



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

TEMPO, MEMORIA E DIRITTO PENALE



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

Bologna - Febbraio / Dicembre 2018

ISSN 2240-7618

4/2018

EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

EDITORIAL BOARD

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

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

EDITORIAL STAFF

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

EDITORIAL ADVISORY BOARD

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

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

Si può fare memoria con la giustizia?

¿Se puede hacer memoria con la justicia?

Can we make memory through justice?

FULVIO CORTESE

*Professore ordinario di Diritto amministrativo e Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento
fulvio.cortese@unitn.it*

GIUSTIZIA PENALE DI TRANSIZIONE

JUSTICIA PENAL TRANSICIONAL

TRANSITIONAL CRIMINAL JUSTICE

ABSTRACTS

È possibile fare memoria con la giustizia? Il contributo cerca di riflettere su questo interrogativo: prende spunto, in particolare, dalla cd. "guerra delle statue" e dalle diffuse istanze di giustizia che sono sottese al modo con cui il ricordo viene "monumentalizzato" nello spazio pubblico; sviluppa, poi, una critica dell'approccio che usualmente i legislatori e i giudici tengono nei confronti della memoria; argomenta, infine, l'esistenza di concrete possibilità di "fare memoria con la giustizia", a condizione che esse si manifestino in adeguati luoghi, o momenti, istituzionali di confronto e di dibattito.

¿Es posible configurar la memoria con la justicia? Esta contribución intenta reflexionar sobre este interrogante: en particular, está inspirada en la llamada "guerra de las estatuas" y en las extendidas demandas de justicia vinculadas al modo en el cual el recuerdo se "monumentaliza" en el espacio público. Además, desarrolla una crítica sobre la forma en la que normalmente los legisladores y los jueces abordan la cuestión de la memoria. Finalmente, se discurre sobre las posibilidades concretas de "hacer memoria con la justicia", a condición de que se manifiesten en lugares institucionales o momentos de discusión y debate adecuados.

Is it possible to build memory through justice? The contribution tries to reflect on this question: it is inspired, in particular, by the so-called "statue wars" and by the widespread claims for justice that underlie the way in which the memory is "monumentalized" in the public space. The author then develops a critique of the approach that usually legislators and judges take towards memory. Finally, he argues the existence of concrete possibilities of "building memory through justice", provided that it happens in appropriate institutional places or moments, based on confrontation and debate.

1.

Spesso, quando discutiamo di memoria pubblica, discutiamo in realtà delle istanze di giustizia che, oggi, nella società si fanno diffusamente strada circa determinati eventi del passato e circa la loro capacità di evocare valori, principi o criteri di “convincimento” politico e sociale utili per l’esperienza attuale o futura; facendo questo, però, discutiamo molto di conflitti presenti. Si tratta di un dato interessante, non così diffuso nella consapevolezza degli interpreti; un dato dal quale prendere senz’altro ispirazione.

Se si leggono, del resto, i contributi di coloro, anche non giuristi, che si occupano del tema della memoria, il dibattito è molto semplificato: da una parte vi è chi, in qualche modo, ritiene l’azione pubblica un elemento artificioso di intervento su fattori che quell’azione, per la sua natura, non può e non deve dominare, e ciò per varie ragioni; all’altro, vi è anche chi ritiene, viceversa, che l’azione pubblica vi debba essere, e anzi che si debba manifestare in maniera intensa. In entrambi i casi, tuttavia, al centro del dibattito c’è una “lotta”, tutta odierna, per una certa visione del modo con cui gestire alcuni interessi.

Chi, ad esempio, sostiene che nell’ambito della memoria non possano trovare ingresso la potestà statale o il potere pubblico, lo fa in ragione di una volontà di proiezione attuale, positiva, di determinate libertà, come la libertà di manifestazione del pensiero, di opinione, di espressione, ma anche la libertà di ricerca scientifica: quindi non si tratta tanto di gestire qualche cosa di passato, ma di riaffermare oggi determinante libertà. Lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per chi invece postula un intervento pubblico, un intervento forte: punire oggi – magari facendo ricorso alla forza della sanzione penale – qualche cosa che mette in dubbio o minimizza alcune acquisizioni collettive sul passato, su vicende del passato, significa ridare forza, sempre oggi, a determinate idee o a specifici sviluppi, anche istituzionali, che su quelle acquisizioni si sono fondati.

