



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
2/2018

DIRETTORE RESPONSABILE Francesco Viganò
VICE DIRETTORI Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo, Luca Luparia

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Viganò. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



2/2018

REGNO UNITO E GERMANIA “PERDONANO” I CONDANNATI PER OMOSESSUALITÀ

Un nuovo tipo di clemenza o nuove forme di intervento sul passato?

di Paolo Caroli

Abstract. *Nel 2017 Regno Unito e Germania hanno adottato due leggi che rispettivamente amnistiano e annullano le condanne per rapporti omosessuali; si tratta di iniziative dal contenuto simbolico, poiché si applicano a fatti decriminalizzati da tempo e quindi quasi esclusivamente a persone defunte. Se da un lato tale inedita clemenza può essere letta come una misura riparativa, dall'altro apre la strada a una nuova forma di intervento “emendativo” sul passato a mezzo del diritto, che può essere vista come parte di una tendenza più generale a destoricizzare il passato e modificarlo in funzione dell'affermazione di valori del presente e nel presente.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'amnistia inglese: una “clemenza per finalità di giustizia” nei confronti dei morti. – 3. La riabilitazione tedesca nel contesto. – 4. Dal diritto che autentica un'interpretazione del passato al diritto che lo modifica. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

La presente riflessione trae origine da una legge approvata nel 2017 dal Parlamento tedesco¹ con la quale si dispone la riabilitazione di tutti i condannati, successivamente all'8 maggio 1945, sulla base del § 175 del Codice Penale tedesco (StGB) che criminalizzava i rapporti omosessuali. Il paragrafo è rimasto in vigore sino

¹ Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen und zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, disponibile in [questa pagina web](#). Si veda S. BAUKELMANN, *Aufhebung von Altvurteilungen wegen homosexueller Handlungen*, in *NJW-Spezial* 2017, 312. Per un commento giuridico al disegno di legge, in particolare in rapporto all'ordinamento costituzionale, si veda D. WOLFF, *Grundgesetzliche Vorgaben für die Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer*, in *Recht und Politik* 3, 2016, 129 – 136; L. R. LAUTMANN, *Wie korrigiert der Rechtsstaat sein falsches Recht? Die Problematik des verfassungswidrigen Homosexuellenparagraphen*, in *Recht und Politik* 1, 2015, 12 – 19.

al 1994 e tuttavia era stato precedentemente emendato e sostanzialmente disapplicato in entrambe le Germanie a partire dalla fine degli anni Sessanta. L'intervento legislativo del 2017, che segue una riabilitazione per le condanne avvenute nel periodo nazista (numerossime e seguite da deportazioni nei campi di sterminio), non è un caso isolato. Sempre nel 2017, il Parlamento britannico ha adottato la cosiddetta *Alan Turing Law*², con applicazione in Inghilterra e Galles. Si tratta di una legge di amnistia (rarissima nel *common law*) per tutti i condannati per il reato di *buggery* (sodomia) che puniva i rapporti penetrativi fra persone dello stesso sesso, nonché la bestialità, sin dal *Buggery Act*, emanato nel 1533 sotto il regno di Enrico VIII. Nel 1885, tuttavia, con il c.d. *Labouchere Amendment*³ il delitto venne esteso ad ogni forma di *gross indecency*, al fine di includervi ogni forma di rapporto omosessuale, anche al di fuori della nozione più ristretta di sodomia. L'omosessualità divenne legale in Inghilterra e Galles nel 1967, mentre nelle restanti parti del Regno Unito e del Commonwealth i rispettivi provvedimenti giunsero fra gli anni '80 e i primi anni '90.

Il presente lavoro non intende affatto discutere il contenuto o l'indubbia meritevolezza di siffatti interventi e delle motivazioni che li hanno ispirati, quanto cercare di collocarli sistematicamente. Ci si pone, innanzitutto, la domanda su come classificare questi provvedimenti alla luce delle categorie dogmatiche della clemenza. Ci si chiede inoltre quale sia la funzione degli stessi. L'ipotesi qui sostenuta, che rende la materia rilevante anche per il penalista italiano, è che essi, nonostante l'apparenza, non possano semplicemente essere qualificati come misure riparative nei confronti di un gruppo che ieri si è perseguito penalmente e che oggi invece non si ritiene più meritevole nemmeno di disvalore sociale. Al contrario, essi paiono essere indice di un nuovo modo di intervenire sul passato, che si colloca in linea con fenomeni diversi, ma crescenti, tesi a emendare la memoria collettiva e ad utilizzarla per affermare determinati valori del presente e nel presente, in vista del futuro.

In questa prospettiva, si confronteranno tali misure con gli interventi relativi alla memoria della Shoah adottati a inizio anni 2000. Da un lato si vedrà come essi operassero in senso contrario: selezionando alcuni elementi del passato per affermare dei valori nel presente e non "emendando" il passato alla luce dei valori di oggi. Dall'altro, tuttavia, essi hanno in comune un operare sul passato e sulla memoria dello stesso in maniera funzionale al presente, un'operazione che coinvolge anche lo strumento penale.

2. L'amnistia inglese: una "clemenza per finalità di giustizia" nei confronti dei morti.

Nel Regno Unito il provvedimento è stato preceduto da una mobilitazione sociale e mediatica, imperniata sulla figura di Alan Turing, geniale scienziato che

² Essa è contenuta nel *Policing and Crime Act 2017* (c. 3), che ha ricevuto la sanzione regia il 31.01.2017.

³ Section 11 of the *Criminal Law Amendment Act 1885*.

decifrò i codici nazisti durante la Seconda Guerra Mondiale ed inventò un prototipo del moderno computer. La condanna per *gross indecency* nel 1952 gli costò la perdita del lavoro e la sottoposizione a una cura ormonale obbligatoria a base di estrogeni per ridurre la libido, che lo rese impotente. Ciò lo portò al suicidio nel 1954, mediante inserimento di veleno in una mela. Turing era già stato destinatario di un provvedimento di clemenza individuale postuma nel 2013 (*royal pardon*⁴), ma, anche per ragioni di equità, nella società civile si richiese un provvedimento di clemenza collettiva⁵. Una prima proposta del governo Cameron nel 2012⁶ prevedeva solo la possibilità, per i condannati ancora in vita, di presentare istanza per la rimozione della condanna dai certificati penali. La proposta laburista di una legge di amnistia⁷, da parte di Ed Miliband, è stata poi sostenuta sia da David Cameron che da Theresa May.

