UNIVERSITY OF HELSINKI

https://helda.helsinki.fi

Kriminalisering av Förintelseförnekelse : – minne, rätt och europeisk identitet

Stenlund, Karolina

2023-09-27
Akademisk Forlag
http://hdl.handle.net/10138/565843
Stenlund, K 2023, 'Kriminalisering av Förintelseförnekelse : – minne, rätt och europeisk identitet', Retfærd : nordisk juridisk tidsskrift, vol. 3/2023, nr. 177, s. 23-39.

Downloaded from Helda, University of Helsinki institutional repository. https://helda.helsinki.fi
This is an electronic reprint of the original article.
This reprint may differ from the original in pagination and typographic detail.
Please cite the original version.

Kriminalisering av Förintelseförnekelse – minne, rätt och europeisk identitet

*Karolina Stenlund**

"The Holocaust was a European tragedy, it was a turning point in our history and its legacy is woven into the DNA of the European Union. Remembering the Shoah is not an end in itself. It is one cornerstone of European values. A Europe that places humanity at its centre, protected by the rule of law, democracy and fundamental rights."

Ursula von der Leyen, Charles Michel & David Maria Sassoli
På minnesceremonin 75 år efter frigivningen av Auschwitz

Keywords: *minneslagstiftning, minne, Förintelseförnekelse, EU-rätt, kollektiva narrativ, rasismbeslutet, historieskrivning*

Inledning

Den 18:e februari 2021 mottog Sveriges och Finlands regeringar formella underrättelser från EU-kommissionen gällande påstådda överträdelser av EU-rätten. Enligt underrättelserna har länderna delvis underlåtit att implementera *Rådets rambeslut 2008/913/RIF av den 28 november 2008 om bekämpande av vissa former av och uttryck för rasism och främlingsfientlighet enligt strafflagstiftningen*[1] – ett dokument som bland annat behandlar kriminalisering av folkmordsförnekelse. De officiella underrättelserna utgör delar av de överträdelseförfaranden som har inletts mot, inte bara Sverige och Finland, utan även mot länder som Belgien, Bulgarien och Polen.[2]

Denna artikel behandlar Finlands och Sveriges pågående arbete med att anpassa sin nationella lagstiftning till kommissionens tolkning av rambeslutet. Artikeln gör gällande att Kommissionens kritik mot Finland och Sverige inte kan försvaras ur straffrättslig synvinkel. De förändringar som efterfrågas innebär inte en utökad kriminalisering av folkmords- och Förintelseförnekelse. I stället är det tydligt att kommissionen använder rambeslutet i syfte att reglera EU:s kollektiva minne och skapa ett gemensamt historiskt narrativ. Rambeslutet intar formen av en minneslagstiftning som dessutom är djupt politiskt präglat av Tysklands historiska bearbetande av sitt förflutna.

* Postdoktor, EuroStorie-CoE in Law, Identity, and the European Narratives. Helsinki University. Finansieras av Finlands Akademi.

1. Hädanefter rambeslutet. Sedan arbetet med artikeln avslutades har ett betänkande av Kommittén om kriminalisering av förnekelse av Förintelsen och av vissa andra brott, SOU 2023:17 lämnats i Sverige.

2. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_441.

Bakgrund och problembeskrivning

Frågan om den korrekta implementeringen av rambeslutet behandlas av både EU och medlemsstaterna som en *straffrättslig* fråga. I kommunikationen om ämnet står det exempelvis klart att både Sverige och Finland menar att de nationella strafflagstiftningarna lever upp till de krav som EU ställer.[3] Kommissionen hävdar dock motsatsen.[4]

Eftersom de nordiska länderna – i synnerhet Sverige – har en tradition av offentligt tillgängliga handlingar finns en unik möjlighet att som forskare studera och analysera den pågående implementeringsprocessen. Intressant nog speglar nämligen de argument som framförs olika synsätt på hur det offentliga söker förhålla sig till historien. Flera olika tolkningsmöjligheter av rambeslutet står tillbuds – vilket bland annat är en följd av regleringens utformning. Flertalet av rambeslutets formuleringar är vaga, öppna och inte ägnade att användas som grund för kriminalisering – ändå hävdar kommissionen till exempel att ett uppfyllande av rambeslutet *kräver* att offentligt urskuldrande, förnekande eller flagrant förringande av vissa internationella brott måste vara kriminaliserande i den nationella lagen. (Detta är alltså inte fallet med Finlands och Sveriges nuvarande regleringar.) Både Sverige och Finland hävdar dock att den tolkning som kommissionen framhåller saknar tydligt stöd i rambeslutets ordalydelse. De argument som Sverige och Finland framför har enligt mig skäl för sig, och orsakerna till min ståndpunkt ska behandlas nedan. Frågan som inställer sig blir därmed: Varför vill kommissionen i så hög grad att exempelvis Förintelseförnekelse i sig ska vara brottsligt enligt den finska strafflagen och svenska brottsbalken?

Ett svar hade kunnat vara att den finska och svenska lagen är för vag. Om lagstiftaren tydligt skrev ut till exempel Förintelseförnekelse som ett rekvisit skulle det, enligt detta synsätt, leda till fler fällande domar och större samhällssäkerhet. Problemet är dock att en sådan argumentation dels saknar förankring i rättskällorna, dels saknar empiriskt stöd. Som kommer visas nedan täcker redan det finska och svenska brottet ”hets mot folkgrupp” området för Förintelseförnekelse. Vidare är det inte givet att länder som kriminaliserar förnekandet av vissa historiska händelser har ett bättre skydd för sina berörda minoriteter.

Eftersom EU:s argumentation inte kan försvaras *straffrättsligt* – de nuvarande reglerna om bland annat hets mot folkgrupp uppfyller EU-rättens materiella krav – måste rationaliteten bakom kommissionens kritik hämtas från en annan kontext. Rambeslutet kan inte analyseras utifrån en straffrättslig förståelsehorisont eftersom nuvarande regleringen redan täcker området för vad som krävs enligt rambeslutet. Ett annat svar på frågan varför EU argumenterar för att framförallt Förintelseförnekelse ska kunna utläsas i den nationella lagen, kan ges om kommissionens agerande ses som en del av ett större EU-politiskt identitetsprojekt. Utifrån detta perspektiv blir det tydligt att EU använder rambeslutet som ett verktyg i byggandet av en ”europeisk identitet”. EU efterfrågar ett slags *minneslagstiftning*, vilket alltså är en typ av lagstiftning som syftar till att statligt godkänna

3. Se Svar på kommissionens formella underrättelse om Sveriges genomförande av rådets rambeslut 2008/913/RIF, överträdelseärende 2020/2324, Diarienr Ju2021/00826 (Hädanefter Sveriges svar); SUOMEN HALLITUKSEN VASTAUS KOMISSION VIRALLISEEN HUOMAUTUKSEEN ASIASSA INFR(2020)2320; rasismin ja muukalaisvihan tiettyjen muotojen ja ilmaisujen torjumisesta rikosoikeudellisin keinoin tehdyn neuvoston puitepäätöksen 2008/913/EY täytäntöönpano, UM2021-00398 (Hädanefter Finlands inställning).
4. Se INFR(2020)2324 C(2021)864; KOMISSION VIRALLINEN HUOMAUTUS ASIASSA INFR(2020)2320; Rasismin ja muukalaisvihan tiettyjen muotojen ja ilmaisujen torjumisesta rikosoikeudellisin keinoin tehdyn neuvoston puitepäätöksen 2008/913/EY täytäntöönpano, UM2021-00379.

det kollektiva minnets utformning.[5] Eftersom minneslagstiftning inte ännu är ett särskilt uppmärksammat begrepp i Norden kommer därför denna typ av lagar att presenteras och diskuteras nedan.[6] Medlemsstaternas lagstiftare bör ha rambeslutets karaktär som minneslagstiftning i åtanke för det fall att eventuella justeringar i den nationella lagstiftningen görs.[7]

