

SCIENZA & POLITICA

per una storia delle dottrine



La configurazione del passato nella transizione alla democrazia: il diritto, la memoria, la storia e il problema della coesione sociale

Shaping the Past in the Transition to Democracy:
Law, Memory, History and the Problem of Social Cohesion

Massimo Meccarelli

massimo.meccarelli@unimc.it

Università di Macerata

ABSTRACT

Questo saggio riflette sull'esperienza del tempo come fattore di coesione sociale e sulla sua forza attributiva rispetto alle configurazioni del diritto. Al riguardo una componente decisiva è rappresentata dalla simultaneità dei regimi di storicità e dalla conseguente disputa sul passato. L'articolo ne segnala il rilievo nelle transizioni dalla dittatura alla democrazia e, in particolare, in quella italiana, del secondo Novecento. La trattazione si sofferma poi sulla disputa sulla memoria, per considerare la questione dei diritti alla verità, alla restituzione e al risentimento, evidenziando come la storia, se declinata in una prospettiva vittimologica, possa dare un contributo originale alla comprensione del problema della giustiziabilità del passato.

PAROLE CHIAVE: Esperienza del tempo; Giustizia di transizione; Diritto alla restituzione; Diritto al risentimento; Democrazia.

This essay reflects on the experience of time as a factor of social cohesion and on its attributive force with respect to the configurations of law. In this regard, a decisive component is the simultaneity of regimes of historicity and the consequent dispute about the past. The article points out its prominence in the transitions from dictatorship to democracy and, in particular, in that of Italy in the second half of the 20th century. The discussion then turns to the dispute about the memory; to consider the question of the rights to truth; to restitution and to resentment; highlighting how history, if declined in a victimological perspective, can make an original contribution to understanding the problem of the justiciability of the past.

KEYWORDS: Experience of Time; Transitional Justice; Right to Restitution; Right to Resentment; Democracy.

SCIENZA & POLITICA, vol. XXXV, no. 68, 2023, pp. 47-65

DOI: <https://doi.org/10.6092/issn.1825-9618/17745>

ISSN: 1825-9618



1. Diritto e coesione sociale: il rilievo della base pre-giuridica di senso

L'idea di riflettere sugli usi del passato nasce da un mio interesse per due problemi giuridici: uno è di tipo teorico generale e consiste nell'esigenza di indagare più a fondo alcune premesse che stanno alla base del rapporto tra diritto e coesione sociale; l'altro è di natura più schiettamente storico-giuridica e riguarda la comprensione della complessità sottesa alle transizioni alla democrazia nel Novecento. I due piani tematici sono collegati, come cercherò di mostrare; per farlo però può essere utile anzitutto definire maggiormente le due questioni di fondo.

Il diritto è uno strumento essenziale per la coesione sociale; può costituirne il presidio (si pensi ai diritti fondamentali o umani) o la condizione di possibilità (si pensi alla giustizia di transizione). Esso serve a fissare, con la forza propria del vincolo giuridico, alcune stipulazioni minime in cui i consociati si riconoscono, per fondare la coesistenza; è, dunque, uno strumento indispensabile perché si rinnovi l'interesse a coesistere. Allo stesso tempo l'effettività dei dispositivi giuridici dipende per buona parte dalla connessione con una base pre-giuridica di senso che si configura a partire da meccanismi o dinamiche sociali, culturali e istituzionali. Per ciò, se vogliamo considerare come il diritto contribuisca alla produzione della coesione sociale, può risultare utile includere nella nostra analisi anche la considerazione di tale livello sottostante.

Ciò diventa ancora più rilevante se vogliamo concentrarci sullo studio di concrete esperienze di mutamento, come, appunto, quelle di *transizione alla democrazia*. Infatti, i cambi di ordinamento costituzionale possono essere descritti, in astratto, nella loro discontinuità sul piano giuridico e istituzionale, ma sul piano storico corrispondono sempre ad una *ri-fondazione* della società e della politica. C'è un livello di continuità da considerare, per spiegare i fatti nuovi che accadono, che porta in primo piano la domanda sulle premesse che fondano il diritto di cui intendiamo fare la storia. Un aspetto centrale al riguardo è la dimensione culturale/assiologica condivisa, di cui una componente decisiva è rappresentata dalla questione della *configurazione del passato*. Una società che si *ri-fonda* su principi e valori nuovi, non può prescindere dallo svolgimento di politiche di gestione del passato.