La clemenza collettiva è un provvedimento quasi sconosciuto nel *common law* ed in particolare nel Regno Unito⁸. Il provvedimento in esame pare assimilabile a quella che, con i parametri italiani, definiremmo “clemenza con finalità di giustizia” a fronte di una mutata valutazione del giudizio di illiceità penale, *ex post*. Si tratta di un «riconoscimento successivo della imperfezione della legislazione penale al momento della commissione dei fatti, attraverso una sorta di *supplementum legislationis* che, per mezzo della sospensione della norma incriminatrice (amnistia) o della integrazione della norma secondaria (indulto) attiene essenzialmente alla valutazione del fatto come illecito penale, cioè a quel tipo di valutazione operata dalla norma proibitiva, riconosciuta, *ex post*, meritevole di riforma rispetto alla categoria di fatti considerata⁹». Vi è dunque, in questi casi, un «giudizio ora per allora di minor gravità sociale o, addirittura, di assenza di gravità sociale»¹⁰. Tuttavia, tale forma di clemenza normalmente si basa sul fatto che la variazione del giudizio sul disvalore non deve essere permanente, ma legata ad un contesto eccezionale e chiuso nel tempo, determinato da fattori eccezionali e imprevedibili; ciò a meno che l’amnistia non si

⁴ Su tale istituto L. PASCULLI, *Gli istituti della clemenza nel common law*, in *Diritto Penale XXI Secolo*, 1/18, in pubblicazione; S. GRUPP, *Some historical aspects of the pardon in England*, in *The American Journal of Legal History* 7/1, 1963, 51 – 62.

⁵ Parla di Turing come di figura attorno alla quale si è costruito la possibilità di «forgiare una narrazione queer del passato, compreso il disfacimento (*unmaking*) della storia» L. DOAN, *Queer history / Queer memory. The case of Alan Turing*, in *Journal of Lesbian and Gay Studies* 23/1, 2017, 113 - 136.

⁶ V. [questa pagina web](#).

⁷ V. [questa pagina web](#).

⁸ L. PASCULLI, op. cit. Un precedente si rinviene nel 1660 con *An Act of Free and General Pardon, Indemnity, and Oblivion*, un’amnistia pacificatrice per i crimini commessi durante la Guerra Civile Inglese (1642 – 1651) e il cd. Interregno fra la decapitazione di Re Carlo I nel 1649 e la restaurazione di Re Carlo II nel 1660, dopo la caduta del protettorato di Cromwell.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profilo costituzionali*, Milano, 1974, 86; V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007, 427. Nella dottrina tedesca K. MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, Heidelberg, 1984. Secondo MAZZACUVA, la clemenza determinata da un giudizio di ingiustizia su di un’eventuale condanna o sulle pene già inflitte, si colloca «in una dimensione “neutrale” [...] esente da rilievi d’ordine politico» (cfr. N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale e i provvedimenti di clemenza. Profili di politica criminale e materiali per una ricerca storica*, Bologna, Lorenzini 1983, 22).

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, op. cit., 87.

accompagnati ad una riforma legislativa, per anticiparne retroattivamente gli effetti¹¹. Normalmente, dunque, la “clemenza per finalità di giustizia” non interviene su condotte già depenalizzate da anni. Nel caso di specie, inoltre, non si può non notare una peculiarità quanto ai destinatari del provvedimento. Da un lato essi non sono persone che stiano ancora scontando una pena, che il mutato giudizio sul disvalore del fatto faccia apparire come ingiusta; dall’altro, (il passaggio dalla proposta di Cameron a quella di Miliband, oltre che il riferimento a Turing lo rendono evidente) l’intento del provvedimento non sembra (sol)tanto riferirsi ai pochi soggetti ancora in vita, quanto piuttosto (e in via principale) voler “assolvere” (in senso lato) in maniera postuma i tanti condannati del passato¹². È dunque un’amnistia che, per la stragrande maggioranza dei casi, si rivolge ai defunti.

È dunque evidente che, a fronte di condotte depenalizzate da anni e di condannati quasi tutti deceduti, non sembra corretto parlare di “clemenza con finalità di giustizia”. In un certo senso tale amnistia ha invece un elemento in comune con le c.d. “amnistie di pacificazione”, che consiste nell’operatività sul piano simbolico. Si tratta però di un elemento che nelle amnistie di pacificazione è parallelo all’operatività sul piano dell’effettività e non esclusivo. Si può dunque parlare, per richiamare la dottrina tedesca, di *rechtskonstituierende Amnestie*¹³. Con la peculiarità, però, che qui non siamo in un contesto eccezionale di transizione alla democrazia, dove l’intervento all’amnistia si rende necessario per passare, anche sul piano simbolico, da una situazione di *Rechtslosigkeit*¹⁴ a uno stato di diritto. Come si avrà modo di dire in seguito, qui siamo nell’ambito di un contesto democratico e l’elemento simbolico-valoriale pare assorbire totalmente il significato del provvedimento, che viene qui non a fondare un nuovo ordine giuridico, bensì ad affermare pubblicamente quali valori si vogliono porre a fondamento dell’ordinamento vigente.

Ciò evidenzia dunque un’anomalia rispetto alle categorie concettuali classiche della clemenza e pare quasi riesumare, in funzione assolutoria e non condannatoria, i processi ai morti dell’epoca dell’Inquisizione.

¹¹ N. MAZZACUVA, op. cit., 22. In questi casi si parla anche di «clemenza strumentale» (cfr. P. POMANTI, *I provvedimenti di clemenza. Amnistia, indulto, grazia*, Milano, 2008, 16; G. Flora, *I recenti provvedimenti di amnistia e indulto: la prospettiva strumentale ed i condizionamenti politico-criminali*, in *Leg. Pen.*, XI, 1, 1991, 186). Con riferimento ai casi clemenza come strumento di *law enforcement* per favorire l’entrata a regime di riforme processuali o quale strumento di correzione delle imperfezioni del diritto processuale intertemporale, MAIELLO distingue la «clemenza di giustizia», fondata sulla necessità di ripristinare il principio di eguaglianza sostanziale, dalla «clemenza come strumento di adattamento del diritto», laddove il sistema «prende atto che la ‘qualità’ di intere classi di reato fonda una valutazione in chiave di affievolita ‘meritevolezza di pena’» (cfr. MAIELLO, op. cit., 431).