Il tema, dunque, è sempre l’oggi, in realtà, non è il passato. E questa è la ragione per la quale questo contributo vuole trarre spunto proprio dall’invocazione del passato. Nel suo stesso titolo, un po’ ampio, non si allude soltanto alla giustizia penale. La parola “giustizia” va qui intesa in senso molto lato, perché il tema della memoria, per l’appunto, non viene in gioco nel dibattito pubblico soltanto quando ci sono “giudizi” (in senso tecnico) in cui si deve accertare una determinata verità (in ipotesi, “processuale”) che ha a che fare con la ricostruzione del passato; a volte la giustizia viene evocata nel senso molto forte e percepibile di presa di posizione del presente su questioni che sono simboliche e strutturanti per la garanzia e l’ulteriore proiezione di determinati valori ed interessi.

2.

Un caso emblematico, a quest’ultimo riguardo, è la famosa “guerra delle statue”, che ha luogo da anni negli Stati Uniti¹, come in altri paesi di cultura anglosassone. Quest’estate, in particolare, si è verificato un episodio molto violento: in uno degli Stati del Sud una statua di un generale sudista è stata contesa, messa in discussione², e ciò perché tutt’oggi si percepiva che quella statua può simboleggiare l’ostilità di uno spazio pubblico, di una comunità, di un’istituzione intera rispetto a risultati di integrazione che si davano (o dovevano darsi...) già per acquisiti da tempo. È una tipologia di conflitto, questa, che sta coinvolgendo tantissimi luoghi. Nello Stato di New York al centro della polemica ci sono le statue dedicate a Cristoforo Colombo³, perché rappresentativo di una conquista che non è stata soltanto territoriale, ma è stata anche di prevaricazione nei confronti delle popolazioni native e anticipatrice dello schiavismo; quindi ogni riferimento a Colombo è al centro di una sorta di rivolta iconoclasta, fiancheggiata, in questo caso, da forze politiche che potremmo anche definire progressiste.

Il fenomeno, peraltro, è noto anche in Italia. A tal riguardo, qualche anno fa, in prospettiva delle celebrazioni legate al centenario del primo conflitto mondiale, si è diffusa una corrente di pensiero, sostenuta anche da figure autorevoli del mondo della cultura (tra cui lo scrittore Ferdinando Camon⁴), oltre che da alcuni storici, che vorrebbe eliminare dalla toponomastica ogni riferimento al generale Cadorna, figura molto discussa della Grande Guerra, non solo per gli errori strategici che gli vengono spesso addebitati in merito alla disfatta di Caporetto, ma soprattutto per la sua fama di “decimatore”.

¹ V. la notizia [qui](#).

² V. la notizia: <https://www.nytimes.com/2017/08/13/us/charlottesville-rally-protest-statue.html>.

³ V. la notizia: <https://www.theguardian.com/us-news/2017/aug/25/new-york-christopher-columbus-statue-de-blasio>.

⁴ V. la notizia: <https://www.avvenire.it/opinioni/pagine/camon-cadorna-caporetto>.

Ma si potrebbe ricordare anche una polemica di qualche anno fa, più complessa e “strisciante”, per così dire, che riguardava la città di Brescia, dove, in una delle più belle piazze razionaliste italiane – la piazza delle poste, o meglio Piazza della Vittoria – esisteva originariamente una statua di un uomo (“il Bigio”) con attributi virili molto forti, realizzata da Arturo Dazzi, su commissione dell’architetto che in età fascista aveva riorganizzato quello spazio. La statua doveva rappresentare la fisicità dell’uomo fascista, uomo rinnovato dal e nel regime. All’indomani della Liberazione la statua era stata rimossa – anzi, era sparita un po’ prima... – come reazione iconoclasta nei confronti dei simboli del regime, e ciò anche se non aveva un fascio littorio in mano. Ebbene, questa statua, rimasta occultata per molto tempo, dagli anni ’90 è al centro di un dibattito sulla sua fedele ricollocazione, specialmente in seguito al recente restauro della piazza: vi è stato, infatti, un progetto di ricostituzione dell’ordine razionalista originario, e alcuni amministratori locali, non necessariamente di parti politiche “sospette”, avevano cercato di riaprire un dibattito sulla ricostituzione di quel luogo come bene culturale e, dunque, sulla riqualificazione della statua come pezzo significativo della storia e della bellezza della città. La statua, ad oggi, non è ancora tornata nel luogo in cui era stata originariamente collocata; al suo posto c’è un’opera di Mimmo Paladino, che è stata messa in quel posto, accanto ad altre opere, sempre dello stesso artista, per un’esposizione⁵ che doveva essere temporanea e che, tuttavia, sta diventando quasi stabile, con tutta probabilità proprio per l’imbarazzo legato al fatto che, quando si toglieranno quelle statue, si porrà il problema se ricollocare o meno l’uomo del Dazzi. Si tratta di una vicenda molto conflittuale. Negli ultimi anni ha generato una situazione di vero e proprio disordine, e di scontro forte fra antifascisti e neofascisti, con una petizione dell’Anpi⁶ e prese di posizione di vario genere, compresa quella della competente Soprintendenza, che cercava di spiegare come la ricostituzione della piazza nella sua identità originaria non abbia finalità espressamente e inevitabilmente politiche o ideologiche. È evidente però – ed ecco il punto che qui interessa – che quella ricostituzione generava un conflitto sull’oggi.