Il problema della coesione sociale, che il diritto pretende di risolvere, dipende, dunque, dall'*esperienza del tempo* veicolata all'interno della società. Le dinamiche sociali sono strettamente legate al tempo storico, inteso come «l'importo fenomenologico dei vissuti del tempo»¹; il tempo di cui parliamo è dunque un'esperienza che si riflette sulla percezione della sfera di realtà.

¹ G. MARRAMAO, *Minima temporalia. Tempo, spazio, esperienza*, Torino, Bollati Boringhieri, 2022, p. 70, citando Edmund Husserl.



Nel seguito vorrei riflettere sui caratteri dell'esperienza del tempo. Successivamente vorrei considerare alcuni esempi di transizione alla democrazia, nei quali si determina una disputa sulla relazione tra passato, presente e futuro. In una terza parte vorrei soffermarmi su una dinamica di configurazione del passato, il "fare memoria", che appare particolarmente rilevante per il nostro tema. Intenderò considerare come possa incidere (in senso sia costruttivo che decostruttivo) sulla coesione sociale. Ciò mi porterà a qualche riflessione conclusiva sul contributo che il fare storia e in particolare storia giuridica, può dare alla comprensione di tali problemi.

2. I regimi di storicità: la disputa sul passato come momento di costruzione della coesione sociale

Per avviare questo percorso vorrei affidarmi anzitutto all'idea seminale di François Hartog di *regime di storicità*²; essa ci spiega che l'esperienza del tempo consiste nella capacità di collegare e collocare in una prospettiva di senso i piani temporali del passato del presente e del futuro. La loro sintesi può conoscere diverse configurazioni nella storia e nella società; l'esperienza del tempo può condurre a diversi modi di collegare passato, presente e futuro, può dar vita, cioè, a diversi regimi di storicità.

Facciamo qualche esempio guardando alla storia costituzionale contemporanea. Consideriamo gli Stati nel XIX secolo che si fondano su quella che in storiografia viene indicata come la costituzione liberale³: qui possiamo dire che domina un'idea di *contenimento del futuro*. Le carte costituzionali ottocentesche, quelle ottriate, presuppongono l'idea di popolo-nazione come realtà storico-naturale. La legittimazione delle istituzioni politiche è un esito della storia, che "oggettivamente" indica la giusta configurazione dell'ordine costituzionale e prescrive di concedere una carta costituzionale. Il rapporto con il passato è marcato dalla continuità e il progresso della Nazione presuppone una tradizione politica⁴.

Guardiamo ora alla storia delle democrazie europee nel Novecento e in particolare a quelle nate dalla fine di una dittatura. In essa sembra dominare l'idea di un programma per il futuro⁵, cioè di un processo di *infuturamento* che assegna una

² F. HARTOG, *Regimi di storicità: presentismo e esperienze del tempo*, Palermo, Sellerio, 2007. L. SCUCCIMARRA, *Modernizzazione come temporalizzazione. Storia dei concetti e mutamento epocale nella riflessione di Reinhart Koselleck*, «Scienza & politica. Per una storia delle dottrine», 28, 56/2016, p. 107 (91-111).

³ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 101-133.

⁴ L. LACCHE, *La Costituzione del Novecento. Percorsi storici e vicissitudini dello Stato di diritto*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 12-14.