¹² Una fonte interna al Ministero della Giustizia ha confermato che l’amnistia si applica anche a Oscar Wilde, nonostante la questione sia dibattuta, visto che alcuni dei rapporti intrattenuti dallo stesso con minorenni potrebbero oggi essere comunque penalmente rilevanti, in quanto intrattenuti con minori di anni sedici. V. [questa pagina web](#) e [questa pagina web](#).

¹³ Cfr. K. MARXEN, op. cit., 9.

¹⁴ *Ibidem*. In senso critico verso questo concetto e l’uso dell’amnistia in tal senso, si veda A. SCHLUNCK, *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts*, Berlin, 2000, 13.

3. La riabilitazione tedesca nel contesto.

Il § 175 StGB è stato introdotto nel 1871 sotto la rubrica “Fornicazione contro natura” per punire la fornicazione tra persone di sesso maschile ovvero tra esseri umani ed animali. Tuttavia nel 1935 il regime nazista trasformò il reato da delitto a crimine, estendendo la punibilità agli atti non penetrativi. La giurisprudenza ritenne che il reato fosse sufficientemente integrato anche da una condotta che offendesse oggettivamente il generale senso del pudore, ovvero che rendesse evidente la corrotta intenzione di eccitare il desiderio sessuale in altri uomini. Ciò portò ad un totale di circa 8.000 condanne annue, con possibilità di carcerazione preventiva da parte della Gestapo, nonché (anche a pena eseguita) di “rieducazione aggiuntiva dei campi di concentramento”. I numeri del c.d. Omocausto non sono univocamente stabiliti; le vittime stimate variano dalle 10.000 alle 600.000¹⁵.

La Repubblica Democratica Tedesca (DDR) emendò la disposizione nazista nel 1950, limitandola ai casi di rapporti omosessuali con minori ed abolendola nel 1968. Tuttavia, già dopo la guerra, la giurisprudenza aveva stabilito la non procedibilità nel caso in cui l’atto non costituisse una minaccia per la società socialista, di fatto portando alla disapplicazione della norma. La Repubblica Federale di Germania (BRD) emendò la disposizione nel 1969, limitandola ai casi di rapporti omosessuali fra un maggiorenne e un minore e successivamente, nel 1973, riportando l’ambito di applicazione ai soli rapporti penetrativi. L’abrogazione definitiva avvenne nel 1994.

La Germania, come è noto, ha intrapreso un processo di elaborazione del proprio passato nazionalsocialista, che non ha eguali in altri Paesi¹⁶. Esso si avviò con il c.d. Processo di Francoforte ed è segnato da momenti di confronto sociale, politico e culturale, come il c.d. *Warschauer Kniefall* di Willy Brandt nel 1970, la messa in onda della serie tv *Holocaust*¹⁷ nel 1979¹⁸, il confronto, nel 1986, tra Jürgen Habermas ed Ernst Nolte, la partecipazione di Schröder alle celebrazioni per il 60° anniversario del D-Day

¹⁵ In generale sulla criminalizzazione dell’omosessualità nella storia, si veda M. WINKLER – G. STRAZIO, *L’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, Il Saggiatore 2011; E. DOLCINI, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori, 2011*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 14 maggio 2012, 1-10.

¹⁶ Nella vasta letteratura sul processo di riflessioni critica sul nazionalsocialismo in Germania (c.d. *Vergangenheitsbewältigung*), da diverse prospettive scientifiche: W. KANSTEINER, *In pursuit of German Memory: History, Television and Politics after Auschwitz*, Athens, 2006; G. ANDERS, *Dopo Holocaust, 1979*, Torino, 2014; A. WEINKE, *Gewalt, Geschichte, Gerechtigkeit: Transnationale Debatten über deutsche Staatsverbrechen im 20. Jahrhundert*, Göttingen, 2016. Al riguardo si vedano anche le osservazioni di D. RIEFF, *In praise of forgetting: Historical Memory and Its Ironies*, New Haven, 2016, 38.

¹⁷ *Holocaust (Olocausto)* di Marvin J. CHOMSKY, USA 1978.

¹⁸ Il fenomeno alimenta la riflessione del filosofo Günther ANDERS (G. ANDERS, op. cit.). Per un’analisi dell’impatto (molto limitato) della stessa serie in Italia (dove è andata in onda nel 1979 su Rai 1), D. BIDUSSA, *Prefazione, ivi*, 1 - 21, 13; E. PERRA, *Narratives of Innocence and Victimhood. The Reception of the Miniseries «Holocaust» in Italy*, in *Holocaust and Genocide Studies*, XXII, 2008, 411 - 440.

nel 2004, l'inaugurazione di diversi monumenti commemorativi a Berlino, in particolare il *Denkmal für die ermordeten Juden Europas* in memoria delle vittime ebraiche, ideato da Peter Eisenman ed inaugurato nel 2005 dopo un dibattito decennale¹⁹.

Tuttavia, fatti salvi gli anni più recenti, tale percorso di elaborazione è stato segnato anche da «negazione e indifferenze, soprattutto con riferimento alle c.d. vittime dimenticate [...] deliberatamente escluse dai risarcimenti»²⁰. In particolare, la Legge federale sui risarcimenti del 1953 (*Bundesentschädigungsgesetz*, BEG) «ha stabilito in maniera chiara e definitiva chi dovesse essere considerato una vittima della persecuzione nazista, ossia i perseguitati “per motivi razziali, religiosi e politici o sulla base della visione del mondo della vittima” (BEG, Art.1(1))»²¹. Il legislatore tedesco riprendeva dunque la c.d. Formula della Conferenza delle Bermuda del 1943 (che si riferiva alla persecuzione di minoranze nazionali, etniche e religiose) e vi aggiungeva la persecuzione politica. È stato affermato che questo «è rimasto l'assetto dominante nelle misure riparative della Germania Occidentale sino ad oggi [...]. Altre forme di linee di potere e di dominazione come il genere, l'orientamento sessuale, la classe o il concetto di normalità e di forma fisica, raramente sono l'oggetto della giustizia di transizione»²². Da notare, per esempio, che la negazione della sterilizzazione forzata o delle politiche di “eutanasia” nei confronti dei disabili, non rientra fra quelle punibili dalla norma del Codice penale tedesco che sanziona il negazionismo²³.