In tutti questi casi, in definitiva, l’invocazione di una memoria, e di un’azione politica e amministrativa da assumere oggi in modo coerente con quell’invocazione crea dei cortocircuiti, che non hanno a che fare con il passato soltanto, e che proiettano, invece, una certa esigenza, o domanda, di giustizia al di fuori di un “giudizio” (processuale e non) sul passato, riguardando molto il “presente” della comunità cui si riferiscono.

3.

Ci sono poi degli “scivolamenti” particolari, che meritano qualche cenno, perché consentono di “enfaticizzare” – e così spingere più avanti... – il discorso. Nei quotidiani, a ben vedere, quasi ogni settimana si trovano notizie su vicende di questo tipo.

Si pensi alla problematica intitolazione di uno spazio pubblico (un parco o una piazza o una rotonda...) all’ex Presidente della Repubblica Ciampi, a Livorno, sua città natale, amministrata, al tempo della decisione, dalla forza politica che allora era maggioranza nel Paese. La nuova amministrazione, sostenuta da una altrettanto nuova maggioranza, ha rigettato questo progetto⁷, che in verità era partito da tempo; e molto probabilmente lo “spazio” Ciampi (una piazza, pare) ha già trovato una localizzazione a Firenze⁸, dove c’è un’amministrazione ulteriormente diversa, ma legata alla stessa maggioranza politica che aveva proposto l’originaria intitolazione in quel di Livorno.

Quest’ultimo esempio fa capire chiaramente non solo che al centro dei conflitti sui monumenti o sulla toponomastica c’è (quasi) sempre un problema attuale di simboli e di spazi notevoli per la realtà odierna, anche politica; l’esempio permette di comprendere che dietro il problema dei simboli non c’è solo un problema, astrattamente nobile, di verità storica o memoria collettiva, ma c’è anche il rischio (ecco lo “scivolamento”...) di un’utilizzazione politica di determinati simboli, e quindi di una strumentalizzazione “scoperta” e diffusa di spazi pubblici.

Forse è proprio in virtù di questi rischi che, nel dibattito sulle forti polarizzazioni cui conduce il discorso sulla memoria, ed anche da parte dei pochi giuristi che se ne occupano, si tende sempre a guardare comunque con timore la presenza del potere pubblico o delle istituzioni *tout court*; e ciò si può dire non solo per chi ne esclude radicalmente la presenza, ma anche per

⁵ Cfr. il sito dedicato all’esposizione: <https://brixiacontemporary.it/piazza-della-vittoria.php?lang=it>.

⁶ V. la notizia: <https://quibrescia.it/cms/2012/11/16/il-bigio-in-piazza-vittoria-simbolo-fascista/>.

⁷ V. la notizia [qui](#).

⁸ V. la notizia [qui](#).

coloro che ritengono sempre che questo dominio dello spazio pubblico non sia più accettabile nella cornice dello stato democratico e del pluralismo che ad esso è naturalmente sotteso.

Il punto è che questa esigenza di dominio dello spazio pubblico da parte del potere, e di riproposizione da parte dello stesso di letture particolari della storia passata della comunità cui si riferisce, è qualcosa di (quasi) inestricabilmente legato all'idea stessa di ciò che è il potere pubblico statale in Occidente. Jacques Le Goff⁹ spiega molto bene che nella storia dell'Occidente l'esigenza di lasciare una traccia sul passato è molto legata all'esigenza di testimoniare in modo ufficiale una posizione istituzionale. La statua di Napoleone, ad esempio, non vuole ricordare Napoleone, ma creare un'identificazione fra uno spazio pubblico, un momento collettivo, istituzionale e una certa rappresentazione, anche del potere. E forse questo meccanismo, dunque, è qualcosa di ineliminabile.