Metod och anspråk

Något bör dock inledningsvis sägas om artikelns metod. Den kan vid ett första intryck framstå som rent rättsdogmatisk,[8] eftersom den utgår från vad som brukar kallas för de traditionella rättskällorna – inklusive EU-rättsakter.[9] Tolkningen av dessa rättskällor ligger förvisso i förgrunden för artikeln, men även andra mindre ”konventionella” källor används i analysen – vilket medför att metoden rör sig bort från den traditionella inriktningen. Bland annat beaktas olika kommunikationer från de nationella länderna respektive kommissionen i analysen av den konkreta lagstiftningen. Eftersom denna kommunikation inte omfattas av de nordiska förarbetena bryter således materialvalet med klassisk dogmatisk metod. Ett stort avsnitt vigs även åt att beskriva rationaliteten bakom kommissionens agerande – varvid historiska källor och historisk forskning får betydelse. Dessutom är artikelns utgångspunkt uttalat kritisk. Kritiken tar avstamp i de olika tolkningsmöjligheter som finns beträffande rambeslutets ordalydelse och faktumet att den tolkning som kommissionen förordar saknar straffrättslig förankring. Kritiken underbyggs genom att kommissionens kommunikation till Finland och Sverige kontextualiseras; rambeslutet sätts därvidlag i relation till EU:s historiska och samtida identitetspolitiska arbete. Genom att tolka kommissionens kommunikation utifrån ljuset av EU:s identitetsbildande narrativ, blir det tydligt att syftet med den aktuella EU-regleringen är något annat än att medelst straffrätten förändra människors handlande i samhället. I stället blir det tydligt att EU har ett politiskt mål att skapa ett sammanhållet narrativ om en gemensam europeisk historia och att rambeslutet utgör ett verktyg i skapandet av denna narratologi. Slutsatsen är således att kommissionen söker ålägga medlemsstaterna att lagstifta om ett EU-godkänt kollektivt minne.

Avgränsningar

I centrum för analysen står det ovan nämnda EU-rättsliga rambeslutet – artikeln är såtillvida rättsvetenskaplig. Ämnet Förintelseförnekelse tangerar emellertid en stor mängd andra forskningsområden såsom historia, minnesforskning, religion, filosofi, statsvetenskap, postkolonial teori och litteratur. Det är givetvis inte möjligt

5. Se nedan Det kollektiva minnet och samhällets självuppfattning.
6. Tidigare rättsvetenskaplig, komparativ och interdisciplinär forskning om ämnet återfinns främst i antologierna Genocide Denials and the Law, eds. Hennebel & Hochmann (Oxford, 2011); Holocaust and Genocide Denial – A Contextual Perspective, eds. Behrens, Terry & Jensen (Routledge, 2018); Law and Memory – Towards Legal Governance of History, eds. Belavusau & Gliszczynska-Grabias (Cambridge, 2017). Bland monografier kan nämnas Kahn, Holocaust Denial and the Law – A Comparative Study (Belgrave 2004); Koposov, Memory Laws, Memory Wars – The Politics of the Past in Europe and Russia (Cambridge University Press 2017); Löytömäki, Law and the Politics of Memory (Routledge, 2014). Denna forskning har emellertid inte behandlat den juridiska betydelsen av implementeringen av rambeslutet i en nordisk kontext. Rättsvetenskaplig analys av den pågående eventuella implementeringen saknas helt.
7. För närvarande pågår en utredning om eventuell kriminalisering i Sverige. Se Dir. 2021:87 kriminalisering av förnekande av Förintelsen och av vissa andra brott. Finland tycks fortfarande befinna sig i kommunikationsstadiet.
8. Se Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004 s 1 ff; Kleineman, Rättsdogmatisk metod (Juridisk metodlära red. Nääv & Zamboni) s 21 ff.
9. EU-lagstiftningen är en naturligt integrerad del i den nationella rätten.

att behandla alla dessa områden inom ramen för en juridisk kritisk analys – särskilt inte när den syftar till att analysera argumenten bakom en pågående lagstiftningsprocess. I stället ligger fokus vid det rättsvenskapliga problem som uppstår när straffrättslig lagstiftning används för att skapa en gemensam europeisk historia. I den mån annan forskning berörs, så används den i syfte att belysa det rättsliga materialet.

Den rättsliga regleringen – nationellt och internationellt

Rambeslutet – bakgrund till lagstiftningsarbetet

Den rättsliga karaktären "rambeslut" existerade inom ramen för det dåvarande EG-samarbetets tredje pelare – det vill säga inom det straffrättsliga och polisiära samarbetet.[10] Denna typ av lagstiftningsakt var mellanstatlig till sin karaktär och hade stora likheter med direktiv. Exempelvis var den konkreta implementeringen varje medlemsstats ensak.[11] Rambesluten skiljde sig dock från direktiven på så sätt att de inte kunde ges direkt effekt.[12] Orsaken till detta var naturligtvis de delikata ämnen som den tredje pelaren behandlade; straffrätten brukar traditionellt ses som en del av den suveräna statens våldsmonopol och makten att bestämma hur medborgarna i en stat ska bestraffas utgör inte något som medlemsstaterna oförhappandes överlåter till internationella aktörer. Detta var även tydligt i förhållande till frågan om folkmordsförnekelse. Majoriteten av staterna saknade exempelvis specifik straffreglering av Förintelseförnekelse när arbetet med rambeslutet initierades inom EU.[13] Under förhandlingarna om en gemensam reglering på området framkom även stora meningsskiljaktigheter medlemsstaterna emellan, vilket ledde till att slutförandet av rambeslutet skulle komma att ta sju år.[14]

Det känsliga ämnet och de långdragna förhandlingarna till trots, antogs ett rambeslut i november år 2008. Regleringen i sig var emellertid mycket öppen till sin utformning.[15] Att resultatet kom att bli så pass vagt (och skulle kunna hävdas oklart) var en naturlig följd av både ämnets natur och parternas divergerande inställningar. Som ett resultat av de öppna formuleringarna hade emellertid medlemsstaterna också ett stort utrymme för tolkning och nationell anpassning vid implementeringen av innehållet. Kort efter att rambeslutet hade antagits trädde dock Lissabonfördraget i kraft och det mellanstatliga rambeslutet migrerade på så sätt upp i EU:s nya överstatliga system.[16] (I vilket den konstitutionella strukturen med tre pelare som bekant hade upphört.) Kommissionen fick efter en karensperiod möjlighet att mer aktivt börja övervaka implementeringen av rambeslu-

10. Artikel 29 då gällande Fördraget om Europeiska unionen (Nice-fördraget). Se Herlin-Karnell, The Constitutional Dimesions of EU Criminal Law (Hart 2012) s 13 ff, för en genomgång av förändringarna inom EU:s straffrättsliga samarbete före och efter Lissabonfördragets ikraftträdande.
11. Artikel 34.2 b då gällande Fördraget om Europeiska unionen (Nicefördraget).
12. Artikel 34.2 b Nicefördraget.
13. Se Imbleau, Denial of the Holocaust, Genocide, and Crimes Against Humanity. A comparative Overview of Ad Hoc Statues (Genocide Denials and the Law, red. Hennebel & Hochmann, Oxford 2011) s 255 ff, för en genomgång. Se även Rapport från kommissionen till Europaparlamentet och Rådet COM (2014) 27 final s 3 ff, för en genomgång av hur medlemsstaterna anpassat sig efter att rambeslutet trätt i kraft.
14. De olika turerna vid förhandlingsbordet kan följas via denna länk, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=celex:32008F0913.
15. Se nedan Rambeslutets reglering av Förintelse- och folkmordsförnekelse, om den öppna formuleringen.
16. Se Schütze, European Union Law (Oxford University Press 2021) s 34 ff, om den övergripande konstitutionella förändringen i och med övergången till Lissabonfördraget.

tet i medlemsstaterna.[17] Det mellanstatliga beslutet kom därmed efter övergångstiden att underkastas överstatlig kontroll – kommissionen kunde följaktligen börja använda rambeslutet som ett verktyg för att uppnå unionspolitiska mål. Hur och på vilket sätt detta sker, kommer att behandlas nedan. Först ska emellertid några rader ägnas åt ordalydelsen i de artiklar som reglerar Förintelse- och folkmordsförnekelse.