Il tema delle “vittime dimenticate” iniziò a emergere solo negli anni '90 e fra queste predominante è stata la questione delle vittime omosessuali. Una spiegazione può rinvenirsi non solo nella mutata considerazione dell'omosessualità all'interno della società, ma anche nel fatto che, mentre «nel caso della “eutanasia”, della sterilizzazione forzata e della persecuzione delle persone qualificate come “asociali”, non vi era alle spalle un'identità collettiva condivisa fra le vittime, quantomeno prima della persecuzione»²⁴ e quindi un gruppo che potesse poi portare avanti le istanze di riparazione, discorso diverso è per gli omosessuali. Essi non solo rappresentavano una comunità già prima delle persecuzioni, ma hanno poi consolidato ed organizzato la propria identità collettiva nelle decadi successive, in particolare nella fase dei movimenti LGBT “post-Stonewall”²⁵.

¹⁹ Con riferimento all'assoluta peculiarità di tale monumento, che non a caso si trova su una via chiamata *Hannah Arendt Straße*, E. TRAVERSO, *Il passato: istruzioni per l'uso. Storia, memoria, politica*, Verona, 2006, 57; E. HEINZE, *Historical memory is not about victims - it's about us*, in *Open democracy. Free thinking of the world*, 27 gennaio 2016, disponibile in [questa pagina web](#). In senso più critico Tony JUDT, nel passaggio riportato in D. RIEFF, op. cit., 80.

²⁰ C.f. K. BRAUN, *Transitional Justice, Political Temporality and the Injuries of Normality*, Wien, 2017, 16.

²¹ *Ivi*, 17.

²² *Ibidem*.

²³ Così espressamente E. FRONZA, *Memory and Punishment. Historical denialism, free speech and the limits of criminal law*, The Hague, Asser 2018, in pubblicazione.

²⁴ Cf. K. BRAUN, op. cit., 28.

²⁵ Espressione di G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Jurisprudence at Century's End*, New York, 1995, 196.

Nel 2002²⁶ il legislatore tedesco ha emendato la legge del 1998 di annullamento delle sentenze ingiuste del nazionalsocialismo, estendendola anche alle sentenze di condanna sulla base del § 175 StGB nel periodo dal 1935 al 1945 e accompagnando il provvedimento con delle scuse ufficiali del Parlamento per aver mantenuto in vigore la norma nazista anche in epoca repubblicana. Nel 2008 è stato inaugurato a Berlino un monumento ufficiale per le vittime omosessuali, seguito, fra molte polemiche, da quello per i Sinti e i Rom nel 2012 e per le vittime dell'Eutanasia nazista nel 2014. Di recente la Germania ha anche inaugurato una nuova fase giudiziaria contro gli addetti ai campi di sterminio ancora in vita²⁷. Mentre si reclamano iniziative per gli altri gruppi, la riabilitazione del 2017, che prevede anche dei risarcimenti, può essere vista come un completamento delle misure riparative nei confronti degli omosessuali.

4. Dal diritto che autentica un'interpretazione del passato al diritto che lo modifica.

I provvedimenti qui analizzati possono essere letti alla luce della prospettiva della giustizia di transizione²⁸. È vero che essi non si riferiscono direttamente al passaggio da un regime dittatoriale a una democrazia (pur essendo la disposizione tedesca un retaggio del Nazionalsocialismo), ma è pur vero che oggi si ritiene superata la concezione che vuole la giustizia di transizione limitata alle situazioni post-conflitto o post-dittatoriali. Si considera invece più corretto affermare che, nel XXI secolo, la

²⁶ Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege, disponibile in [questa pagina web](#).

²⁷ In particolare per il commento a uno dei processi più significativi, il caso di Ivan (John) Demjanjuk, in rapporto alla giurisprudenza precedente, G. WERLE - B. BURGHARDT, *La punibilità del complice nelle uccisioni di massa nei campi di sterminio nazisti - Il caso Demjanjuk nel contesto della giurisprudenza federale tedesca*, in *Ius17@unibo.it*, 2015.

²⁸ Nelle scienze politiche, l'espressione "transizione alla democrazia" è in uso a partire dagli anni '80; tuttavia è solo dagli anni '90 che il termine "giustizia di transizione" è stato coniato ed utilizzato in ambito giuridico. A partire dal 2000, la giustizia di transizione diventa un vero campo disciplinare, che negli anni più recenti include la prospettiva penalistica. In prospettiva storica, per tutti J. ELSTER, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Bologna, 2008. In ambito giuridico: N.J. KRITZ (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Washington, 1995; K. AMBOS, *The legal framework of of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC*, in K. AMBOS - J. LARGE - M. WIERDA (a cura di), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Berlin - Heidelberg, 2009, 19 - 104; R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, Oxford, 2014; N. ROHT-ARRIAZA - J. MARIEZCURRENA (a cura di), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge 2006; P. GREARY, *The era of transitional justice. The aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and beyond*, Abingdon - New York, 2011; L. HUYSE, "Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past", in *Law & Social Inquiry*, 1995, 51 - 78; C. BELL, *The «New Law» of Transitional Justice*, in K. AMBOS - J. LARGE - M. WIERDA (a cura di), op. cit., 105 - 126; G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013; ID., *Justicia de transición: una visión de conjunto con la lente del penalista*, in *Teorder*, 2017, n. 21, 154 - 185; R. BARTOLI, *La «giustizia di transizione»: amnistia, giurisdizione, riconciliazione*, in F. PALAZZO - R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, 57 - 96; per un'analisi critica della giustizia di transizione come disciplina autonoma: C. BELL, *Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the 'Field' or 'Non-Field'*, in *International Journal of Transitional Justice* 3, 2009, 5 - 27.

giustizia di transizione non è più uno strumento eccezionale, bensì essa fornisce una serie di meccanismi che si incaricano di affrontare problemi strutturali di stampo economico, ambientale etc., diventando così una «caratteristica duratura della liberalizzazione politica»²⁹. Modelli olistici, come ad esempio il “modello ecologico di ricostruzione sociale”³⁰, includono nello spettro d’intervento l’educazione alla democrazia, politiche di sviluppo economico, riforme del Codice penale, interventi sui manuali scolastici, inaugurazione di monumenti, meccanismi ufficiali *top-down*, ma anche iniziative locali e spontanee di interrelazione. Proprio il proliferare, in anni recenti, di scuse pubbliche per crimini anche molto lontani nel tempo ed altre misure riparative e commemorative, hanno fatto parlare di “politiche del rimpianto”³¹ o “età delle scuse”³². Come è stato evidenziato, «la giustizia di transizione è diventata un progetto politico egemonico»³³.