Ad essere in discussione, quindi, più che questo stesso meccanismo, così strutturale, sono forse i *modi* dell'intervento in cui si può risolvere la presenza del potere pubblico, non tanto il fatto che questo intervenga. Probabilmente, anzi, c'è un legame indissolubile tra l'essenza dello Stato/potere pubblico e la necessità di rappresentarlo. È un tema che potrebbe affascinare molti cultori di "Law&Literature"¹⁰. Ma è anche tema che può contribuire ad analizzare con maggiore profondità l'interrogativo in cui si risolve il titolo di questo intervento.

4.

Si può fare memoria, dunque, con la giustizia? Di fronte allo Stato e ai "poteri" in cui esso si articola si pongono, e coesistono, molte manifestazioni di questa esigenza di giustizia, che a loro volta, come si è visto, passano attraverso un certo approccio con il passato (un approccio, cioè, mediato dalle urgenze, anche politiche, del presente) e che spesso ambiscono a materializzare specifiche istanze di riconoscimento. Non è un caso, d'altra parte, che le manifestazioni di giustizia trovino vita per mezzo delle rivendicazioni di gruppi o categorie di soggetti che hanno subito violenze nel passato e che cercano oggi di avere un'attestazione ufficiale del loro essere parte a pieno diritto della comunità attuale. Da questo punto di vista, non c'è differenza fra le vittime della Shoah e quelle del terrorismo. L'istanza di giustizia – nel senso qui trattato – è abbastanza simile nei due casi, tanto più quando le storie individuali di coloro che sono stati immediatamente o mediatamente coinvolti nelle violenze del passato – e con essi, la Storia stessa... – possono ancora finire davanti ad un giudice.

Ma il processo è soltanto una delle sedi in cui riconoscere queste istanze di giustizia; e forse è la sede che, pur essendo tanto visibile e apparentemente forte e carica di un altissimo valore, presenta i limiti maggiori, ed è a sua volta condizionata dall'intervento preliminare di un ulteriore "volto" dello Stato, quello del legislatore.

Infatti, il primo strumento che lo Stato utilizza per fare memoria con la giustizia, quello forse "pregiudiziale", quello in Occidente più diffuso, proprio per rafforzare determinate memorie del passato e funzionalizzarle come pietra angolare di un intervento pubblico più ampio, è quello della legificazione della memoria, tramite le cc.dd. "leggi della memoria". Sono tantissime, queste leggi, e non sono solo quelle che prendono posizioni su temi "caldi" come la Shoah o il genocidio degli armeni, ma anche quelle che lo fanno su questioni piccole e specifiche.

Qualche anno fa Andrea Pugiotto¹¹ ha analizzato criticamente e in maniera puntuale le molte ed eterogenee leggi italiane istitutive di specifiche giornate della memoria o del ricordo. Si ha la sensazione che vi sia una "corsa" diffusa a che il riconoscimento "ufficiale" di istanze sociali di diversa natura passino necessariamente dal "marchio" legislativo, come se la forma della fonte primaria fosse essenziale. In molti paesi, poi, avere questo tipo di riconoscimento significa porre le premesse tecniche per dotare anche la memoria di simili istanze della protezione rafforzata del diritto penale, per far sì, cioè, che chi si ponga in contrasto con questa memoria incorra potenzialmente nella sanzione più forte che l'ordinamento giuridico può prevedere. Secondo Pugiotto, la proliferazione di ricordi istituzionalizzati e legificati li rende in realtà deboli. Se le leggi della memoria sono tante, in altri termini, la comunità che ne promuove l'approvazione e se ne alimenta dimostra di non avere, a rigore, una propria memoria, ma di dare voce a tante storie, differenti e conflittuali, difficili da coordinare fra loro. Tra l'altro queste leggi, di solito, sono approvate dalla sede parlamentare con riserve mentali enormi e

⁹ LE GOFF (1978).

¹⁰ V., per qualche spunto, CORTESE (2012), in particolare con riguardo al saggio di FÖLDÉNYI (2009).

¹¹ PUGIOTTO (2009).

con ragioni talvolta anche antagoniste all'interno della stessa maggioranza politica che le ha sostenute.

