una legge del genere risultava pericolosa, inutile e controproducente: in estrema sintesi, si criticava, da un lato, la possibilità, offerta ai negazionisti, «di ergersi a difensori della libertà d'espressione»; dall'altro, l'attribuzione allo Stato di definire una verità storica, che si espone al rischio di essere successivamente delegittimata, e che mina «la fiducia nel libero confronto di posizioni e nella libera ricerca storiografica e intellettuale». Il rimedio suggerito dagli storici in luogo della criminalizzazione è dato dal ruolo della società civile cui spetta il compito di combattere il negazionismo, «attraverso una costante battaglia culturale, etica e politica»: Cfr. *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, Manifesto proposto da M. Flores, S. Levi Sullam, E. Traverso, apparso su diversi quotidiani del 23 gennaio 2007 e consultabile in www.sissco.it.

intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza nei confronti di persone o gruppi sociali sulla base di alcune caratteristiche quali l'etnia, la religione, la provenienza, l'orientamento sessuale, l'identità di genere o di altre particolari condizioni fisiche o psichiche. La Commissione, che avrà il compito tanto di monitorare fenomeni di intolleranza, quanto di impulso legislativo, ha visto la luce malgrado l'astensione di 98 esponenti del centrodestra preoccupati dal rischio che una siffatta Commissione possa di fatto ergersi a organo dedito a porre in essere un "processo alle idee" limitativo della libertà di espressione.

Sotto il secondo profilo, da ultimo, nel novembre 2019, il Consiglio comunale di Schio ha bocciato una mozione per il posizionamento di pietre d'inciampo dove risiedevano i 14 deportati della città che morirono nei lager, sulla base della motivazione avanzata da alcuni membri del Consiglio secondo la quale iniziative del genere «rischiano di portare di nuovo odio e divisioni» perché finiscono per «ricordare solamente qualcuno, a discapito di altri» (sic!).

In queste brevi note si cercherà quindi innanzitutto di ricostruire l'emersione del diritto alla memoria nell'ordinamento internazionale e, in secondo luogo, di dare brevemente conto delle posizioni relative allo sviluppo delle leggi memoriali in norme anti-negazioniste, ossia dell'*upgrading* con cui il legislatore passa dal mero suggerire una visione consolidata di determinati avvenimenti del passato, all'adozione di un apparato repressivo con cui si impone una visione ufficiale e inconfutabile degli eventi.

2. *Il diritto alla memoria nell'ordinamento internazionale*

Nell'ultimo decennio del XX secolo il ventaglio dei diritti umani si è arricchito del diritto alla memoria, che costituisce, unitamente al diritto alla giustizia e alla verità, un prisma attraverso cui la narrazione comune del passato è chiamata a scongiurare il rischio, facilitato dalla scomparsa dei soggetti coinvolti, della messa in discussione di eventi storici particolarmente complessi, nei quali, scientemente e sistematicamente, le basiche garanzie della persona umana siano state compromesse e violate.

La funzione di tale diritto è quadrupla: terapeutica per i protagonisti e i loro familiari, processuale nelle aule dei tribunali, pedagogica per le future generazioni, culturale per gli storici cui fornisce testimonianze attendibili per narrare il passato. Come ben rilevato da Farida Shaheed, Relatore Speciale sui diritti culturali del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite,

«gli obiettivi assegnati ai processi di memorializzazione sono sfaccettati e, indipendentemente dalla diversità di forme e modalità, hanno sia scopi privati/riflessivi che pubblici/educativi. Sono orientati non solo verso il passato (ricordare gli eventi, riconoscere e onorare le vittime), ma anche verso il presente (processi di guarigione e ricostruzione della fiducia tra le comunità) e il futuro (prevenire ulteriori violenze attraverso l'educazione e la sensibilizzazione)»².