Non è quindi scorretto ritenere che le misure in esame si inseriscano in quest’ottica, da parte di due democrazie europee che fanno i conti con il proprio passato e forniscono alle vittime un riconoscimento simbolico; il riconoscimento include soprattutto lo status di vittime di una persecuzione penale “sbagliata”, pur essendo essa, all’epoca dei fatti, giuridicamente vigente e legittima. Lo stesso ministro della giustizia tedesco promotore della legge, Heiko Mass, ha parlato di «atto di giustizia tardiva»³⁴ – e del fatto che – uno Stato di diritto dovrebbe avere anche la forza di correggere i propri errori³⁵.

Proprio queste parole ci mostrano, tuttavia, che i provvedimenti in esame possono essere letti anche da un’altra prospettiva, ricollegandoli ad una tendenza particolarmente attuale nell’eliminare i segni del passato, laddove questi portino traccia di comportamenti giudicati scorretti sulla base dei valori dell’oggi, dal colonialismo, al sessismo, all’omofobia. Si pensi, per citare solo qualche caso di cronaca, al dibattito negli Stati Uniti in merito alle statue sudiste e ai relativi atti di vandalismo³⁶, fino ad episodi paradossali, come la petizione per rimuovere un quadro di Balthus del 1938 dal Metropolitan Museum di New York, poiché ritrae una bambina che lo sguardo del pittore ci mostra come provocante, tradendo una supposta inclinazione dell’artista per la pedofilia³⁷. Si potrebbe anche andare oltre e pensare alla

²⁹ Cfr. R.G. TEITEL, op. cit., 111. Per una definizione della giustizia di transizione in una prospettiva molto ampia, si veda N. ROHT-ARRIAZA, *Chapter 1*, in N. ROHT-ARRIAZA - J. MARIEZCURRENA (a cura di), op. cit., 2.

³⁰ L. FLETCHER - H. WEINSTEIN, *Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation*, in *Human Rights Quarterly*, 2002, 573 - 639.

³¹ Cf. J.K. OLICK, *The Politics of Regret: On Collective Memory and Historical Responsibility*, Abingdon, 2013.

³² R.L. BROOKS, *The Age of Apology* in ID. (ed.), *When Sorry Isn’t Enough. The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustices*, New York, 1999.

³³ C.f. K. BRAUN, op. cit., 7.

³⁴ V. [questa pagina web](#).

³⁵ V. [questa pagina web](#). Per una presentazione e giustificazione del provvedimento in una prospettiva giuridica da parte dello stesso ministro proponente, si veda H. MASS, *Starker Rechtsstaat korrigiert seine Fehler Gesetzliche Aufhebung der Verurteilungen nach früherem § 175 StGB*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2017, 14 – 1 e ID. *Moderne Rechtspolitik ist Gesellschaftspolitik*, in *Recht und Politik* 53/ 3, 2017, 261-269.

³⁶ V. [questa pagina web](#) e [questa pagina web](#).

³⁷ V. [questa pagina web](#).

scelta di “cancellare” l’attore Kevin Spacey dall’ultimo film di Ridley Scott *Tutti i soldi del mondo* sulla base sulla nuova sensibilità verso le molestie sessuali nello show business³⁸, rigirando tutte le sue scene con Christopher Plummer, a pochi giorni dall’uscita del film nelle sale, come se l’interpretazione di Spacey non fosse mai esistita. Così come il “caso Spacey” negli Usa, la scelta, in Italia, di eliminare il nome del regista Fausto Brizzi dal suo ultimo film in sala³⁹, dopo le accuse di molestie, parrebbe voler emendare un passato (entrambi i film erano già terminati all’esplosione dello scandalo) fino a ieri “normale” e oggi ritenuto non più accettabile. Ancora, si potrebbe estendere il discorso ad altri fenomeni, come la scelta, da parte del Teatro Maggio di Firenze, di emendare il finale della *Carmen* di Bizet, in quanto far morire la protagonista sarebbe contrario alla moderna sensibilità sul femminicidio⁴⁰, o ancora il dibattito, a Berlino, circa il murale della Alice Salomon Hochschule, che riporta una poesia scritta nel 1951 dal poeta svizzero-boliviano Eugen Gomringer e oggi è accusata di essere sessista, in quanto vede le donne come oggetto di desiderio e ammirazione, al pari dei fiori.⁴¹

Si tratta evidentemente di fenomeni molto diversi, che non devono essere confusi, ma che sono rivelatori della nuova tendenza presente nella società civile. Se tali atteggiamenti arrivassero fino al piano legislativo, rappresenterebbero una nuova evoluzione della c.d. “legislazione memoriale”, che ha caratterizzato in particolare lo scenario europeo a cavallo del Millennio. In tale periodo, da un lato si sono avute le politiche europee relative alla *Shoah*; dall’altro, si è registrata un’esplosione del tema della memoria. Si è parlato di una vera e propria «*malaise de la mémoire*» o «ossessione commemorativa»⁴²; altre espressioni utilizzate sono state «*memory boom*»⁴³, «industria della memoria»⁴⁴, «ossessione per il culto della memoria»⁴⁵, «ipertimesia»⁴⁶. Tale

³⁸ V. [questa pagina web](#). Si pensi, ancora, alla scelta della tv tedesca (seguita poi da quella italiana) di bandire ufficialmente le repliche de *L’ispettore Derrick* alla luce delle implicazioni giovanili con le Waffen-SS del protagonista Horst Tappert: v. [questa pagina web](#). Ciò potrebbe rievocare altre pratiche di *damnatio memoriae*. Un esempio può essere rinvenuto in Unione Sovietica con il film *La caduta di Berlino* (di Mikheil CHIAURELI, URSS 1950), che vedeva una breve comparsa di Lavrentiy Beria, capo della NKVD. Dopo l’arresto di quest’ultimo e la sua esecuzione subito dopo la morte di Stalin, Beria divenne una “non-persona” and la sua scena venne tagliata da tutte le copie del film (cfr. R. TAYLOR *Film propaganda: Soviet Russia and Nazi Germany*, London 1999, 99; si veda anche il commento di S. ZIKEZ in *A pervert’s guide to ideology*, di Sophie FIENNES, Regno Unito 2012).

³⁹ V. [questa pagina web](#).

⁴⁰ V. [questa pagina web](#).