⁵ *Ivi*, in partic. pp. 9-12 e 103-115; M. FIORAVANTI, *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico nel ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018; G. BRUNELLI - G. CAZZETTA (eds), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2013; P. COSTA, *Il problema del potere costituente in Italia fra Risorgimento e*

funzione *prognostica* al presente. In un simile orizzonte le dinamiche sociali, politiche e istituzionali esprimono un punto di vista sul presente, aperto al suo superamento. Il futuro diventa aspettativa, un tempo trasformativo del presente, mentre il rapporto con il passato si esprime nella forma di una “ponderazione” del passato. Tale regime di storicità considera il passato come archivio da cui attingere valori fondativi, o come oggetto da storicizzare e rispetto al quale porre la distanza. La sintesi più lucida in questo senso è stata proposta da Koselleck nella nota idea di una combinazione tra «spazio di esperienza» e «orizzonti di aspettativa»⁶. In tale configurazione, passato e futuro sono com-presenti nel presente⁷, di modo che il presente costituisce il terreno di incontro tra passato e futuro; al contempo, dall’apporto convergente delle altre due prospettive temporali, il presente trae il proprio senso, secondo una progressività che si basa su una «fondamentale “unicità dell’accadere”, cioè della sua “novità assoluta rispetto al passato”»⁸.

Prendiamo ora un terzo esempio dalla fase attuale; qui possiamo riscontrare un’esperienza marcata dalla detemporalizzazione⁹ e dal presentismo¹⁰ (e dunque dall’idea di una *presentificazione del futuro*), il cui tratto caratteristico sembra consistere nel fatto che il presente esprime una capacità meramente *predittiva* del futuro. Assistiamo alla fine dell’idea di futuro come aspettativa. Esso è, infatti, compromesso dall’eccedenza di un presente che si attua in funzione di sé stesso¹¹. Il rapporto con il passato, a sua volta, è segnato da due atteggiamenti: quello della constatazione di una oggettiva irrilevanza del passato (e, dunque, della sua

Repubblica, in F. BAMBI (a cura di), *Un secolo per la Costituzione (1848-1948)*, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 109-137.

⁶ R. KOSELLECK, «Spazio di esperienza» e «orizzonte di aspettativa»: due categorie storiche, in R. KOSELLECK, *Futuro Passato. Per una semantica dei tempi storici*, Bologna, Clueb, 2007, pp. 300-322. Occorre però sottolineare che, per quanto osservabile come sintesi di un certo modo di percepire il regime di storicità, la proposta di Koselleck vale anche come schema euristico più generale per pensare le possibili combinazioni intertemporali. Cfr. L. SCUCCIMARRA, *Semantiche della temporalità e conoscenza storica: il contributo della Begriffsgeschichte*, «Quaderno di storia del penale e della giustizia. Il tempo», 4, 2022 (in corso di pubblicazione).

⁷ M. BENVENUTI, *Tra spazio di esperienza e orizzonte di aspettativa. Il presente quale sfera temporale decisiva per la dimensione costituzionale*, «Nomos. La attualità del diritto», 2, 2018, pp. 1-8; L. SCUCCIMARRA, *Modernizzazione come temporalizzazione*, pp. 95-96; secondo Koselleck il configurarsi di una «contemporaneità del non contemporaneo», spiega Scuccimarra, ha dato vita a quel «processo di temporalizzazione attraverso il quale i concetti politici e sociali moderni acquisiscono il loro caratteristico orientamento al futuro» (p. 98). Cfr. A. THIER, *Time, Law, and Legal History - Some Observations and Considerations*, «Rechtsgeschichte», 25/2017, pp. 24-26.

⁸ L. SCUCCIMARRA, *Modernizzazione come temporalizzazione*, p. 101.

⁹ H. ROSA, *Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstruktur in der Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2005. Si vedano in proposito L. SCUCCIMARRA, *Modernizzazione come temporalizzazione*, pp. 106-107; A. THIER, *Time, Law, and Legal History - Some Observations and Considerations*, p. 26.

¹⁰ F. HARTOG, *Régimes di storicità*; F. HARTOG, *Croire en l'histoire*, Paris, Flammarion, 2013, pp. 225-284; F. HARTOG, *Chronos: l'Occidente alle prese con il tempo*, Torino, Einaudi, 2022, pp. 244-270. Cfr., L. SCUCCIMARRA, *Modernizzazione come temporalizzazione*, pp. 108-110, il quale precisa che in Hartog questo più che un «autonomo regime di storicità» è da considerarsi «un paradossale compimento del “regime moderno” in cui [...] la distanza tra spazio di esperienza e orizzonte di aspettativa è diventata massima “al limite della rottura, di modo che la produzione del tempo storico sembra come sospesa» (p. 109).