Se il diritto alla memoria ha una dimensione tanto privata che pubblica, esso è dunque un diritto al contempo individuale e collettivo. Sotto il primo profilo, appartiene alla sfera soggettiva di un singolo che può anche scegliere strade alternative, quali ad esempio l'oblio. Ma sotto il secondo profilo, la sua affermazione garantisce a una collettività (un popolo, una minoranza, un gruppo etnico, religioso, politico, etc.) l'esigenza di tutelare le proprie radici, fondamenti di identità di vario genere, sicché la rimozione della memoria rischia di ipotecare la conoscenza e i giudizi delle generazioni future. Il diritto alla memoria è anche strettamente connesso al diritto alla verità, le cui dimensioni privata e pubblica sono inscindibili: tanto la vittima individuale, quanto la vittima-comunità, devono poter vedere pubblicamente riconosciuto il loro dolore e ottenere la piena conoscenza delle circostanze e delle ragioni del torto subito. Questa stretta correlazione fra diritto alla verità e diritto alla memoria fa sì che in alcuni casi, piuttosto che di diritto *alla memoria*, dovrebbe parlarsi di diritto *alle memorie*. In effetti, un'unica memoria condivisa è spesso frutto di un processo negoziale fra parti contrapposte, ossia fra chi afferma di aver subito soprusi e violenze e chi ammette di averle inferte dopo averlo, spesso a lungo, negato. Il diritto alla memoria rappresenta dunque più il traguardo che il punto di partenza nell'accertamento dell'evento storico. La "memoria" non va quindi usata quale sinonimo di "storia": la prima è immanente, intrisa di emozioni che eternizzano il ricordo; la seconda è frutto di un lavoro di ricostruzione basata su fonti (documenti archivistici, testimonianze orali, iconografiche, audiovisive), ossia un lavoro intellettuale di riflessione critica, che laicizza l'evento. Ebbene, la memoria condivisa cerca di ribadire che la pluralità delle prospettive, delle letture, delle interpretazioni e delle narrazioni storiche che ne derivano non implicano l'adozione di un relativismo indifferente alla ricerca della verità, bensì, viceversa, fa parte dei meccanismi di rivendicazione sociale, in quanto non si limita ad appoggiare l'esperienza delle vittime e dei sopravvissuti come fulcro del processo di ricostruzione del tessuto sociale

² Human Rights Council Twenty-fifth session, Agenda item 3, *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development*; A/HRC/25/49, 23 January 2014, §13. Traduzione nostra.

e della ricerca di soluzioni politiche al conflitto, ma è votata anche alla costruzione di un'identità collettiva che si basi sul rispetto dei diritti umani.

Il diritto – uno e bino – alla memoria e alla verità si pone dunque come preconditione indispensabile per la pacificazione in particolare nei casi di violazioni gravi e sistematiche dei diritti della persona umana, sicché l'obbligo di consentirne la piena realizzazione farà capo innanzitutto allo Stato che ha posto in essere – o non è riuscito a evitare – siffatte violazioni e, in secondo luogo, a ciascun membro della Comunità internazionale, secondo una declinazione *erga omnes* di tale obbligo: sulla base del principio di solidarietà, se ciascuno Stato ha un interesse giuridico alla tutela di tale diritto, ha altresì il dovere di attivarsi adottando misure positive per assicurarne la piena e concreta attuazione.

Nel quadro delle Nazioni Unite, sul piano del *soft law* sono stati adottati strumenti che annoverano il diritto alla memoria tra le forme innovative di riparazione, ossia quale forma di soddisfazione e garanzia di non ripetizione in caso di violazioni gravi di obblighi in materia di diritti fondamentali della persona umana. Nel 1997 è stato elaborato il *Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights Through Actions to Combat Impunity*³, in cui vengono enucleati i quattro diritti-pilastro della giustizia di transizione: quello di conoscere i fatti e quello alla giustizia, il conseguente diritto alla riparazione e le garanzie di non ripetizione. In particolare, il Principio 2, intitolato *The duty to remember*, sancisce che «la conoscenza di un popolo della storia della sua oppressione fa parte del suo patrimonio e, come tale, deve essere preservata dallo Stato con misure adeguate in adempimento del suo dovere di memoria. Tali misure devono essere volte a preservare la memoria collettiva dall'estinzione e, in particolare, a prevenire lo sviluppo di argomentazioni revisioniste e negazioniste»⁴.

Il *Set of Principles* è stato poi aggiornato con lo *Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity*⁵, in cui, dopo aver affermato l'inalienabile diritto alla verità di «ogni individuo (...) sugli eventi passati relativi alla perpetrazione di

³ Economic and Social Council, Commission on Human Rights, *The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees – Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*, Revised final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119 E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 October 1997.