⁴¹ Tradotta in italiano, la poesia recita :«Viali / viali e fiori / fiori e donne / viali / viali e donne / vili e fiori e donne e / un ammiratore». V. [questa pagina web](#).

⁴² Espressioni rispettivamente di Henry ROUSSO e Enzo TRAVERSO, citate in E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, 1.

⁴³ Cfr. M. PAKIER - B. STRATH, *A European Memory?*, in ID. (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford - New York, 2010, 1- 20, 9.

⁴⁴ Cfr. J. CERCAS, *L’impostore*, Modena, 2014, 265; L’espressione è usata anche da Kerwin Lee KLEIN (K.L. KLEIN “On the Emergence of Memory in Historical Discourse”, in *Representations, Special Issue: Grounds for Remembering*, 127 - 150) e da Pierra NORA (citato in D. RIEFF, op. cit., 108).

⁴⁵ Espressione di Tzvetan TODOROV, citata in D. RIEFF, op. cit., 119. Molto clamore ha suscitato l’espressione «industria dell’Olocausto», che dà il titolo a un libro dello storico Norman FINKELSTEIN (cfr. N.G. FINKELSTEIN, *L’industria dell’Olocausto: lo sfruttamento della sofferenza degli ebrei*, Milano, 2002).

fenomeno ha comportato anche un'enorme diffusione dell'uso del diritto al fine di intervenire sulla memoria storica⁴⁷, sia sul piano legislativo (dalle leggi istitutive di giornate della memoria a quelle che criminalizzano il fenomeno negazionista), ma anche per il tramite del processo penale (si pensi *juicios por la verdad* argentini⁴⁸ o all'affermazione del diritto alla verità giustiziabile⁴⁹) e civile (ad esempio nella *Holocaust litigation*⁵⁰). Questa fase è caratterizzata da una tendenza ad un uso politico, commemorativo e vittimocentrico della memoria, una memoria sacralizzata, fortemente politica nella sua fondazione e al tempo stesso depoliticizzante per la società.

Ciò ha portato gli storici a voler distinguere il concetto di "memoria" dalla storia: «La memoria perpetua il passato nel presente, mentre la storia lo fissa in un ordine temporale chiuso, ordinato e organizzato in base a procedimenti razionali che si collocano agli antipodi della sensibilità del vissuto [...] la memoria si declina sempre al presente, il quale ne determina le modalità: la selezione degli eventi di cui bisogna conservare il ricordo, la loro interpretazione, le loro "lezioni", ecc. Essa si trasforma in una sfida politica e assume la forma di un imperativo etico»;⁵¹ «in breve la memoria, sia individuale che collettiva, è sempre una visione del passato filtrata attraverso il presente⁵²».

⁴⁶ Espressione di David RIEFF (op. cit., 120). In ambito medico, l'ipertimesia è una sindrome in cui gli individui posseggono una memoria autobiografica superiore alla media. L'Autore utilizza il termine medico per indicare come il culto della memoria sia diventato una sorta di *fetish* (*ibidem*).

⁴⁷ Sul tema M. PAKIER - B. STRATH, op. cit., 9.

⁴⁸ Fra i molti lavori, si rimanda a E. MACULAN - D. PASTOR, *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Hammurabi 2013.

⁴⁹ La letteratura sull'argomento è troppo vasta per essere citata; per un quadro introduttivo, si veda Y. NAQVI, *The right to truth in international law: fact or fiction?*, in *International Review of Red Cross*, 2006, 245-273.

⁵⁰ Si fa riferimento ad un fenomeno degli anni '90, quando negli Stati Uniti ha luogo la privatizzazione dei pregiudizi derivanti da accadimenti storici; nello stesso periodo anche in Europa si avvia la *Holocaust-Era Restitution Campaign*. Si veda N. VARDI, *Privatizzazione dei contenziosi e risarcimento per gli illeciti storici. Il caso della Holocaust Litigation*, in G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, 115 - 138; L. BILSKY, *Transnational Holocaust Litigation in The European Journal of International Law* 23/2, 349 - 375.

⁵¹ E. TRAVERSO, op. cit., 15.

⁵² *Ivi*, 19. Secondo altro Autore, «la memoria è la vita [...], vulnerabile a tutti gli usi e a tutte le manipolazioni, suscettibile di latenze e rianimazioni [...] è affettiva e magica, porta a sacralizzare i ricordi, mentre la storia è una visione laica del passato, la quale costruisce un discorso critico» (cfr. *ivi*, 26, citazione da P. NORA, *Entre histoire et mémoire. La problématique des lieux*, in P. NORA (a cura di), *Les lieux et la mémoire. I. La République*, Paris, 1984, XIX). Ormai celebre è la necessaria separazione dei registri evocata da uno storico francese, per motivare il suo rifiuto di testimoniare al processo a carico di Maurice Papon: «La giustizia si pone la questione di sapere se un individuo è colpevole o innocente; la memoria nazionale è la risultante di una tensione esistente tra ricordi memorabili e commemorabili e oblii che permettono la sopravvivenza della comunità e la sua proiezione nel futuro; la storia è un'impresa di conoscenza e di delucidazione. Questi tre registri possono sovrapporsi, ed è ciò che è accaduto nei processi per crimini contro l'umanità. Ma in questo modo sono gravati da un onere insopportabile: essi non possono rispondere in egual misura alle sfide della giustizia, della memoria e della storia» (cfr. *ivi* 72, citazione da H. ROUSSO, *La hantise du passé*, Paris, 1998, 97; per una riflessione più recente dello stesso autore, H. ROUSSO, *Face au passé. Essais sur la mémoire contemporaine*, Paris, 2016).



2/2018

In Europa, tale sviluppo era funzionale al processo di integrazione comunitaria; la *Shoah* consentiva «di legare il presente al passato, tentava di fungere da monito per il futuro, si proponeva di legittimare le istituzioni europee più che quelle nazionali - e conosceva il suo apogeo nella - Giornata della Memoria quale simbolo legittimante della costruzione unitaria europea⁵³». La *Shoah* diventa dunque una forma di *storytelling* dell'Unione Europea (all'epoca) in formazione, una narrazione dell'Europa *ex negativo*, un «mito fondante negativo»⁵⁴. Si tratta di un processo realizzato attraverso molte tappe, che qui non possono essere elencate⁵⁵. Al riguardo basti menzionare, fra queste, il Forum Internazionale di Stoccolma sull'Olocausto del 2000 e la relativa dichiarazione, le celebrazioni per il 60° anniversario dell'apertura dei cancelli di Auschwitz nel 2005⁵⁶, la proclamazione nel 2008, da parte del Parlamento europeo, del 23 agosto quale *Giornata europea delle vittime dei crimini stalinisti e nazisti*⁵⁷ e la Decisione Quadro del Consiglio 28 novembre 2008, n. 2008/913/GAI, «sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale»⁵⁸.