¹¹ F. HARTOG, *Régimes d'historicité*; J. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, *Globalización, presentismo y corrosión de la soberanía popular en Brasil*, in L. DE ALVARENGA GONTIJO ET AL., *Cuba-Brasil. Diálogos sobre democracia, soberanía popular e direitos sociais*, Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2021, pp. 185-200.



esclusione dai processi di produzione di sapere) e quello della *retrotopia*¹², dove il passato diviene destinatario delle aspettative negate al futuro, finendo per rilevare solo come idea nostalgica e artificiale, indotta dal presente.

Nei primi due esempi che ho tratto dalla storia costituzionale (il contenimento del futuro e l'infuturamento) possiamo riscontrare come il regime di storicità agisca in senso costruttivo (dà una prospettiva all'interesse a coesistere); nel terzo esempio la configurazione del tempo sembra invece agire come fattore decostruttivo. La presentificazione del futuro, infatti, nega il carattere dinamico del tempo storico e quindi pone la domanda sul come una società priva della possibilità di proiettarsi in un altro da sé, possa riuscire a rinnovare le ragioni dell'interesse a coesistere. È un problema molto rilevante, che, però, sfugge al nostro tema centrale¹³. Lo segnaliamo allo scopo di sottolineare lo stretto rapporto che sussiste tra l'esperienza del tempo e la coesione sociale. Per questo appare utile soffermarci ancora sui suoi caratteri.

I rapidi esempi che ho proposto hanno il difetto di semplificare la questione, concentrando l'attenzione solo su un regime di storicità individuato come dominante nella società. È certo plausibile trovare in ciascuna fase storica l'espressione di un regime di storicità prevalente, che sostiene l'esperienza collettiva di auto-comprensione della società e la percezione comune del rapporto tra passato presente e futuro.

Dobbiamo però considerare che all'interno della società, insieme al regime di storicità dominante, possono convivere diversi regimi di storicità potenzialmente in disaccordo tra loro¹⁴; e tale disaccordo si esprime, prevalentemente, in una *disputa sul passato*.

Può essere utile, allora, prendere in esame un quarto esempio, che possiamo trarre dalla storia costituzionale contemporanea, dove è possibile osservare meglio la complessità dell'esperienza del tempo, a cui ho appena fatto cenno: penso in particolare alle fasi di transizione alla democrazia del Novecento.

In esse, infatti, si accentua la compresenza dei diversi regimi di storicità e l'esperienza del tempo perde la sua unità, per frammentarsi in più tipi potenzialmente conflittuali. Ciò vale in particolare per quei mutamenti radicali dell'ordinamento costituzionale, come nel caso del passaggio dalla dittatura alla democrazia, dove si pone al centro il problema di come fare giustizia del passato. L'azione dei diversi attori sociali si svolge sulla base di regimi di storicità diversi. Si determina, cioè, un

¹² Z. BAUMANN, *Retrotopia*, Cambridge, Polity Press, 2017.

¹³ Spunti al riguardo possono essere colti dalla riflessione sul dispositivo della *stasis* come paradigma politico della guerra civile trattato da G. AGAMBEN, *Stasis. La Guerra civile come paradigma politico*, Torino, Bollati Boringhieri, 2015.

¹⁴ C. PAIXÃO, *Tempo, memória e escrita: perspectivas para a história constitucional*, in A. MARTINS - C. ROESLER - C. PAIXÃO (eds), *Os tempos do direito: diacronias, crise e historicidade*, São Paulo, Max Limonad, 2020, pp. 25-26.

disallineamento dei punti di vista sul tempo storico, con riflessi rilevanti sugli orizzonti di possibilità del diritto e delle istituzioni.