Rambeslutets reglering av Förintelse- och folkmordsförnekelse

Vid en läsning av rambeslutet är det tydligt avsett att vara just en mellanstatlig *ram*lag – skrivningarna är sådana att de riktar sig mot de jämställda medlemsstaterna och anger ett *ramverk* till vilket de ska förhålla sig. Att lagstiftning ska ske inom ”beslutets ram” implicerar en yttre gräns för medlemsstaternas fria skön. Man kan se öppenheten och det fria tolkningsskönet som ett resultat av den internationella rättens struktur. Traktat och andra typer av mellanstatliga rättsakter, både innanför och utanför EU, skrivs inte sällan under djup oenighet. De utgör ”disagreement reduced to writing” som professorn i internationell rätt Philip Allott har uttryckt saken.[18] Detta leder till att terminologin blir långt ifrån otvetydig[19] – vilket även gäller många av formuleringarna i rambeslutet. En återgivning av de aktuella artiklarna visar detta:

> ”Artikel 1
> Rasistiska och främlingsfientliga brott
> 1. Varje medlemsstat ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att se till att följande avsiktliga gärningar blir straffbara:
> […] c) Offentligt urskuldande, *förnekande* eller flagrant förringande av brott som *folkmord*, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser enligt definitionen i artiklarna 6, 7 och 8 i Internationella brottmålsdomstolens stadga, [Hädanefter Romstadgan.] riktat mot en grupp av personer eller en medlem av en sådan grupp, utpekad med åberopande av ras, hudfärg, religion, härstamning eller nationellt eller etniskt ursprung, om *gärningen* begås på ett sådant sätt att den är ägnad att *uppmana till våld eller hat* gentemot en sådan grupp eller en medlem av en sådan grupp.
> d) Offentligt urskuldande, *förnekande* eller *flagrant förringande* av de brott som definieras i artikel 6 i Internationella militärtribunalens stadga, som fogas till Londonöverenskommelsen av den 8 augusti 1945, [Hädanefter Londonöverenskommelsen.] riktat mot en grupp av personer eller en medlem av en sådan grupp, utpekad med åberopande av ras, hudfärg, religion, härstamning eller nationellt eller etniskt ursprung, om *gärningen* begås på ett sådant sätt att den är *ägnad att uppmana till våld eller hat* gentemot en sådan grupp eller en medlem av en sådan grupp.
> 2. För tillämpningen av punkt 1 får medlemsstaterna välja att straffa enbart *gärningar* som antingen begås på ett sådant sätt att de är *ägnade att vara störande för allmän ordning eller som är hotfulla, otillbörliga eller kränkande*.” [Mina kursiveringar.]

Som läsaren noterar så är frågan om vad som exempelvis ska utgöra ett folkmord inte definierat i lagtexten. (Detsamma gäller alla de uppräknade internationella krigsbrotten i rambeslutet.) Artikel 1.1 (c) i rambeslutet hänvisar i stället till artikel 6, 7 och 8 i Romstadgan när frågan huruvida en historisk grymhet ska klassas som folkmord eller inte ska avgöras. Går man i sin tur vidare och analyserar artikel 6 i Romstadgan framkommer följande:

17. Artikel 10.3 i protokoll nr 36, fogat till fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.
18. Allott, The Concept of International Law, 10 European Journal of International Law, s 43.
19. Klabbers, International Law (Cambridge 2017) s 57 f.

> ”Med folkmord avses i denna stadga var och en av följande gärningar förövad i avsikt att helt eller delvis förgöra en nationell, etnisk, rasmässigt bestämd eller religiös folkgrupp som sådan, nämligen
> a) att döda medlemmar av folkgruppen
> b) att tillfoga medlemmar av folkgruppen svår kroppslig eller själslig skada,
> c) att uppsåtligen påtvinga folkgruppen levnadsvillkor som är avsedda att medföra dess fysiska undergång helt eller delvis
> d) att genomföra åtgärder som är avsedda att förhindra födelser inom folkgruppen,
> e) att med våld överföra barn från folkgruppen till en annan folkgrupp”

När frågan om ett handlande ska klassas som folkmord eller inte ska avgöras, ska alltså enligt rambeslutets artikel 1.1 (c) ledning hämtas från Romstadgans definition. Beskrivningen av vad som omfattas av begreppet folkmord passar säkerligen väl in på flertalet grymheter som människor genomfört under historien. *Vilka* händelser som omfattas är emellertid oklart; konkret klargörande praxis saknas dessutom från Internationella brottmålsdomstolen ICC (vars dömande Romstadgan alltså reglerar). Domstolens praxis är vidare formellt sett inte bindande för medlemsstaternas tolkning av rambeslutet.[20] Oklarheten innebär att rambeslutet innehåller en kriminalisering av en förnekelse av en händelse – men händelsen som sådan är inte definierad eller avgränsad. Resultatet av formuleringen av 1.1 (c) är således att medlemsstaterna själva äger avgränsa och definiera vad som ska utgöra ett folkmord. Politiskt blir detta givetvis intressant eftersom EU:s grundläggande syfte brukar anses vara att skapa tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftningar. Dessutom framstår kritiken mot Finlands och Sveriges implementering av rambeslutet som grundad i viljan att skapa en enhetlighet i fråga om hur Förintelseförnekelse ska regleras – varför man kan ifrågasätta om detta verkligen uppnås.

Om analysen skiftar till att behandla det något snävare begreppet Förintelseförnekelse framkommer ytterligare intressanta oklarheter. Inledningsvis kan noteras att begreppen Förintelsen, Holocaust eller Shoah, inte heller definieras i rambeslutet. Den ovan nämnda Romstadgans definition av folkmord blir vidare problematisk att applicera Förintelsen som sådan, framförallt eftersom Romstadgan började gälla först 2002 – långt efter att andra världskriget var över. Den kan inte heller tillämpas retroaktivt. I stället blir det intressant att närmare studera Artikel 1.1 (d) i rambeslutet – som mer tydligt tar sikte på Förintelsen.

I Artikel 1.1 (d) kan nämligen en mer tydlig koppling till Förintelsen utläsas – om än indirekt. Artikel 1.1 (d) omfattar en reglering av förnekande av ”de brott som definieras i artikel 6 i Internationella militärtribunalens stadga, som fogas till Londonöverenskommelsen av den 8 augusti 1945”. Denna stadga utgjorde den rättsliga grunden under Nürnbergrättegångarna – därvidlag kan avsikten att förbjuda förnekandet av NSDAP:s agerande under andra världskriget utläsas implicit. Dock förhåller det sig så att frågan om hur gärningen (med andra ord hur en förnekelse eller ett flagrant förringande av just *Förintelsen*) ska avgränsas och framförallt *definieras* inte heller är besvarad i denna artikel. Oklarheten medför osäkerhet vad gäller omfattningen av regleringen. Detta kan illustreras med ett exempel.