Come ultima conseguenza di tale processo nel nostro Paese, va menzionata, in ambito strettamente penalistico, la legge 16 luglio 2016, n. 115, con cui si introduce anche in Italia una disposizione che penalizza il fenomeno del negazionismo, a titolo di circostanza aggravante della discriminazione razziale⁵⁹. Proprio l'esempio del

⁵³ Cfr. M. BRESCIANI, *La Giornata della Memoria è ormai storia*, in *Ricerche di Storia Politica*, 26 gennaio 2016, disponibile in [questa pagina web](#).

⁵⁴ *Ivi*, 36. Si aggiunge tuttavia che ciò «può facilmente trasformarsi in un'impresa di sentimentalizzazione del passato, arrivando, in maniera perversa, a trarne consolazione, rimanendo al tempo stesso politicamente passivi nel presente» (*ibidem*). Sul tema dell'Olocausto come mito fondante negativo anche C.F. STOKOHLM BANKE, *Remembering Europe's Heart of Darkness. Legacies of the Holocaust in Post-war European Societies*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), op. cit., 160 - 173, 169.

⁵⁵ Per un'elencazione, L. BALDISSARA, *Politiche della memoria e spazio del ricordo in Europa*, in *il Mulino*, 2016, n. 1, 6 - 20, 15.

⁵⁶ Per un'importante dichiarazione nello stesso anno da parte della presidenza dell'Unione Europea, K.G. KARLSSON, *The Uses of History And the Third Wave of Europeanisation*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), op. cit., 38 - 55, 41. L'Autore in particolare ritiene che le politiche del ricordo costituiscano una "terza ondata" del processo di integrazione europea, dopo l'integrazione economica e quella politica; si tratta dell'integrazione culturale, che include un «amalgama di conoscenza, attitudini valori» (*ivi*, 38). In quest'ottica, la *Shoah* costituisce «il miglior esempio di canonizzazione della storia nel nome della dimensione europea» (*ivi*, 40).

⁵⁷ Nel 2012 è stata istituita anche la *Giornata europea dei Giusti*, fissata il 6 marzo.

⁵⁸ Si veda E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., 69.

⁵⁹ Adottata in attuazione della Decisione Quadro dell'UE del 28 novembre 2008 riguardante la "lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale"; è entrata in vigore il 13 luglio 2016, cfr. n. 149 della Gazzetta Ufficiale del 28 giugno 2016. Per il dossier parlamentare, v. [questa pagina web](#). Per un commento e per ulteriori richiami, cfr. E. FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo. Note a margine della l. 115 del 16 giugno 2016*, in *Diritto Penale e Processo* 2, 2017, 155 - 167; si vedano inoltre le riflessioni di D. BRUNELLI - A. CAVALIERE - E. FRONZA in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2016, 978 ss., nonché G. PUGLISI, [A margine della c.d. 'aggravante di negazionismo': tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica](#), in *questa Rivista*, 15 luglio 2016; G. DELLA MORTE, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in *SIDI Blog*, 2016; S. DE FLAMMINEIS, [Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo: offensività della condotta e valori in campo"](#), in *questa Rivista*, 17 ottobre 2016; L. DANIELE, [Negazionismo e libertà di espressione. Dalla sentenza Perinçek c. Svizzera](#)

negazionismo ci aiuta a comprendere la fase dei primi anni 2000. Si consideri quella dottrina, secondo cui la criminalizzazione del negazionismo si giustificerebbe sulla base della necessaria difesa di valori fondanti un ordinamento da un punto di vista storico e costituzionale⁶⁰. Il negazionismo, dunque, proteggerebbe quelle esperienze storiche che fondano i valori condivisi che sono costitutivi di una determinata società e che non possono venire attaccati. Se si accogliesse questa ricostruzione, ci troveremmo di fronte a un reato di opinione *sui generis*, rispetto alla concezione tradizionale degli stessi. Il negazionismo sarebbe «un grande diverso nel più ampio *genus* dei reati di opinione. Con esso non si criminalizza un dissenso (delineato, come detto, nello scenario di una democrazia pluralista), ma si va ad irrobustire non il consenso democratico comunemente inteso, ma quel consenso intorno ad una verità riguardante dei fatti storici di grande significato [...] Il negazionismo, come reato originario, punisce l'attacco al patrimonio storico comune, l'aggressione al "patto etico", riconoscendo un ruolo centrale alla Shoah nella coscienza contemporanea»⁶¹.

Questo era dunque il significato legato alla fase avviata nei primi anni 2000, alla luce del processo europeo allora in essere. In questo senso, la legge adottata in questi giorni dal Parlamento polacco⁶² può essere letta proprio come attacco deliberato a quel progetto di integrazione europea. La legge polacca, infatti, usa uno stesso meccanismo (il diritto penale in funzione di tutela di un'interpretazione del passato), ma con un contenuto di segno opposto.

La vera novità metodologica parrebbe invece risiedere nella tendenza espressa dai provvedimenti tedesco e inglese del 2017, i quali operano in senso inverso: non si selezionano alcuni elementi del passato per porli alla base del patto etico del presente, bensì si emenda il passato, lo si modifica, lo si "purifica" sulla base dei valori del presente, al tempo stesso riaffermando questi ultimi ufficialmente e simbolicamente di fronte alla collettività. Ciò che i due fenomeni, quello degli anni 2000 e quello nascente nel 2017, hanno in comune è il presentismo, la negazione della storia, intesa come negazione della storicizzazione del passato; in entrambi i casi, infatti, gli eventi passati sono assolutizzati e proiettati in un eterno presente, in funzione di questo.

[alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano](#), in questa Rivista, fasc. 10/2017, pp. 79 – 104.