⁴ Ivi, p. 17, traduzione nostra.

⁵ Economic and Social Council, Commission on Human Rights, *Promotion and Protection of Human Rights, Impunity: Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher - Addendum: Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 February 2005.

crimini efferati e sulle circostanze e le ragioni che hanno portato, attraverso violazioni massicce o sistematiche, alla perpetrazione di tali crimini» si sottolinea che « il pieno ed effettivo esercizio del diritto alla verità costituisce una salvaguardia vitale contro il ripetersi di simili violazioni» (*Principle 2*)⁶. Il diritto alla verità è quindi concepito quale forma di garanzia di non ripetizione. Va peraltro rilevato che il *right to know* non viene limitato in questo quadro alla verità processuale, poiché nel *Principle 4* lo si afferma «irrespective of any legal proceedings». Quanto poi al diritto alla preservazione della memoria della storia dell'oppressione subita, quale parte della propria eredità, si sottolinea l'obbligo dello Stato «to preserve archives and other evidence concerning violations of human rights and humanitarian law» (*Principle 3*). Nell'*Updated Set Principles* emerge quindi chiaramente tanto la relazione biunivoca del diritto alla memoria con il diritto alla verità, l'uno non potendo prescindere dall'altro, quanto la funzione riparatoria di tali diritti. Di tal guisa, il superamento del vittimo-centrismo *uti singulus* e la – conseguente – peculiarità del diritto alla memoria si riflettono anche sulla funzione della (eventuale) pena: i suoi usuali e “classici” scopi e canoni (prevenzione generale e particolare, retribuzione, proporzionalità) sono corredati da fini ulteriori (stigmatizzazione, compensazione, riconciliazione).

L'inserimento del diritto alla verità e alla memoria nell'alveo delle forme di riparazione è ancora più chiaramente riaffermata nella Risoluzione 60/147 del 2005 con cui l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato i *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*. Qui, oltre a forme, per così dire “classiche”, quali la verifica dei fatti e la diffusione pubblica di tutta la verità, si evoca la necessità di una dichiarazione ufficiale o decisione giudiziaria volta a restituire la dignità alle vittime e ai loro familiari, nonché di pubbliche scuse, in cui emerga nettamente il riconoscimento dei fatti e l'assunzione delle responsabilità, in commemorazioni e tributi alle vittime e in un resoconto accurato delle violazioni del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani da utilizzare quale materiale didattico a tutti i livelli della formazione. Il binomio diritto alla verità/alla memoria ha trovato la sua più ampia applicazione, da un lato, in America Latina, nella prassi della Corte inter-americana dei diritti umani, dall'altro, in contesti post-dittatoriali o di *transitional justice*, soprattutto avuto riguardo alle Commissioni di verità e riconciliazione.

Nel primo contesto, la tendenza alla *memorialization*, ha portato la Corte inter-americana dei diritti umani, non solo a disporre pratiche sociali di

⁶ Ivi, p. 7, traduzione nostra.

preservazione degli eventi passati – tramite ad esempio l'apposizione di targhe e lapidi, lo svolgersi di commemorazioni pubbliche, la creazione di cimiteri dove onorare resti senza nome di alcune vittime –, ma anche ad affermare l'inammissibilità di amnistie e prescrizioni, nonché di cause di esclusione della responsabilità che pretendano di impedire le indagini e la punizione dei responsabili di violazioni gravi dei diritti umani: i relativi provvedimenti, secondo la Corte, sono privi di efficacia giuridica proprio perché privano le vittime dei loro diritti quali, *inter alia*, quelli alla verità e alla memoria.