Illustrativt exempel

Ett problem kan exempelvis vara situationen då en person hävdar att Förintelsen har ägt rum – men att händelserna inte ska klassas som folkmord. I detta fall erkänner personen i fråga existensen av Förintelsen som sådan. Emellertid skulle kunna hävdas att uttalandet utgör ett flagrant förringande av Förintelsen – vilket är reg-

20. Detta följer av att ICC har etablerats på traktaträttslig grund och inte är direkt tillämplig i nationell rätt.

lerat i 1.1 (d) – eftersom personen inte vill klassa Förintelsen som folkmord. Enligt det internationella organet International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA) utgör det som numera kallas för Förintelseförvrängningar ett akut och växande problem internationellt sett.[21] Vid en tolkning av rambeslutet skulle man kunna nå slutsatsen att de nationella medlemsstaterna således måste kriminalisera uttalanden likt dessa. Frågan är emellertid mer komplex än så. Artikel 6 i Londonöverenskommelsen – till vilken 1.1 (d) hänvisar – innefattar inte begreppet ”folkmord” eller ”genocid”. Förvisso förekom ordet folkmord i inlagorna till Nürnbergrättegångarna – men domstolen använde sig aldrig av begreppet i vare sig domslut eller domskäl.[22] De tilltalade dömdes i stället för bland annat ”brott mot mänskligheten”.[23] Begreppet genocid myntades av Raphael Lemkin vid ungefär samma tid, men fick genomslag inom den internationella rätten i ett senare skede.[24]

Eftersom begreppet folkmord inte finns definierat i ovan nämnda artikel 6 – blir det plötsligt svårt att argumentera för att ett uttalande om att Förintelsen inte utgör ett folkmord ska omfattas av kriminaliseringen. Samtidigt skulle kunna hävdas att ett sådant uttalande relativiserar den nationalsocialistiska viljan att utrota den judiska befolkningen. Ett uttalande likt detta skulle utifrån en annan synvinkel alltså kunna ses som ett typiskt exempel på vad IHRA kallar Förintelseförvrängning. Men, huruvida ett sådant handlande ska vara kriminaliserat eller ej, ger rambeslutet inget klart svar på. Kommissionens påtryckningar om förändring av Finlands och Sveriges brottsrubriceringar – kommer troligen inte att vara till hjälp för att lösa fall som dessa. En förändrad lag i det hänseende ger inte tydligare riktlinjer för domstolen – utan varje fall kommer fortfarande att behöva behandlas enskilt. Om syftet hade varit att kriminalisera oklara fall likt dessa hade kommunikationen från kommissionen behövt se annorlunda ut – kanske med ett sänkt krav från uppsåt till vållande eller dylikt. Såsom nu är fallet, argumenterar kommissionen för en förändring i nationell lag som inte nödvändigtvis leder till en förbättrad rättstillämpning.

Formuleringarna av Förintelse- och folkmordsförnekelse som framkommer av rambeslutet – vilka alltså kommissionen vill att Sverige och Finland anammar – är både vaga och tvetydiga. Inte heller ger dokumentet någon egentlig ledning avseende vilka andra historiska händelser som ska vara att betrakta som folkmord eller inte – Romstadgan är ett ungt traktat och ännu saknas fällande domar från ICC som avser folkmord. En öppen reglering av detta slag är naturlig för den traktatbaserade strukturen som präglade det EG-rättsliga rambeslutets tillblivelse. Som ovan nämnts var avsikten att länderna skulle implementera tolkningen inom ramen för sin enskilda nationella rätt. Vidare kan antas att länder som har traditionen av att lagstadga om historiska händelser[25] – och legalt definiera huruvida de ska klassas som folkmord eller inte – inte ser öppenheten som ett problem. Domstolarna i vissa länder äger av tradition större makt att komma med avgöranden i vad som generellt kan uppfattas

21. What is Holocaust distortion and why is it a problem? Enligt IHRA (holocaustremembrance.com).
22. Barrett, Raphael Lemkin and ‘Genocide’ At Nuremberg, 1945–1946, s 44 ff, The Genocide Convention Sixty Years after its Adoption, Springer 2010 (red C. Safferling and E. Conze).
23. Shaw, International Law (Cambridge 2017) s 324 ff, om detta.
24. Lemkin, Axis Power in Occupied Europe (The Lawbook Exchange 2008) s 79 ff. Se Shaw, International Law s 316 ff, om genocid. Se även Sands, East West Street: The Origins of Genocide and Crimes against Humanity (Orion 2017) för en skönlitterär – men i de juridiska källorna förankrad – analys om skillnaden mellan det två begreppen.
25. Se t ex Frankrikes loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe (Loi Gayssot).

som politiskt känsliga frågor. I den nordiska kontexten är dock detta en ovanlig uppgift för domstolarna.[26] Vidare anses om frågan vad som utgör ett folkmord eller inte vara politisk (och inte juridisk).

Avsaknaden av deklarativa lagar om historiska händelsers definition har medfört att Finland och Sverige vid implementeringen av rambeslutet i stället har valt att lägga fokus på de hotfulla elementen som gärningsbeskrivningarna i de ovan citerade artiklarna också innehåller. Lagstiftaren i Finland och Sverige har således undvikit att kriminalisera Förintelseförnekelse *som sådant* – i syfte att leva upp till rambeslutet med samtidigt undvika både definitionsproblem och politiserade domar. I den finska och svenska tolkningen har man därvidlag tagit fasta på skrivningen om att kriminalisera uttalanden eller andra gärningar som begås på ett sådant sätt att den är ägnade ”att *uppmana till våld eller hat* gentemot en sådan grupp eller en medlem av en sådan grupp”. [Min kursivering.]

De nationella lagarna – en jämförelse

Hets mot folkgrupp i Finland och Sverige

Rambeslutet uppfylls genom en mängd olika nationella lagar. Exempelvis Sverige hävdar att 4 kap § 5 (olaga hot), 16 kap § 5 (uppvigling) och 16 kap 8 § (hets mot folkgrupp) i svenska brottsbalken (BrB) täcker de krav på kriminalisering som rambeslutet uppställer.[27] Den mest centrala regleringen rörande Förintelseförnekelse finns emellertid i både det svenska och finska brottet ”hets mot folkgrupp”. Enligt 11 kap 10 § den finska strafflagen ska:

> ”Den som för allmänheten tillgängliggör eller annars bland allmänheten sprider eller för allmänheten tillhandahåller information, åsikter eller andra meddelanden där en grupp hotas, förtalas eller smädas på grund av ras, hudfärg, härstamning, nationellt eller etniskt ursprung, religion eller övertygelse, sexuell läggning eller funktionsnedsättning eller på grunder som är jämförbara med de nämnda grunderna, ska för *hets mot folkgrupp* dömas till böter eller fängelse i högst två år.”

I den anslutande 10 a § ska en enskild dömas för grov hets mot folkgrupp under följande förutsättningar:

> ”Om vid hets mot folkgrupp uppmanas eller förleds
>
> 1) till folkmord eller förberedelse till sådant, brott mot mänskligheten, grovt brott mot mänskligheten, krigsförbrytelse, grov krigsförbrytelse, mord eller dråp begånget i terroristiskt syfte, eller
>
> 2) till annat grovt våld än det som avses i 1 punkten så att den allmänna ordningen och säkerheten klart äventyras genom gärningen,
>
> och hetsen mot folkgrupp även som helhet bedömd är grov, ska gärningsmannen för *grov hets mot folkgrupp* dömas till fängelse i minst fyra månader och högst fyra år.”

Motsvarande reglering i den svenska brottsbalken 16 kap 8 § är följande:

> ”Den som i ett uttalande eller i ett annat meddelande som sprids hotar eller uttrycker missaktning för en folkgrupp eller en annan sådan grupp av personer med anspelning på ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse, sexuell läggning eller könsöverskridande identitet eller uttryck, döms för hets mot folkgrupp

26. Hellner & Stenlund, Two Visions of Time: The Different Temporalities of the Rättsstat and the Rule of Law (Under utgivning med Scandinavian Studies in Law 2023).
27. Sveriges svar s 4. I Finlands inställning görs genomgående liknande påpekanden.

till fängelse i högst två år eller, om brottet är ringa, till böter.

Om brottet är grovt döms för grov hets mot folkgrupp till fängelse i lägst sex månader och högst fyra år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om meddelandet haft ett särskilt hotfullt eller kränkande innehåll och spritts till ett stort antal personer på ett sätt som varit ägnat att väcka betydande uppmärksamhet."

Tolkningsdiskrepensen

Som läsaren noterar saknas alltså ett i lagtexten utskrivet förbud mot folkmords- och *Förintelseförnekelse* som sådant.