⁶⁰ In questo senso M. MATUSCHECK, *Erinnerungsstrafrecht*, Berlin, 2012. L'Autore usa concetti quali "diritto penale memoriale" e "diritto penale identitario", da intendersi, in tali ipotesi, come "diritto costituzionale applicato". Si tratta di una ricostruzione già prospettata da LAGODNY, DURKHEIM e JAKOBS, ma in una versione moderna ed ibrida, perché tutela subordinatamente anche interessi individuali (*ivi*, 144 e ss.). Parlano del negazionismo rispetto alla tutela dell'identità europea, C. SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 95 ss.; A. BURATTI, *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei 'miti fondatori' del regime democratico*, in *Giur. it.*, 12, 2005, 2243 – 2247; A. GAMBERINI, [Tutela della memoria e diritto penale: una riflessione sistematica e comparativa a partire dal reato di negazionismo](#), in questa Rivista, 19 dicembre 2013. Parla invece di negazionismo come "tutela penale del consenso" E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1016 – 1033.

⁶¹ *Ivi*, 1025.

⁶² V. [questa pagina web](#). Per un primo commento giuridico, si veda A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS – W. KOZLOWSKI, *Calling murders by their names as criminal offence. A risk of statutory negationism in Poland*, in *Verfassungsblog* 01 febbraio 2018, disponibile in [questa pagina web](#).

5. Conclusioni.

Le leggi adottate nel 2017 nel Regno Unito e in Germania non sono qui messe in discussione quanto alle motivazioni che ne hanno portato all'adozione. Il fatto che non solo l'omosessualità non costituisca più un reato, ma che i governi prendano le distanze dalle tristi e terribili politiche del passato, omaggiando le vittime, è sicuramente un'iniziativa più che lodevole. Tuttavia, ci si chiede come interpretare la scelta di farlo intervenendo su processi penali eseguiti in base ad una legge penale all'epoca vigente. Se oggi tale legge appare oggettivamente ingiusta, alla società di allora quelle condotte dovevano invece verosimilmente apparire come meritevoli di disvalore sociale sanzionabile penalmente. Ed è ovviamente questo che rende quelle condanne ancora più tragiche: in quel contesto esse non erano solo legittime, ma anche (ahimè) considerate giuste; erano il prodotto di una società per cui vi era un solo orientamento sessuale considerato "normale", mentre gli altri erano devianze non meritevoli di rispetto e cittadinanza. Si pensi, ad esempio, che lo stesso Tribunale costituzionale tedesco, aveva ritenuto costituzionalmente legittima l'incriminazione dell'omosessualità nel 1957⁶³.

Affermare che una siffatta considerazione dell'omosessualità oggi sia disdicevole, è più che giusto, anzi è doveroso; parimenti lo è affermare che lo fosse il trattamento subito dagli omosessuali in passato⁶⁴. Ad essi va sicuramente non solo il nostro rispetto, ma anche tutta la nostra empatia e solidarietà. Tuttavia, leggere il passato e le sentenze che ne sono il prodotto alla luce della sensibilità e del rispetto per l'identità di genere, oggi tanto faticosamente acquisiti dopo decenni di battaglie civili e processi culturali, significa peccare di miopia storica e di mancanza di prospettiva. Negare retroattivamente delle condanne passate è un'operazione sterile, da un lato, e pericolosa, dall'altro, perché crea un precedente per un intervento sul passato a mezzo del diritto in chiave puramente simbolico-valoriale.

La domanda metodologica sull'uso di tale misure si pone, ovviamente, non con riferimento ai pochi condannati ancora in vita, quanto ai moltissimi ormai da anni defunti. Certo, va detto che le critiche che possono essere mosse ad un uso simbolico e identitario del diritto penale, come nel caso del reato di negazionismo, sono quasi azzerate in questo caso dove la punibilità non viene estesa, bensì fatta venire meno *ex post*. E tuttavia questa operazione, pur se mossa dalle migliori intenzioni, quale strada apre, che potrà poi anche essere percorsa con cattive intenzioni? Qual è il senso di intervenire oggi sul diritto penale che pur ieri c'è stato ed è stato applicato, con le

⁶³ BVerfGE 6, 389 ff. Per un commento si veda D. WOLFF, op. cit.; LAUTMANN afferma che quel giudizio fu erroneo e ne conseguì una «ingiustizia strutturale» (cfr. R. LAUTMANN, op. cit.,12).

⁶⁴ Interessante il titolo dato dalla *Süddeutsche Zeitung* a un articolo del 2016 che annunciava la (allora) proposta di legge: parafrasando un celebre film del regista e attivista gay Rosa von Praunheim (*Non è l'omosessuale ad essere perverso, ma la situazione in cui vive* di ROSA VON PRAUNHEIM, Germania 1970) il quotidiano titolava: «Non è l'omosessuale ad essere perverso, ma lo era la società in cui viveva», v. [questa pagina web](#).



2/2018

castrazioni chimiche, le deportazioni, le carcerazioni e le morti, che certo oggi non si possono cancellare?

Il pericolo è quello di aprire la strada a una nuova lottizzazione della memoria, a lotte fra lobby che segnano una nuova fase delle (già esistenti) lotte per il riconoscimento ciascuno delle proprie ferite. Sarebbe una nuova evoluzione di quanto già avviene oggi, dove il passato viene usato come «palazzo della memoria morale: una Camera degli Orrori Storica di valore pedagogico [...] incoraggiamo i cittadini e gli studenti a vedere il passato - e i suoi insegnamenti - attraverso il particolare vettore delle loro sofferenze personali (o dei loro antenati). Oggi l'interpretazione "comune" del passato è dunque composta da tanti frammenti di passati distinti, ognuno dei quali (ebreo, polacco, serbo, tedesco, asiatico-americano, palestinese, irlandese, omosessuale ...) è caratterizzato da una condizione asseritiva e distintiva di vittima. Il mosaico conseguente non ci lega a un passato comune, ce ne allontana»⁶⁵.

E di nuovo, forse, più che annullare ex post le sentenze oggi ritenute ingiuste, sarebbe il caso di comprenderne le cause e gli effetti per cercare di individuare collegamenti con l'oggi, poiché gli orrori possono ripetersi, ma verosimilmente non con le stesse forme e verso gli stessi gruppi di vittime delle aberrazioni di ieri. Provvedimenti come quello tedesco e inglese possono certo dare un contributo pedagogico positivo in questo senso, purché esso non sia diretto solo verso una rappresentazione e una commemorazione della propria sofferenza, bensì verso un'analisi laica e razionale, verso lo sviluppo del pensiero critico, in poche parole verso una società che non si accontenta della memoria, ma che studia la storia.

⁶⁵ Cfr. T. JUDT, *L'età dell'oblio*, Bari, 2009, 6.