Solo a titolo di esempio descriviamo alcuni dei possibili atteggiamenti che possono derivarne: nell'azione di coloro che sono impegnati nella rifondazione della società può dominare un atteggiamento volto a *oggettivizzare* gli eventi del passato tramite un giudizio su di esso, di modo che, solo in quanto "passato passato", possano incidere nella costruzione del rapporto del presente con il futuro. Ma è possibile che l'impegno per la rifondazione sia sostenuto da forme di presentismo, dove l'evento passato non è visto come parte della realtà da definire e l'agire nel presente tende a occultare o silenziare l'evento passato, sottraendolo al giudizio delle generazioni successive. Queste diverse maniere di vivere l'esperienza del tempo non esauriscono il campo delle possibilità. Si pensi, ancora, al punto di vista delle vittime dei regimi autoritari; qui l'evento passato si relaziona al presente-futuro non come evento oggettivizzato ma come passato che si *eternizza* (persiste, irrisolto, nel presente). E ancora (si pensi agli sconfitti sostenitori della dittatura) possono persistere atteggiamenti nei quali il passato rileva come idea *nostalgica* e, in quanto tale, si riflette come un condizionamento sul presente e sul futuro.

Insomma, nelle fasi di transizione (non solo in esse, ma particolarmente in esse) accade che, accanto a quello che potremmo chiamare il *tempo collettivo* promosso dalle istituzioni e dalle scelte della politica, si affianchino i *tempi delle collettività*. È un punto rilevante per il nostro tema, poiché la questione del fare giustizia del passato, richiede che le istituzioni che la esercitano si posizionino rispetto alle diverse esperienze del tempo a cui fanno riferimento gli attori sociali.

Un tema di disallineamento temporale si pone poi anche tra gli ambiti istituzionali dello spazio pubblico; il tempo della politica, quello degli apparati, quello del diritto, seppure concatenati tra loro, sono spesso incommensurabili¹⁵ e seguono linee di svolgimento proprie.

In rapporto a tale quadro la "transizione alla democrazia" si caratterizza soprattutto per la *funzione di cattura* che riesce ad esercitare su la simultaneità/disallineamento dei regimi di storicità.

Per comprendere più a fondo la dinamica a cui stiamo riferendoci, occorre un'altra precisazione di ordine teorico. La transizione viene prevalentemente impiegata come concetto *descrittivo*; serve a indicare una fase storica che sta tra un prima e un dopo. Essa però può anche essere considerata in altro modo. Quando la osserviamo in relazione ai fenomeni giuridici e istituzionali, costituisce un vero e proprio regime del diritto e dunque va intesa in senso *ascrittivo*: transizione designa, cioè, una determinata condizione del tempo, che è capace di esprimere una forza

¹⁵ Le fonti che studiamo ci comunicano continuamente questo scarto irriducibile. Con riferimento ai nostri temi si veda A. MENICONI, *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana*, «Nomos. L'attualità nel diritto», 1/2017, pp. 1-19.



attributiva, agganciando il diritto ad un *regime di impermanenza*¹⁶. Affinché il tempo della transizione possa svolgere la sua funzione di cattura, è necessario che il diritto assuma un carattere *situazionale*. Allo stesso tempo tale originario vincolo, considerata l'attitudine alla resilienza delle istituzioni giuridiche, tende a provocare effetti che superano la "situazione", per permanere e svolgersi nel lungo periodo. La transizione è anche *ultrattiva*.

Abbiamo osservato sopra, che le democrazie nate dalla fine delle dittature si sono affidate ad un programma per l'infuturamento fondato su una ponderazione del passato. Ora possiamo aggiungere che tale quadro, seppure connotato da un regime di storicità dominante e trainante, è più complesso: al di sotto di quella proiezione del presente verso il futuro, continua ad operare carsicamente l'esperienza della transizione, producendo, ancora nel tempo stabile della democrazia, condizionamenti sulle configurazioni giuridiche e istituzionali, impedendo una chiusura definitiva del giudizio sul passato.