Föremålet för den största oenigheten mellan kommissionen å ena sidan och Sverige och Finland å andra sidan är således huruvida den kriminaliserade *gärningen* uttryckligen måste beskrivas som ett förnekande eller om det räcker med en bredare klassificering av hatfulla gärningar som riktar sig till i lagen speciellt utpekade sårbara grupper i samhället. I finsk rätt räcker det med att gärningsmannen till "allmänheten tillgängliggör […] sprider eller […] tillhandahåller information, åsikter eller andra meddelanden där en grupp hotas, förtalas eller smädas". Detta kan ske till exempel genom att förneka Förintelsen – eller genom att sprida annan form av missaktande information. Den svenska regleringen kräver att gärningsmannen sprider hot eller "uttrycker missaktning för en folkgrupp".

Eftersom både den finska och svenska regleringen har ett bredare brottsbegrepp – som omfattar fler handlingar än bara förnekelse – är det svårt att se varför dessa länder inte skulle uppfylla rambeslutets ordalydelse. Att med uppsåt hävda att den judiska minoriteten aldrig utrotades under Nazisternas slutgiltiga lösning, omfattas av både den svenska och finska brottsrubriceringen. Kommissionens läsning av rambeslutet innebär dock att "offentligt urskuldande, förnekande eller flagrant förringande av brott" *ordagrant* måste vara kriminaliserade för att rambeslutet ska uppfyllas.[28] På samma sätt hävdas att brotten folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser måste omnämnas i den nationella gärningsbeskrivningen. Utan ett klart artikulerande av dessa ord saknas en korrekt implementering av rambeslutet enligt denna syn. Detta är en tolkning som inte är förenlig med rambeslutets ursprungliga syfte. Sverige och Finland har i kommunikationen med kommissionen understrukit att medlemsstaterna inte är bundna av rambeslutets terminologi och systematik – så länge det avsedda resultatet uppnås.[29] Man kan även ur vetenskaplig synvinkel ifrågasätta värdet med att efterfråga en smalare brottsrubricering – som alltså tar sikte på ett mindre antal handlingar – om resultatet som ska uppnås är fler fällande domar. I stället framstår det som att den yttersta viljan hos kommissionen snarare ligger i att åstadkomma *en förändrad lagtext*. Frågan som inställer sig blir därmed: Vilken är orsaken bakom denna vilja att göra avtryck i lagtexten?

Svaret som ges på denna fråga är beroende av perspektiv. Om man lämnar den straffrättsliga förståelsehorisonten och studerar kommissionens efterfrågade lagtextförändring utifrån en annan kontext, kan andra förklaringar ges. Rambeslutet – med den tolkning som kommissionen förordar – kan nämligen förstås som ett slags *minneslagstiftning*. Den har andra syften än rent straffrättsliga.

I det följande kommer därför fokus i artikeln att förflyttas från det aktuella rambeslutet i sig till en större diskussion om minneslagar och politisk historieskrivning i EU. När perspektivet vidgas på detta sätt kan en annan förståelse för EU:s vilja att påverka den nationella lag-

28. Se angående Sverige, Formell underrättelse i överträdelseärende 2020/2324 (INFR(2020)2324 C(2021) 864 final) s 3 och 7. Se även Lobba, From Introduction to Implementation, Holocaust and Genocide Denial (Routledge 2017 red. Behrens, Terry och Jensen), s 193 f, för en likartad analys.
29. Finlands inställning s 1; Sveriges svar s 2 f.

stiftningen ges. Genom att sätta ramlagen i en kontext av kollektivt minnesskapande framstår kommissionens vilja att få Finland och Sverige att skriva in folkmords- eller Förintelseförnekelse i strafflagen och BrB som en annan. Om syftet inte kan vara att öka antalet fällande hatbrottsdomar i Finland och Sverige – vad är det då?

Det kollektiva minnet och samhällets självuppfattning

> "In both individual and collective versions, memory is closely aligned with identity"
>
> Michel Rothberg

Inledning

Teorin om förekomsten av ett kollektivt minne stammar från den franske filosofen och sociologen Maurice Halbwachs.[30] Enligt honom och hans efterföljare skapas kollektiva minnen bland olika samhällsgrupper som en del i dessa gruppers identitetsbygge. Detta sker genom skapandet av konst, litteratur och genom ritualer och andra former av mellanmänsklig kontakt. Minnesskapandet behandlar inte bara föregångna händelser; även sättet på vilket gruppen förhöll sig till dessa händelser tidigare utgör del av identitetsbyggandet.[31]

Kollektiva minnen skapas och omskapas ständigt. Förintelseminnet brukar exempelvis delas in i tre faser: tiden direkt efter andra världskriget, den växande medvetenheten under 1960-talet, och konstruktionen av det globala minnet sedan 1990-talet.[32] De olika faserna speglar människans förändrade förhållande till Förintelsen och kommer till uttryck i hur minnet beskrivs och återberättas i bland annat skolor, på museum eller genom offentliga minnesmärken. Det är också denna minnets föränderliga natur som studeras inom det mångdisciplinära fältet minnesstudier.[33]

Kollektivt identitetsbyggande kan även ta institutionella former. Den ledande makten i en stat eller en sammanslutning av stater kan – men behöver inte – använda minnet i nationellt identitetsskapande syfte. När minnet på detta sätt når samhällets maktsfärer, kan dess narrativ både förenklas och konsolideras för att passa exempelvis lokalpolitiska syften. Kollektiva minnen som kanske tidigare skapats i gränsöverskridande kontexter – vilka har varit intimt sammanvävda med flertalet andra historiska texter, minnen och konstuttryck – förenklas på detta sätt till enkelspåriga narrativ.[34] I denna konsolidering har lagstiftning på senare år visat sig vara ett alltmer vanligt förekommande verktyg. Det tydligaste exemplet på detta är så kallad minneslagstiftning.

Något om begreppet "minneslagstiftning"

Begreppet "minneslagstiftning" är inom den nordiska rättskulturen än så länge relativt okänt. På kontinenten och i andra delar av världen är det emellertid förhållandevis vanligt förekommande.[35] Vad som avses med minnes-

30. Halbwachs, Les cadres sociaux de la mémoire (Arno 1975). Engelsk översättning Halbwachs, On collective memory (University of Chacago Press 2020).
31. Olick, The Sins of the Fathers: Germany, Memory, Method (Universoity of Chacago Press 2016) s 60.
32. Subotić, Yellow Star, Red Star: Holocaust Remembrance after Communism (Cornell University Press 2019) s 18.
33. Se Erll & Nünning, A Companion to Cultural Memory Studies (De Gruyter 2010); Pethes, Cultural Memory Studies: An introduction (Cambridge Scholars Publishing 2019).
34. Rothberg, Multidirectional Memory, (Stanford University Press 2009) passim.
35. Se Koposov, Memory Laws, Memory Wars s 60 ff, för en genomgång av utvecklingen av minneslagstiftning i västra Europa. Se även Belavusau & Gliszynska-Grabias, Introduction, Belavusau & Gliszczyńska-Grabias (red.),

lagstiftning är inte heller helt givet. Beroende på hur smalt begreppet definieras kan det omfatta alltifrån utropandet av minnesdagar[36] eller helgdagar[37] till regleringar av vilka museer som ska finansieras av allmänna medel – eller vad deras utställningar ska innehålla. Till detta kan även beslut om upprättande av minnesmärken och statyer omfattas – även om denna företeelse i en nordisk kontext snarare sorterar under den förvaltningsrättsliga sfären. Ytterligare kan även lagar som reglerar skolundervisningen i historia sägas tillhöra kategorin – om denna lag exempelvis anger att viss vikt ska läggas vid vissa delar av historien samtidigt som andra historiska händelser ska nedtonas. Inom doktrin har hävdats att minneslagstiftning är en sådan lagstiftning som syftar till att befästa en statligt godkänd uttolkning av en historisk företeelse.[38] Det är en snävare betydelse som framförallt lägger vikt vid *syftet* med regleringen och i vilken man även bortser från regleringens *rättsliga* kategorisering. Eftersom det är syftet som definierar kategoriseringen utifrån denna förståelse, kan minneslagstiftning återfinnas i princip inom vilket rättsområde som helst. En syftesinriktad definition av minneslagstiftning används också inom EU[39] och det är även den som kommer att begagnas i det följande.