Per quel che concerne le Commissioni di verità e riconciliazione e la prassi in merito al diritto alla memoria – dalla titolarità al contempo soggettiva e diffusa – possono ricordarsi, *ex plurimis*, la *Commission for Historical Clarification* in Guatemala secondo la quale, al fine di preservare «the historical memory, both individual and collective», quali «basis of national identity», ha raccomandato, *inter alia*, di costruire monumenti e di intitolare parchi, edifici pubblici e autostrade alla memoria delle vittime⁷. Ancora, la *Commission on the Truth for El Salvador* ha raccomandato sia la costruzione di un monumento nazionale che riportasse i nomi di tutte le vittime del conflitto, e quindi il riconoscimento del loro buon nome e dei gravi crimini che avevano subito, sia l'istituzione di una festa nazionale in loro memoria come simbolo di riconciliazione⁸. Altre Commissioni hanno altresì raccomandato di trasformare i luoghi di detenzione delle vittime in luoghi della memoria: ad esempio, la *Commission d'Enquête du Ministère Chadien de la Justice sur les Crimes du Régime de Hissène Habré*, negli anni 1990-1992, oltre a ordinare la costruzione di un memoriale per le vittime della repressione e a richiedere che la seconda domenica del mese di dicembre fosse dichiarata giornata di preghiera e di memoria, ha raccomandato che l'ex sede della *Direction de la Documentation et de la Sécurité* (ossia la sede dei servizi segreti) fosse trasformata da prigione clandestina in museo. Del pari, in Marocco, l'*Equity and Reconciliation Commission* ha raccomandato nella sua relazione finale la trasformazione dei vecchi centri di detenzione illegale in progetti in grado di preservare la memoria⁹.

⁷ *Report of the Commission for Historical Clarification, Conclusions and Recommendations*, p. 49 (<https://hrdag.org/wp-content/uploads/2013/01/CEHreport-english.pdf>). Nel Rapporto si presta particolare attenzione alla necessità di tenere nella debita considerazione la natura multiculturale della nazione guatemalteca e di promuovere e autorizzare la creazione di monumenti e cimiteri comunali sviluppati secondo le forme della memoria collettiva Maya.

⁸ *From Madness to Hope: the 12-year war in El Salvador: Report of the Commission on the Truth for El Salvador*, S/25500, p. 186 (<http://www.usip.org/sites/default/files/file/ElSalvador-Report.pdf>).

⁹ *Equity and Reconciliation Commission, final report, Truth, Equity and Reconciliation*, vol. 1, *in specie* pp. 92 e 99, (http://www.ccdh.org.ma/IMG/pdf/rapport_ang_1.pdf).

3. *Leggi memoriali e norme anti-negazioniste: evoluzione o involuzione?*

In esito all'affermarsi del diritto alla memoria, si registrano ulteriori sviluppi che tendono a cristallizzarlo attraverso l'elaborazione di norme anti-negazioniste di rilevanza penale¹⁰. Con riferimento particolare al quadro regionale europeo, la Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio "sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale" impone agli Stati membri dell'Unione di adottare le misure necessarie affinché siano resi punibili diversi comportamenti intenzionali¹¹. Specificamente, l'art. 1 della Decisione prevede che gli Stati membri criminalizzino le condotte di:

- a) istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica;
- b) perpetrazione di uno degli atti di cui alla lettera a) mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale;
- c) apologia, negazione o minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito *supra* lett. a) quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro;
- d) apologia, negazione o minimizzazione grossolana dei crimini definiti all'articolo 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito *supra* lett.a), quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro.

In sintesi, quindi, lo strumento europeo prescrive che siano punite, da un lato, le condotte di istigazione alla violenza o all'odio, realizzatasi pubblicamente; dall'altro, le (diverse) condotte di apologia, negazione e minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra (definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale e di quelli definiti all'articolo 6 dello

¹⁰ Sul diritto alla memoria e le sue concretizzazioni penalistiche si vedano gli accurati studi di E. FRONZA a partire da *Il negazionismo come reato*, Milano, Giuffrè, 2012.

¹¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:it:PDF>

Statuto del Tribunale militare di Norimberga), purché tali comportamenti siano commessi in pubblico e posti in essere in modo atto a istigare alla violenza e all'odio.