3. Esempi di transizione alla democrazia nel Novecento: il caso italiano

3.1 La vicenda delle sanzioni contro il fascismo e dell'ammnistia Togliatti

Proviamo ora a proiettare questo schema analitico allo studio della transizione italiana degli anni Quaranta; è la fase di passaggio alla democrazia dopo la fine della dittatura fascista e dopo la fine della guerra. In particolare, vorrei brevemente considerare la vicenda della *accountability* del fascismo (cioè il profilo più esposto al carattere attributivo del tempo). Il problema, come è noto, venne affrontato a due livelli: attraverso misure sanzionatorie per punire i crimini compiuti dai fascisti in nome del fascismo; attraverso misure epurative contro coloro che avevano collaborato e contribuito alla instaurazione e allo svolgimento del Regime, per liberare le istituzioni dello Stato da figure compromesse con quel progetto politico autoritario.

La storiografia¹⁷ ne ha già fatto oggetto di studio, ma forse è opportuno richiamare qui qualche aspetto. Nel brevissimo tempo di tre anni si verifica infatti una inversione di tendenza significativa. In una prima fase, nel biennio compreso tra il 1943 e il 1945, lo scopo è assicurare una giustizia restaurativa, a favore delle vittime

¹⁶ Si permetta di rinviare a M. MECCARELLI, *I tempi ascrittivi tra esperienza giuridica e ricerca storica*, «Le carte e la storia», 2/2018, pp: 18-25. Si veda inoltre A. THIER, *Time, Law, and Legal History - Some Observations and Considerations*, pp. 25-29.

¹⁷ Più di recente si vedano C. NUBOLA - P. PEZZINO - T. ROVATTI (eds), *Giustizia straordinaria tra fascismo e democrazia. I processi presso le Corti d'Assise e nei Tribunali militari*, Bologna, il Mulino, 2019; P. CAROLI, *Il potere di non punire. Uno studio sull'ammnistia Togliatti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2020; A. MENICONI, *The Failed Reconciliation: The Role of the Judiciary in Post-fascist Italy and the Togliatti Amnesty*, in C. PAIXÃO - M. MECCARELLI (eds) *Comparing Transitions to Democracy. Law and Justice in South America and Europe*, Cham, 2021, pp. 215-239; G. NEPPI MODONA - A. MENICONI (eds), *L'epurazione mancata. La magistratura tra fascismo e Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 2022; G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra Fascismo e democrazia*, Milano, Giuffrè, 2023, pp. 227-261.

del fascismo, che implica l'introduzione di figure di reato, misure sanzionatorie contro i fatti compiuti dai fascisti e provvedimenti epurativi contro coloro che hanno collaborato con il Regime e le forze armate tedesche; vengono anche emanati provvedimenti di amnistia a favore di coloro che hanno commesso reati con motivazione politica di carattere antifascista¹⁸. È una serie di misure che sottende una linea di politica del diritto chiara, che è ben espressa nella relazione del Ministro Togliatti all'amnistia del 17 novembre 1945: consiste nel dare luogo ad atti «di giustizia riparatoria di cui la società è debitrice» verso coloro che hanno combattuto il fascismo¹⁹.

Nel 1946 questa linea di politica del diritto conosce una inversione di tendenza: con un nuovo provvedimento di amnistia²⁰ vengono neutralizzati gli effetti delle norme repressive antifasciste. Partendo dalla constatazione che «col passaggio dalla Monarchia alla Repubblica si è aperto un periodo nuovo nella vita dello Stato italiano unitario» il Ministro della Giustizia Palmiro Togliatti – lo stesso che nel 1945 aveva sostenuto la linea di una giustizia che sanzionasse il fascismo – spiegava ora che occorreva dare un segno di «pacificazione e riconciliazione di tutti i buoni italiani», che includesse anche coloro che avevano sostenuto il Regime²¹. Con tali provvedimenti si trattava, insomma, di sostenere il processo di transizione alla democrazia.