Minneslagstiftning kan i sin tur kategoriseras i två undergrupper – deklarerande och repressiva. Exempel på deklarerande minneslagar kan vara antagandet om allmänna helgdagar – såsom 17:e maj i Norge eller minnesdagen av Förintelsens offer inom EU. De upprättas oftast, men inte alltid, till minnet av ett lands eller en regions särskilda historia och innefattar inte någon sanktion. Med repressiva minneslagar kan förstås lagar som är förenade med sanktioner om de inte följs – exempel på dessa kan vara olika typer av straffrättsliga förbud mot förnekelse av historiska händelser.[40] Som exempel på dessa lagar kan ges Loi Gayssot i Frankrike eller den tyska kriminaliseringen av Förintelseförnekelse från 1985.[41]

Om staters ontologiska (o)säkerhet

Alla länder kan hamna i situationer av politisk instabilitet; invasioner, inbördeskrig eller inre politiska motsättningar kan skapa olika slags statliga identitetskriser. Inom forskningsfältet internationella relationer diskuteras detta stadium ofta i termer av ”ontologisk osäkerhet”.[42]

Law and Memory. Towards legal Governance of History s 1 ff.

36. EU lagen om Förintelsens offer.
37. Se t ex lag (1989:253) om allmänna helgdagar.
38. Belavusau & Gliszczyńska-Grabias, Introduction s 1.
39. https://rm.coe.int/factsheet-on-memory-laws-july2018-docx/16808c1690.
40. Se Koposov, Memory Laws, Memory Wars s 1 ff, för en diskussion av de olika betydelserna av begreppet minneslagstiftning.
41. Se German Criminal Code in the version published on 13 November 1998 (Federal Law Gazette I, p. 3322), as last amended by Article 2 of the Act of 19 June 2019 (Federal Law Gazette I, p. 844):

    Section 86 “Whoever disseminates in Germany or produces, stocks, imports or exports or makes publicly available through data storage media for dissemination in Germany or abroad the propaganda material the content of which is intended to further the activities of a former National Socialist organisation”

    Section 130 “Whoever publicly or in a meeting approves of, denies or downplays an act committed under the rule of National Socialism of the kind indicated in section 6 (1) of the Code of Crimes against International Law in a manner which is suitable for causing a disturbance of the public peace incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding five years or a fine.

    4) Whoever publicly or in a meeting disturbs the public peace in a manner which violates the dignity of the victims by approving of, glorifying or justifying National Socialist tyranny and arbitrary rule incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding three years or a fine.”
42. Ytterst stammar konceptet ontologisk säkerhet från psykoanalysen. Se Laing, The Divided Self An Existential Study in Sanity and

Vad som avses är alltså en kollektiv känsla av vilsenhet och kulturell alienation inom staten. På samma sätt som en människa skapar sin identitet genom ett historiskt betingat narrativ är nationens självuppfattning och kulturella själ beroende av hur det förflutna beskrivs. För att få ett samhälle att fungera måste en känsla av hemmahörande, stabilitet och identitet upprätthållas – denna aspekt av samhället anses av vissa forskare som lika viktig som det ekonomiska och materiella fortbeståndet.[43] Huruvida den utlösande faktorn till den ontologiska osäkerheten verkligen kan beskrivas i termer av *kris* är en mindre viktig fråga – det relevanta i sammanhanget är hur den upplevda krisen leder till handlande från statens sida i termer av skapandet av nya narrativ. Krisen kan såtillvida vara identitetspolitisk och sakna inslag av väpnat våld. När känslan av osäkerhet uppkommer kan emellertid de styrande politikerna i en stat välja att medelst lagstiftning reglera tolkningen av historien. *Minneslagstiftning* skapas. Syftet med detta är att (åter)skapa ett narrativ om nationens essens och kärnvärden, vilket i sin tur rättfärdigar politiskt handlande i den riktning man vill gå. Just minneslagar har därför en särskild karaktäristik i och med att de även syftar till att uppnå framtida mål.[44] Minneslagstiftning, som sådan, handlar aldrig om historien *i sig*.

Exempelvis den första versionen av ovan nämnda tyska lag om Förintelseförnekelse tillkom under den politiska osäkerhet som förelåg i Tyskland på 1980-talet gällande hur den nya generationens ungdomar skulle förhålla sig till de grymheter som förekommit under Förintelsen.[45] Lagen rättfärdigades med hänvisningar till 80-talets växande nynazism.[46] Emellertid var det inte endast extrema högergrupper som utgjorde orsaken bakom lagstiftarens agerande. En ny generation tyskar som inte vuxit upp under kriget började vid denna tid intressera sig för vilka i den äldre generationen som deltagit i det nationalsocialistiska projektet och ifrågasatte den gängse förklaringsmodellen till nationalsocialismens uppkomst.[47] Detta påverkade det allmänna debattklimatet. Under 80-talet pågick i Tyskland även en intellektuell debatt angående landets roll under andra världskriget, i vilken historikern Ernst Nolte och filosofen Jürgen Habermas var de mest framträdande.[48] I denna debatt blev det tydligt att frågan om hur minnet efter Nazismen skulle hanteras var sammankopplad men frågan om Tysklands demokratiska kärnvärden. Nolte – som bland annat jämfört Nazismen med Sovjetunionens

Madness (Penguin Psychology 1060). Som förklaringsmodell har det dock kommit att appliceras inom fältet internationella relationer, i syfte att förklara staters och nationers behov av stabila narrativ om *identitet*.

43. Mitzen, Ontological Security in World Politics: State Identity and the Security Dilemma. European Journal of International Relations, 12(3), 341–370; Stele, Ontological Security in International Relations: Self-Identity and IR State (Routledge 2008); Subotić, Yellow Star, Red Star s 27 f.
44. Se Probst, Founding Myths in Europe, New German Critique, No. 90, Taboo, Trauma, Holocaust (Autumn, 2003), s 46, som tar exemplet om ”we the people” som ett sätt att mytologisera USA:s sammanhållning i syfte att hålla staterna samman.
45. Koposov, Memory Laws, Memory Wars s 11 f.
46. Koposov, Memory Laws, Memory Wars s 26.
47. Judt, Postwar (Random House 2010) s 811 ff; Rothberg, Lived Multidirectionality: ”Historikerstreit 2.0” and the politics of Holocaust memory, Memory Studies Vol. 15(6), s 1317 f.
48. Debatten brukar benämnas Historikerstreit och startade med Noltes text ”Vergangenheit, die nicht vergehen will: Eine Rede, die geschrieben, aber nicht mehr gehalten werden konnte” (Ungerfär: Det förflutna som inte försvinner: Ett tal som kan skrivas men inte hållas) som publicerades i den tyska tidningen FAZ. I texten framlägger Nolte tesen att Nazismen utgjorde ett politiskt ”svar” på ett annat hot – nämligen kommunismen. Genom att föra fram detta argument kom Nationalsocialismen att relativiseras. Man kan givetvis fråga sig vad syftet med denna relativisering egentligen var – Noltes tolkning av historien hade även normativa implikationer för samtidspolitiken.

påstådda folkmord på tyskar, relativiserade på detta sätt Förintelsens historiska innebörd genom att vända på perspektivet offer-förövare. Habermas argumenterade för en förståelse av Förintelsen som en händelse utan motstycke till vilken Tyskland hade *skuld* – och denna tolkning stöddes av många av den yngre generationens tyskar och av gräsrotsrörelser. Det är i denna kontext som den tyska kriminaliseringen av Förintelseförnekelse bör förstås. Det var en nationell angelägenhet sammanvävd med landets bearbetande av sitt förflutna som ledde till lagstiftarens agerande.