Bastano questi rilievi per comprendere che, quando si discute di memoria pubblica, l'intervento del legislatore è uno strumento complesso, che lungi dal bloccare un conflitto lo anima e lo rinforza nel momento successivo dell'interpretazione e dell'applicazione. Di per sé, inoltre, la legge è uno strumento discutibile dal punto di vista della volontà di fissare una verità sul passato ovvero dell'adesione del Parlamento a una determinata verità storica. C'è da dire che il nostro Parlamento non ha fatto ricorso soltanto a leggi, ma si è servito anche di mozioni e ordini del giorno, suscitando reazioni di vario genere, come quando si è pronunciato sul genocidio degli armeni¹², analogamente a quanto fatto più di recente anche da altri Parlamenti, che hanno così stimolato le forti e vivaci proteste della rappresentanza diplomatica turca¹³. Di nuovo, anche questo strumento, anziché risolvere un conflitto, lo alimenta, e viene anche utilizzato deliberatamente in tal senso, tanto più quando ci sono ambizioni di verità non su scala locale, ma globale. È un meccanismo cui fanno ricorso anche altri poteri pubblici del nostro ordinamento, come i diversi Consigli comunali che, sempre per stare allo stesso esempio, hanno riconosciuto il genocidio degli armeni.

5.

Se l'intervento legislativo lascia spazio a numerose perplessità, è bene evidenziare che è ancor meno soddisfacente cercare una riconciliazione fra potere pubblico e memoria nel giudizio penale, ove i tanti gruppi sociali che si contendono uno spazio di visibile e attuale riconoscimento cercano un'affermazione particolarmente forte.

Uno degli esempi più dibattuti, in Europa, della criticità del ricorso al processo penale quale luogo di memoria pubblica è il caso *Perinçek*, riguardo al quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto occasione di pronunciarsi due volte¹⁴. La prima sentenza (2013) ha dimostrato in modo palese il primo limite che il giudice (qualsiasi giudice) necessariamente trova quando affronta problemi di memoria: quello legato alla possibilità che in via interpretativa un certo fatto (gli stermini di massa a danno degli armeni operati in Turchia all'inizio della prima guerra mondiale) venga qualificato in un modo (ossia come genocidio) anziché in un altro, allo scopo di derivarne delle conseguenze giuridicamente significative. In quel caso la Corte EDU ha sostenuto che la questione armena, a differenza della Shoah, non sarebbe indubbiamente qualificabile come genocidio sul piano storico, con la conseguenza che, dunque, la punizione della sua negazione non sarebbe legittima, perché lesiva della libertà di espressione. Simile statuizione ha suscitato l'indignazione degli storici, non tanto per la qualificazione in sé di un fatto, quanto perché il giudice si è addentrato in ricostruzioni specifiche del dibattito storiografico. Come si può osservare, anche in questo frangente l'intervento pubblico, lungi dal risolvere un conflitto, lo riacutizza; ed è sintomatico – specie alla luce di ciò che si è precisato in premessa – che il conflitto, a ben vendere, non riguarda tanto un profilo di verità storica, obiettivamente considerato, quanto l'individuazione di chi ha la possibilità (potremmo dire, quasi, la competenza...) di dire qualcosa su quel fatto oggi, in funzione di una affermazione di specifiche libertà o di particolari diritti. Preso, forse, atto di queste “delicatezze”, la Grande Camera della Corte EDU (2015), nel confermare comunque la prima decisione, l'ha motivata diversamente, finendo, tuttavia, per rimbalzare il conflitto su di un altro piano, o, se si vuole, su di un altro terreno minato. Nella seconda sentenza, infatti, la Corte EDU ha sorvolato sul problema della qualificazione giuridica di un determinato fatto, ma è arrivata a sostenere che gli Stati che volessero farsi carico di una memoria lo possono fare soltanto se la loro storia nazionale ha a che fare, in qualche modo (presente o passato; politico o socio-culturale), con quel fatto storico (e nella controversia specifica, non v'era alcun rapporto particolare fra la Svizzera e il genocidio degli armeni).