Simile è la vicenda delle misure di epurazione dei sostenitori del fascismo dalle istituzioni dello Stato²². Anche qui a una prima fase orientata ad una decisa attuazione di strategie epurative (fino al dicembre 1945) ne è succeduta una seconda di segno opposto (culminata nell'amnistia del 1946 e seguita da altri provvedimenti di clemenza fino al 1952), dove la preoccupazione prevalente è stata quella di

¹⁸ Si inizia con un primo provvedimento di epurazione, il Regio decreto-legge del 28 dicembre 1943 n. 29/B, *Defascistizzazione delle Amministrazioni dello Stato* seguito dal Regio decreto legge 26 maggio 1944 n. 134, *Punizione dei delitti e degli illeciti del fascismo*. Tali primi provvedimenti vengono superati poi dal Decreto legislativo luogotenenziale 27 luglio 1944 n. 159, *Sanzioni contro il fascismo*, che disciplina in modo più organico la materia sia del trattamento penale che delle misure epurative connesse agli illeciti del fascismo. Il Decreto legislativo luogotenenziale 22 aprile 1945 n. 142, compete la disciplina con l'*Istituzione di Corti straordinarie di Assise* e l'introduzione del reato di collaborazione contro il nemico tedesco. Si aggiungono poi altri provvedimenti come il Decreto legislativo luogotenenziale 26 aprile 1945 n. 149, *Applicazione di sanzioni a carico di fascisti politicamente pericolosi* e il Decreto legislativo luogotenenziale 26 aprile 1945 n. 195, *Punizione dell'attività fascista nell'Italia liberata*. Quanto ai provvedimenti di amnistia a favore degli antifascisti si tratta del Regio decreto 5 aprile 1944 n. 96, *Amnistia e indulto per reati comuni, militari ed anonari* e del Regio decreto 17 novembre 1945 n. 719, esplicitamente concepito come *Amnistia per reati politici antifascisti*.

¹⁹ P. TOGLIATTI, *Relazione del Ministro Guardasigilli al Decreto legislativo luogotenenziale del 17 novembre 1945 n. 719*, «Rivista penale», LXX/1945, pp. 472-473; P. TOGLIATTI, *Intervento alla seduta dell'Assemblea costituente del 22 luglio 1946*, «Rivista penale», LXXI/1946, pp. 1048-1049.

²⁰ Decreto presidenziale 22 giugno 1946 n. 4, *Amnistia e indulto per reati comuni, politici e militari*.

²¹ P. TOGLIATTI, *Circolare del Ministro guardasigilli del 3 dicembre 1945 n. 3120, applicativa del Decreto di amnistia del 17 novembre 1945 n. 719*, «Rivista penale», LXXI/1946, p. 155.

²² G. MELIS, *Note sull'epurazione dei ministri, 1944-1946*, «Ventunesimo secolo. Rivista di studi sulle transizioni», 2/2003, pp. 17-52; V. GALIMI, *Circulation of models of Epuration after the Second World War: from France to Italy*, in I. LIORA – G. MOURALIS (eds), *Dealing with Wars and Dictatorships. Legal Concepts and Categories in Action*, Berlin, Springer, 2014, pp. 197-208; A. MENICONI, *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana*; G. NEPPI MODONA – A. MENICONI, *L'epurazione mancata*.



chiudere i conti con il passato e salvaguardare la continuità dello Stato e dei suoi apparati²³.

È il quadro politico che induce le forze antifasciste ad adottare una strategia inclusiva e di pacificazione nazionale. E rilevano anche le dinamiche tipicamente istituzionali: esistevano fuori e all'interno degli apparati statali, per quanto non sempre espressi e rivendicati, punti di vista contrastanti sul significato stesso della futura democrazia da ricostruire.

3.2 Gli effetti ultrattivi della giustizia di transizione come continuazione della disputa sul passato

Pur rinunciando a entrare nel dettaglio, quanto abbiamo osservato ci mostra che la vita delle democrazie novecentesche ha incluso la persistenza di alcuni fattori caratterizzanti la fase di transizione, a partire dalla simultaneità dei regimi di storicità. Ciò ha avuto alcune conseguenze tangibili sia nel senso di confermare una certa continuità di persone, mentalità, linguaggi nelle nuove istituzioni democratiche, sia nel senso di conservare, nel nuovo quadro sistematico e costituzionale, ambiti significativi di edificazioni normative prodotte durante il Ventennio.