Som ovan nämnts är dock det kollektiva minnet ständigt under förändring. År 2020 blossade så en ny debatt om Förintelsen upp i Tyskland igen: Historikerstreit 2.0.[49] Precis som gången dessförinnan stod frågan om Förintelseminnet i centrum, men denna gång låg fokus vid frågan om hur Förintelsen bör relateras till det koloniala arvet. Kontroversiella ämnen om migration, Israel/Palestinakonflikten och rasism länkades till Tysklands kollektiva minne. Kritiker hävdade att den gamla gräsrotsaktivismen från 80- och 90-talen hade fått en hegemonisk prägel som passade illa med Tysklands mångkulturella samhälle.[50] Den delvis mycket hetlevrade debatten har nu klingat av – och det återstår att se vilken betydelse den får på det tyska kollektiva minnet. Skulle dock debatten få betydelse för den tyska lagstiftningen kan man förvänta sig att det ger avtryck på EU-nivå. Det står nämligen klart att EU i mångt och mycket är präglad av den nationella tyska synen på Förintelseminnet.

EU:s kollektiva minne – från krig till förintelse

Vid ett studium av EU:s kollektiva minne är det tydligt att unionen både har och länge har haft en förankring i det som skedde på kontinenten mellan 1939–1945. Initialt lade emellertid de politiska aktörerna i väst större fokus vid antinazism och ett avståndstagande från Tysklands aggressiva krigsföringsstrategi, när det som skett under andra världskriget skulle bearbetas. I östra delarna av Europa spelade antifascismen en liknande roll – de kommunistiska staterna såsom Sovjetunionen och Jugoslavien hämtade sin politiska legitimitet ur ett narrativ vari fascismen utgjorde fienden och frigörandet av Europa var central.[51] Gemensamt för dessa referenspunkter är emellertid det fokus som ligger vid *kriget* som sådant. Förintelsen och antisemitism var inte de historiska komponenterna vari politisk legitimitet för samarbete och förändring kunde hämtas.[52] Omedelbart efter kriget genomfördes förvisso de berömda Nürnbergrättegångarna där flertalet aktiva nazister fick stå till svars för sitt handlande under krigsåren. De tilltalade i Nürnberg dömdes dock för *krigsbrott*, *brott mot mänskligheten* och brott mot *freden*. Genocid som brottsrubricering saknades som sagt. Tysklands kollektiva ”skuld” till kriget tolkades med en förförståelse om den så kallade ”Preussiska militarismen”.[53] Den förstods inte som ett uttryck för rasism och diskriminering.[54] Vid detta skede av historien hade helt enkelt inte ett koncept som *Förintelsen* – med alla konnotationer som det i dag bär på – skapats och tagit plats i det politiska medvetandet. Ännu mindre fungerade det som en moralisk kompass att utgå ifrån när det enade Europa skulle skapas. Förintelsen uppfattades snarare som ett av kri-

49. Se Lived Multidirectionality: “Historikerstreit 2.0” and the politics of Holocaust memory, för en introduction till denna.
50. Moses, The German Catechism: https://geschichtedergegenwart.ch/the-german-catechism/.
51. Probst, Founding Myths in Europe s 54. Det är därför mycket intressant att notera att Putin valt att använda nazism som referens i legitimiteten av invasionen i Ukraina.
52. Probst, Founding Myths in Europe s 53 ff.
53. Judt, Postwar s 805.
54. Koposov, Memory Laws, Memory Wars s 28.

gets många tragedier. Krigets fasor som sådana utgjorde den legitima referenspunkten för politisk förändring efter fredsåret. Den politiska viljan att undvika krig förenades vidare med en kausaltanke om krigets upphov – man ansåg att depressionen varit dess stora utlösande faktor. I detta narrativ ansågs den ekonomiska kris som präglat 1930-talet som orsaken till framväxten av nazismen och fascismen – vilka i sin tur lett till krigets utbrott. Med denna förförståelse blev samhälleligt välstånd och social välfärd givna politiska mål.[55] Kunde bara ekonomisk instabilitet och misär undvikas – exempelvis genom välfärdsbyggande – tänkte sig efterkrigstidens politiker att despotiskt styre och i längden ett nytt världskrig skulle förhindras. Ur denna synvinkel kan exempelvis Kol- och stålunionen och det europeiska samarbetets första stapplande steg förstås, men även de olika kollektiva välfärdsprojekt som präglade den industrialiserade världen från 1945 och framåt.[56]

Kriget som Europas givna historiska referenspunkt för politisk förändring, kom emellertid att börja minska i betydelse under 1900-talets slut. Orsakerna till detta är givetvis flera. Murens fall år 1989 och den successiva utvidgningen av EU österut brukar nämnas som en faktor.[57] Den ekonomiska kris som drabbade flera europeiska välfärdsstater under 70-talet brukar nämnas som en annan.[58] Förutom detta kan noteras att det år 1991 plötsligt var krig i Europa igen – med inslag av etnisk rensning och krigsbrott. Den fundamentala myten om ”aldrig mera krig” i Europa framstod i skuggan av detta som verklighetsfrämmande.[59] Vidare har forskning noterat att västvärldens individualism och ökade fokus på mänskliga rättigheter – och den juridiska betoningen av dessa – tycks sammanhänga med ett allt större fokus på Holocaust.[60] Hur dessa två narrativ – det om mänskliga rättigheter respektive det om Förintelsen – sammanhänger är emellertid fortfarande en fråga för framtida forskning att utreda.[61] Kort kan dock sägas att den samtida förståelsen av mänskliga rättigheter, vilken betonar deras funktion som individens värn mot staten, gifter sig väl med en historieskrivning som lägger vikt vid nationalsocialismens konkreta arbetsmetoder före krigets utbrott. (Expropriation, diskriminering och tvångsförflyttning.) Detta kan i sin tur kontrasteras med det ovan skisserade äldre ”krigsnarrativet” vari vikt läggs vid byggandet av statlig välfärd. Med en rättighetsbaserad förståelse av Förintelsen ligger det nära tillhands att nå slutsatsen att det måste finnas grundläggande rättigheter i lag, för att undvika en ”upprepning av historien”. Det är därför också intressant att notera att hänvisningar till frihet, demokrati, mänskliga rättigheter och ”rule of law” (rättsstatlighet), för första gången uppkommer i EU:s grundläggande dokument i Maastrichtavtalet från 1992 – och då endast i preambeln. År 1997 flyttar dessa värden in i artikel 6 i Amsterdamfördraget. Tanken om EU som en sammanslutning av stater med gemensamma *värderingar* tycks födas ungefär samtidigt som Förintelsen träder fram som en ny historisk referenspunkt. Det är mot Förintelsen som europeiska värderingar och

55. Judt, Postwar s 72 ff.
56. Se Judt, Postwar s 72 ff, om ”planning”. Det intressanta med denna tid enligt Judt var att både vänsterinriktade och högerinriktade ledande politiker sökte skapa stora kollektiva lösningar.
57. Probst, Founding Myths in Europe s 51.
58. Karlsson, The Uses of History and the Third Wave Europeanisation, A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance, red Pakier & Stråth (Berghahn Books 2012), s 39.
59. Stokholm Banke, The Legacies of the Holocaust and European Identity after 1989; DIIS Working Paper 2009:36 s 6.
60. Moyn, Human Rights and the Uses of History (Verso Books 2014) s 103 ff.
61. Jfr Moyn, Human Rights and the Uses of History s 103.

europeisk identitet kontrasteras.[62] Eller såsom den numera framlidne historiken Tony Judt uttryckte saken:

> "[T]he recovered memory of Europe's dead Jews has become the very definition and guarantee of the continent's restored humanity. It wasn't always so."[63]

Förintelse och förnekelse – från nationell till europeisk fråga

Samtidigt som detta sker, börjar fler stater än Tyskland diskutera fenomenet *Förintelseförnekelse*. Detta fenomen – som tidigare ansetts som ett (förvisso oönskat) resultat av yttrandefriheten bland Europas medlemsstater – väcker anstöt och leder till politiskt agerande. Frankrike är ytterligare ett land som tidigt reglerar fenomenet. Både den franska Loi Gayssot och den tyska straffrättsbalken innehåller kriminaliseringar av Nazistiska uttryckssätt.[64] Syftena med dessa lagar är mycket tydliga – den judiska minoriteten ska skyddas samtidigt som man markerar att till exempel yttrandefriheten ej får missbrukas. Dessa nationella lagar tycks emellertid ha verkat inspirerande på EU-lagstiftaren – nästa steg i utvecklingen sker nämligen på EU-nivå samtidigt som EU fortsätter sin politik om gemensamma grundvärden.