Emerge in tale prospettiva un altro limite dell'intervento processuale sulla memoria: quello di legare il rapporto fra potere pubblico, memoria e istanza di giustizia al tema della localizzazione della “vittima” in funzione della quale la norma sanzionatrice sarebbe stata approvata; in altre parole: soltanto dove la “vittima” ha una sua presenza radicata, allora è possibile che lo Stato abbia un interesse a far valere i limiti alla libertà di espressione che si trovano anche nella CEDU (per esempio, l'ordine pubblico). È chiaro che anche questo è un terreno minato, spe-

¹² Cfr. il resoconto dei lavori parlamentari [qui](#).

¹³ V. la notizia [qui](#).

¹⁴ Cfr. CORTESI (2016).

cialmente perché lo Stato che facesse deliberatamente una simile operazione non farebbe altro che riaccutizzare – ancora una volta... – un conflitto sull'oggi, ri-polarizzandolo, rimettendo la comunità armena in opposizione non solo a chi l'ha perseguitata, ma anche ad altre forze che per logiche politiche contingenti potrebbero assumere quell'agenda politica. Qui dunque l'approccio criminalizzante rivela il suo limite non (sol)tanto sul piano dello scontro con la tutela di alcune libertà, ma perché è proprio inefficiente, ossia perché riaccutizza conflitti, anche solo localmente. La pronuncia del giudice, peraltro, non risolve il problema del genocidio armeno e della sua qualificazione, non è utile a riattivare l'interesse per la ricerca storica, ammesso che questa sia davvero libera, indipendente e neutrale.

Nel caso armeno quest'ultimo aspetto è molto rilevante, e aiuta a comprendere anche un ulteriore problema degli approcci più diffusi alle questioni della memoria pubblica e del "fare giustizia" per il tramite di essa. Gli storici ricordano spesso che il genocidio armeno è il prototipo del genocidio e che è proprio dallo studio di quel caso che nasce la fattispecie del 1948, resa "attuale" in maniera forte dalla considerazione della Shoah. È quasi un paradosso, da questo punto di vista, escludere quel genocidio dal novero dei genocidi novecenteschi. Accade, però, che molti storici hanno da tempo preso posizione per questo riconoscimento, anche se c'è una minoranza che si oppone. Uno storico accreditato in quest'ultima direzione, *Heat W. Lowry*, siede su una prestigiosissima cattedra negli Stati Uniti, a Princeton. Ciò ci dimostra che le competenze dello storico non sono sempre così neutrali come possiamo pensare. Negli anni '80, infatti, un altro studioso americano (Robert J. Lifton) aveva prodotto in California un testo sulla psicologia dei crimini nazisti (*The Nazi Doctors*), mostrando come il retroterra culturale fosse il genocidio armeno; Lowry aveva preparato per il governo turco una reazione scritta, durissima, a quel testo, contestando l'uso del termine genocidio. Esiste, dunque, anche l'estrema debolezza dell'idea che ogni questione di memoria possa essere abbandonata, per così dire, al mero dibattito scientifico, che da solo non garantisce un approccio *fair* al passato. Ci sono, ad ogni modo, altri modelli?

6.

Tzvetan Todorov¹⁵ ci dice che uno dei modelli "alternativi" più significativi è quello sudafricano, dove non c'è stato un tribunale in senso proprio, ma una sede istituzionale dove vittime e carnefici trovano riparo: chi ha commesso specifici delitti espone la verità, ma con la protezione di una procedura nella quale non viene condannato. Lo stesso Todorov nota anche tutti i limiti di questo approccio, trattandosi di un modello che presuppone una transizione istituzionale, una ricostituzione espressa, cioè, della sfera pubblica, un momento costituente. Quello sudafricano, del resto, è stato un caso particolarissimo, in cui vittime e carnefici si trovavano costretti a stare nello stesso luogo. E per tale ragione quello utilizzato è uno strumento proprio solo di contesti eccezionali, non generalizzabile.

Come se ne può uscire, allora? Il potere pubblico non deve intromettersi? È solo un problema culturale o di cittadinanza sostanziale? Io credo di no; e credo anche che il contesto italiano sia un laboratorio fecondo e possa fungere da modello per elaborare strumenti alternativi di risoluzione di questi conflitti.