La Decisione Quadro ha trovato applicazione in Italia con la legge 116/2016 con cui il legislatore ha aggiunto il comma *3-bis* alla legge 654/1975, in base al quale comportamenti di discriminazione e odio, istigazione di reati a sfondo razziale, già puniti con la legge previgente, trovano una sanzione aggravata da due a sei anni di reclusione quando si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale, posto che da tali comportamenti derivi un "concreto pericolo di diffusione". Successivamente, con la legge 167/2016, al comma *3-bis* dell'art. 3 l. 654/1975 dopo le parole: «si fondano in tutto o in parte sulla negazione» è stata aggiunta la locuzione: «sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia». In effetti, l'intervento legislativo appare opportuno in quanto l'apologia e la minimizzazione grossolana erano precedentemente ignorate dal legislatore nazionale, poiché si dava rilievo alla sola istigazione e alla negazione. In buona sostanza, il nuovo comma *3-bis* recita: *«Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232».*

Si rileva dunque una non perfetta coincidenza fra quanto richiesto dal provvedimento europeo e la novella adattativa del nostro legislatore. Da un lato, nella norma italiana si dà risalto anche a condotte, quali la propaganda e l'incitamento, non espressamente menzionate dalla Decisione Quadro. Dall'altro, il legislatore nazionale non ha previsto nel comma *3-bis* il requisito della pubblicità delle condotte incriminate, più volte menzionato dal legislatore europeo: al suo posto è richiesto il pericolo concreto. La scelta appare condivisibile se si pone mente al fatto che lo strumento di armonizzazione europeo si limita a fissare contenuti minimi: la norma di adattamento, nel disporre la punibilità di istigazioni all'odio concretamente pericolose, anche se commesse in privato, amplia – e non restringe – il campo del penalmente rilevante.

Infine, va dato conto del fatto che alcuni studiosi contestano l'opportunità di simili prescrizioni normative poiché, secondo costoro, il diritto dovrebbe essere "indifferente" rispetto ai negazionisti, prendendoli in considerazione

solamente nel caso in cui essi pongano in essere condotte altrimenti rilevanti sotto il profilo penale come ad esempio nei casi di istigazione alla violenza e all'odio¹². In estrema sintesi, il dibattito verte sull'(in)opportunità di bilanciare in chiave repressiva gli interessi contrapposti della libertà di pensiero e del diritto alla memoria. Le norme anti-negazioniste in effetti fanno propendere la bilancia a favore di quest'ultimo, comprimendo il primo. Ebbene, a parere di chi scrive, limitarsi a prevedere che "bisogna ricordare", senza imporre anche "come" bisogna ricordare, irrogando una sanzione a chi pretende di ricordare in un modo differente, negando fatti incontrovertibili, svuoterebbe di significato il primo precetto. Detto in altri termini, il diritto alla memoria va ricostruito in chiave sinallagmatica: al dovere di ricordare, fa da contraltare il diritto di pretendere che il passato, ricostruito sulla base di studi sistematici attraverso una paziente cucitura a mosaico di piccole e grandi testimonianze, non possa essere mistificato impunemente.

Come ha ben affermato Sotis: «chi nega la Shoah (...) colpisce in profondità non o non tanto i poteri costituiti, le strutture date, ma molto di più, ovvero 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. Il negazionismo attacca dunque il momento costituente della democrazia, molto più che i suoi aspetti costituiti»¹³. In altri termini, consentire la libera circolazione di tesi negazioniste, lungi dal realizzare il disposto dell'art. 21 della Costituzione, ossia il principio della libertà di manifestazione del pensiero, minerebbe alle radici l'impianto democratico e l'intero assetto sociale il cui fulcro va rinvenuto nella tutela della dignità della persona umana.

Se dunque il discorso negazionista rappresenta un'aggressione alle fondamenta etico-giuridiche da cui ha preso il via la ricostruzione nel secondo dopoguerra, le norme anti-negazioniste devono essere intese come volte a disinnescare il portato profetico di quanto da altri sostenuto: «negare, abolire, annientare il deposito mnemonico della Shoah significa rimuovere ciò che è stato e fornire un piano inclinato perché riaccada»¹⁴.

¹² Per tutti, si veda G. DELLA MORTE, *Cinque argomenti contro il reato di negazionismo*, 2014; ID, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, 2016. Entrambi gli interventi si leggono nel sito <http://www.sidiblog.org>.

¹³ C. SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2007, p.97.

¹⁴ M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, 2014, p. 32, in <https://www.penalecontemporaneo.it>.