Det tydligaste exemplet på detta arbete återfinns i de förhandlingar som kom att resultera i rambeslutet om förnekelse av Förintelsen, som denna artikel ytterst kretsar kring. När förhandlingarna om rambeslutet inleddes, visade det sig nämligen relativt tidigt att en stor diskrepans förelåg mellan medlemsstaterna i synen på hur frågan skulle regleras. Att se och tolka Förintelsen som EU:s normativa grund är en sak – att därifrån ta steget till att på EU-nivå kriminalisera Förintelseförnekelse var en mer kontroversiell fråga.

Det fanns en rädsla hos medlemsstaterna om vad en alltför extensiv lagstiftning på EU-nivå skulle kunna innebära. Därtill fanns det även en vilja att skydda den nationella regleringen av yttrande- och forskningsfriheten. En inskränkning av möjligheten att förneka en historisk händelse kan ses som en klassisk yttrandefrihetsinskränkning. Det är ur detta perspektiv man även kan se kravet på våldsuppmaningen som ska vara förenat med förnekandet, enligt rambeslutets gärningsbeskrivning. Vidare kan man notera att rambeslutet kriminaliserar folkmordsförnekelse, inte *Förintelseförnekelse* – låt vara att hänvisningar till Londonöverenskommelsen ges.

Rambeslutet – en minneslag med europeiska värden

Mycket tyder alltså på att rambeslutet är ett verktyg som EU använder i identitetspolitiskt syfte. Om rambeslutet vidare sätts i relation till EU:s övriga politiska mål blir detta än mer tydligt. Den 5 oktober 2021 släpptes till exempel en kommunikation från kommissionen kallad "EU Strategy on Combating Antisemitism and Fostering Jewish Life (2021–2030)".[65] Det är ett ambitiöst program som syftar inte bara till att motverka och bekämpa alla former av antisemitism – utan också "fostra" judiskt liv i Europa. Kommissionen avser att i detta arbete använda alla sina ekonomiska och legala verktyg. Man har för avsikt att bland annat satsa pengar på undervisning om Förintelsen, skapa arbetsgrupper för kunskapsinsamling och kontroll, ekonomiskt stödja kulturella och religiösa samfund samt – *kontrollera* genomförandet av relevant lagstiftning hos medlemsstaterna. Rambeslutet utgör en sådan relevant lagstiftning. Kommunikationen är ett storslaget politiskt projekt som

62. Karlsson, The Uses of History and the Third Wave Europeanisation s 40 ff.
63. Judt, Postwar s 804.
64. German Criminal Code in the version published on 13 November 1998 (Federal Law Gazette I, p. 3322), as last amended by Article 2 of the Act of 19 June 2019 (Federal Law Gazette I, p. 844). Section 86.
65. Strasbourg, 5.10.2021 COM(2021) 615 final.

på ett tydligt sätt ska förbättra omständigheterna för den judiska minoriteten i Europa och motverka diskriminering och antisemitism.

Det var kommissionär Margaritis Schinas, vicepresident och ansvarig för "Framlyftandet av vår europeiska livsstil" (Promoting our European Way of Life),[66] som först sjösatte denna strategi. Det är därvidlag tydligt att projektet inte endast är avsett att förbättra villkoren för minoriteter i Europa. Målet är sammanvävt med främjandet av "europeisk livsstil" generellt. Tanken är att hela unionen ska påverkas positivt av de riktade insatserna. Därvidlag är det tydligt att undertexten i strategin på ett mycket tydligt sätt blottlägger EU:s samtida identitetsbyggande. Antisemitismen blir i denna förståelse det onda som ska bekämpas – det finns mitt ibland oss. Förintelseminnet utgör vidare i denna kontext en *diskrimineringsfråga*. Eftersom diskrimineringslagstiftning konstrueras utifrån öppna kategorier såsom "religion" och "etnicitet" fungerar förvisso de riktade insatserna även på andra minoriteter – såsom romer eller muslimer.[67] Unionen är vidare kallad att reglera skyddet för dessa minoriteter. Av historiska skäl. Historien används såtillvida i ett mycket proaktivt sätt och ur denna synvinkel kan kommissionens ambitiösa kommunikation ses som en del i EU:s "civilisationalistiska vändning".[68]

Givet att minneslagstiftning inte handlar så mycket om det som varit, som om vad som komma skall, kan rambeslutet sägas höra hemma i denna kategori av lagar. Det är ur detta perspektiv som rambeslutet måste tolkas. Minneslagstiftning är en intersubdisciplinär företeelse. Rättsakter från allehanda rättsområden såsom straffrätt, förvaltnings- och processrätt samt EU-rätt kan klassificeras som minneslagar. Som ovan nämnts är det uttalade *syftet* att sätta gränserna för tolkningen av historien som utskiljer minneslagstiftning från annan typ av lag. Att rambeslutet är en minneslagstiftning blir även tydligt om man beaktar den kommunikation som skett från kommissionen till Sverige och Finland.

För det första nöjer sig inte kommissionen med att de nordiska länderna har en bredare brottsrubricering än rambeslutet eller att man lägger vikt vid kravet på våld. Kommissionen eftersöker specifikt förnekelse av historiska brott. När rambeslutet var traktatbaserat var detta naturligtvis inte ett problem – eftersom varje medlemsstat ägde tolka rambeslutet. Men sedan kommissionen fått tolkningsföreträdet – och med detta kräver ett straffbeläggande av en syn på en historisk händelse per se – kan inte den nordiska lagstiftningen om hets mot folkgrupp godkännas. I och med detta innebär lagstiftningen en påbjuden reglering av en historisk händelse.

Det är därvidlag tydligt att lagstiftningen – de historiska händelserna till trots – tycks användas av EU i ett proaktivt syfte. EU vill påverka "Den nationella lagstiftningens politiska budskap och symboliska aspekter" – som Sverige uttryckt saken.[69] Det är en viss tolkning av historien som förordas, en tolkning som tjänar de syften man vill uppnå. Denna tolkning kan spåras tillbaka till den äldre tyska debatten Historikerstreit – enligt vilken Förintelsen kom att ses som en unik händelse. Spår av intryck från den senare debatten om Förintelseminnets roll i en postkolonial värd (Historikerstreit 2.0) saknas. Det är således tydligt att det europeiska narrativet som förmedlas genom lagstiftningen får en exkluderande och relativt tyskcentrerad prägel.

66. Det kan noteras att titeln ändrades precis innan Schinas inträde – från "protecting" till "promoting".
67. Orden "rom" respektive "muslim" används 2 ggr i texten.
68. Hercock, The EU's Antisemitism Strategy; what, why and why now?, Sieps Perspective October 2021, s 2.
69. Sveriges svar.

Avslutning

Det återstår ännu att se om Finland och Sverige kommer att ändra sin respektive nationella lagstiftning för att tillgodose EU:s önskemål.[70] Skulle en ändring dock ske, bör lagstiftaren vara ärlig med faktumet att det är en minneslagstiftning som därmed implementeras i den finska och svenska rätten. Minneslagstiftningar är till sin karaktär symboliska. De premierar vissa historiska händelser och opererar med politisk symbolism snarare än rationell måluppfyllelse. Detta behöver i sig inte vara ett problem – så länge lagstiftaren är ärlig med sina avsikter. Av vad som ovan sagts torde det vara tydligt att kommissionen använder lagen som ett led i skapandet av en europeisk identitet med delvis exkluderande gemensamma värderingar. Denna identitet är i sin tur präglad av den tyska historieskrivningen och landets tidigare försök att ”göra upp” med sitt förflutna. Det är ett officiellt sanktionerat minne som formuleras i syfte att skapa en gemensam europeisk identitet.

70. Se för Sveriges del SOU 2023:17.