In primo luogo, occorre sottolineare che un certo grado di presenza pubblica sembra davvero irrinunciabile. Si pensi a due episodi davvero sintomatici di quanto l'assenza di una "moderazione" ufficiale può dare adito a speculazioni e incertezze fatali. Il primo è il caso dell'Onorevole Meloni, che in risposta a una specifica (ed evidentemente non gradita) presa di posizione sulla Giornata del Ricordo, ha postato su Facebook una foto di una fucilazione, per ricordare le vittime dei partigiani titini; quella foto, in realtà, si riferiva ad una fucilazione perpetrata dagli occupanti fascisti, che sparavano alla popolazione locale¹⁶. Questa è una evidente strumentalizzazione del passato e di documenti che (pure) possono essere utili a ricostruirlo; e ciò accade perché in rete la memoria si costruisce anche così, in modo frammentario, confuso, disordinato. In rete, peraltro, la memoria rischia anche di cancellarsi; e ciò sotto l'ombrello del diritto, o meglio di "diritti" qualificati come fondamentali. Umberto Ambrosoli e Massimo Sideri, nel libro *Diritto all'oblio, dovere della memoria. L'etica nella società interconnessa*¹⁷, raccontano di una (purtroppo) celebre rapina di "autofinanziamento" degli anni '70, commessa da un gruppo armato di estrema destra, nel corso della quale erano morti alcuni cittadini co-

¹⁵ TODOROV (2011).

¹⁶ V. la notizia [qui](#).

¹⁷ AMBROSOLI e SIDERI (2017).

muni. Due dei responsabili, scontata la pena, hanno chiesto ad alcuni provider di rimuovere le notizie reperibili online e relative alle loro condanne; e i gestori hanno rifiutato. Ma il punto è questo: chi decide? E sulla base di che cosa? Anche qui si palesa un problema di presenza pubblica; non tanto sulla rete, quanto sulla “gestione” di ciò che può accadere.

Se è vero, allora, che una qualche presenza pubblica è indispensabile, allora si può tornare alle suggestioni che ci può fornire il laboratorio italiano, in particolare con riguardo a tre esempi che possono essere illuminanti.

Innanzitutto, si può richiamare la sentenza della Corte costituzionale n. 189/1987, relativa al divieto di esposizione di bandiere straniere senza l'autorizzazione dell'autorità di pubblica sicurezza. Era accaduto, nella fattispecie, che a Gorizia, per festeggiare il 25 aprile, la minoranza slovena sfilasse con bandiere slovene, in assenza di una previa autorizzazione. La Corte costituzionale, in quel caso, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la norma incriminatrice, che puniva la violazione del divieto, introdotto durante il fascismo. Nella parte in fatto, la Corte, richiamando il testo dell'ordinanza di rinvio, sottolinea che è paradossale che alcuni soggetti vengano puniti per aver festeggiato, nel pluralismo repubblicano, la Resistenza, definita come «origine e sostanza semore vivente» della Costituzione repubblicana.

Questa pronuncia è interessante non solo perché è l'unica sentenza in cui la Corte richiama la Resistenza; è interessante perché consente di capire che possono ben esserci occasioni pubbliche dove il ricordare qualcosa non è necessariamente divisivo, perché si riafferma nel pluralismo; dunque, si può ritualizzare il ricordo di determinati eventi, purché ciò avvenga in un senso pluralista, purché – in altri termini – si cerchi di ridare pluralismo a una lettura di quei determinati eventi, senza che siano pregiudizialmente pensati come affermazione di qualcosa di identitario e di esclusivo.

Il secondo esempio viene dal Presidente della Repubblica, perché il Presidente Napolitano, in occasione della celebrazione annuale di una delle tante ed eterogenee “legificazioni della memoria”, quella per le vittime del terrorismo, ha istituito una possibile prassi: in quella giornata, presso la Presidenza della Repubblica, si sono incontrati “vittime” e “carnefici”¹⁸. Non è un banale ricevimento; è un gesto istituzionale ufficiale del Presidente, che non ha l'agenda del Governo o del Parlamento, e che pertanto esercita una funzione pubblica, neutrale, sul ricordo, senza attribuire colpe e responsabilità, senza prese di posizione o lezioni di storia, ma offrendo un luogo di incontro e riconciliazione; un momento che – come si è rivelato nelle diverse occasioni in cui tale prassi ha continuato a manifestarsi – può fornire spunto anche per incontri di riflessione e per una discussione pubblica.

Il terzo esempio è costituito da un modello a suo modo “criptico”, quello della gestione del bene culturale. Il nostro Paese è disseminato da “etichette” o “luoghi” del ricordo. Proprio il caso della piazza di Brescia – richiamato in esordio di questo intervento – è molto interessante, perché, al di là del ruolo potenzialmente neutrale positivamente imputabile dalla Soprintendenza e dalle sue possibilità di intervento tecnico e “storicizzante”, non si comprende per quale motivo si dovrebbe escludere che assieme alla visione tecnica ci sia una partnership fra la Soprintendenza e le istituzioni territoriali, eventualmente al fine di creare opportune e positive occasioni di “valorizzazione” del bene culturale oggetto di “memorie” contese. In quel caso l'organo tecnico non è stato mai ascoltato e le istituzioni si sono poste di volta in volta su posizioni polarizzanti, perdendo con ciò il significato di una collaborazione e di un coordinamento potenzialmente fruttuosi.

7.

Gli esempi così illustrati sono esempi di “spazi” nei quali il potere pubblico può ben essere presente nella memoria, purché il “suo” spazio sia quello repubblicano, oggettivo, e non quello politico-amministrativo nel senso tradizionale. Solo così il potere pubblico può avere una prerogativa forte sulla memoria e sulle istanze di giustizia che ne animano l'invocazione, creando un ponte tra la valutazione culturale e il discorso pubblico. Costruire una politica pubblica della memoria che non sia “di parte” e che non abbia una prospettiva esclusivamente “vittimologica” è possibile, purché essa sia concepita in modo pluralistico.

Chiudo questo contributo con una sollecitazione di “Law&Literature”. In uno dei racconti più belli di Antonia Arslan, *Il libro di Mush*¹⁹, si narra del modo con cui è stato salvato un ome-

¹⁸ V. la notizia [qui](#).

¹⁹ ARSLAN (2012).

liario, un testo sacro nella tradizione religiosa armena, conservato in un monastero. All'arrivo dell'esercito turco, durante il "genocidio" sopra richiamato, questo omeliario viene messo in salvo da tre stranieri, da tre non armeni, che scappano dividendoselo a pezzi. È un'immagine interessante. La memoria di qualcosa diventa collettiva quando sono gli altri a riconoscerla, non il gruppo delle "vittime", ma soggetti estranei che si fanno carico di una tradizione e ne percepiscono il valore generale. Per fare questo non è sufficiente un giudizio tecnico, ma è indispensabile anche un coinvolgimento pluralistico della comunità.

Si può dunque fare memoria con la giustizia? Dipende da che cosa vuol dire giustizia: in quest'ambito non può essere necessariamente quella del potere legislativo e quella del potere giudiziario. Forse si deve fare memoria con lo strumento del potere pubblico, ma non i suoi strumenti *hard*, bensì con strumenti diversi, che consentano il dibattito e la partecipazione, e il cui valore aggiunto non è la decisione pubblica, ma l'incontro del pubblico tramite la predisposizione di occasioni repubblicane di confronto. Per questo il modello italiano è interessante: perché, a monte, nel tessuto del nostro ordinamento, c'è una intelligente e "rivoluzionaria" dissociazione costituzionale fra le istituzioni pubbliche tradizionali (il volto "storico" e più aggressivo del potere...) e la Repubblica (il volto nuovo di una sede pubblica di mutuo riconoscimento), e ciò consente la potenziale creazione di spazi neutrali che non si abbandonino alle strumentalizzazioni.

Bibliografia

AMBROSOLI, Umberto e SIDERI, Massimo (2017): *Diritto all'oblio, dovere della memoria. L'etica nella società interconnessa* (Milano, Bompiani).

ARSLAN, Antonia (2012): *Il libro di Mush* (Milano, Skira).

CORTESE, Fulvio (2012): "Memoria e diritto. Contributo per un approccio non necessariamente centripeto (tra storia, giustizia e letteratura)", *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2.

CORTESE, Fulvio (2016): "Che cosa ci insegna il caso Perinçek?", *DPCE online*, 1.

FÖLDÉNYI, Laszlo (2009): *Dostoevskij legge Hegel in Siberia e scoppia a piangere* (Roma, Il Melangolo).

LE GOFF, Jacques (1978): "Documento/Monumento", *Enciclopedia Einaudi* (Torino, Einaudi).

PUGIOTTO, Andrea (2009): "Quando (e perché) la memoria si fa legge", *Quaderni costituzionali*, 1.

TODOROV, Tzvetan (2011): "La memoria come rimedio al male", TODOROV, Tzvetan (editor): *Gli altri vivono in noi, e noi viviamo in loro (Saggi 1983-2008)* (Milano, Garzanti).



Diritto Penale Contemporaneo

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

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

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