La materia penale è un esempio particolarmente interessante. Da un lato abbiamo un segno di netta continuità assicurata dal mantenimento del codice Rocco e del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza; dall'altro abbiamo una visione nuova del diritto penale. Sappiamo che essa, sollecitata dai principi costituzionali, si sarebbe affermata solo a partire dagli anni Settanta²⁴, ma, significativamente, inizia a farsi strada proprio nel confronto tra scienza giuridica e le norme eccezionali emanate contro il fascismo²⁵.

Gli anni della transizione, producendo un diritto penale fortemente situazionale – e trovando un terreno fertile in una scienza giuridica, che già era stata animata da inquietudini derivanti dalla crisi del modello liberale di diritto penale durante gli anni Trenta²⁶ – hanno favorito un dibattito sulle nuove prospettive del diritto penale in una società democratica, mentre, al contempo, hanno permesso la conservazione quasi immutata (a parte la pur significativa abolizione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato) dell'arsenale repressivo messo a punto dal fascismo (si pensi, appunto, al Codice penale al Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza). Ciò ha

²³ A. MENICONI, *The Failed Reconciliation*.

²⁴ M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 649-670 e 695-715.

²⁵ Nel confrontarsi con il dato normativo delle misure eccezionali per sanzionare il fascismo la scienza giuridica è indotta a mettere all'ordine del giorno questioni centrali per il nuovo di diritto penale democratico. Si permetta di rinviare a M. MECCARELLI, *Time and Legal Change. Some Methodological Remarks on Italy's Transition to Democracy*, in C. PAIXÃO - M. MECCARELLI (eds), *Comparing Transitions to Democracy*, pp. 301-303. Si veda anche G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra Fascismo e democrazia*, pp. 227-266.

²⁶ *Ivi*, pp. 37-52.

determinato una configurazione normativa (e dottrinale) complessa, non solo dal punto di vista delle concezioni e delle funzioni del diritto di punire, ma anche da quello del deposito storico, cioè dell'esperienza del tempo che le sostiene.

Prendendo in considerazione altre vicende di passaggio dalla dittatura alla democrazia nel Novecento, anche in tali casi possiamo constatare che il tema dei conti con il passato non si è esaurito nel passaggio al nuovo ordinamento democratico.

Pensiamo alla Germania, dove pure si sono vissuti momenti emblematici e significativi di giudizio sul passato nazista; penso, ovviamente, anzitutto al processo di Norimberga (tra il 1945 e il 1946). Eppure, il problema della continuità di persone e dell'impunità è stato consistente²⁷ e l'*Entnazifizierung* è rimasta una questione aperta; nel corso della storia repubblicana tedesca, ha conosciuto rimozioni²⁸ e riemersioni in campo giuridico (si pensi ai processi degli anni Settanta sui campi di concentramento di Auschwitz e Bergen-Belsen²⁹) nel dibattito politico e in quello storiografico³⁰.

Anche la vicenda della Spagna è esemplare. In quel caso le condizioni della transizione hanno negato una giustiziabilità della dittatura, ponendo a fondamento del progetto di democrazia, una politica di silenziamento del passato³¹ e dunque una irrisolta stratificazione di regimi di storicità. Solo nel secolo attuale la questione si è riaperta con alcune prime iniziative giudiziarie e un dibattito politico, che hanno portato al delinearsi di un nuovo quadro legislativo (si pensi fra i molteplici

²⁷ Della ricca letteratura in materia si vedano tra gli altri M. STOLLEIS, *Nahes Unrecht, fernes Recht. Zur juristischen Zeitgeschichte im 20. Jahrhundert*, Göttingen, Wallstein, 2014; G. FALK, *Entnazifizierung und Kontinuität. Der Wiederaufbau der hessischen Justiz am Beispiel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main*, Marburg, Historische Kommission für Hessen, 2017; M. FULBROOK, *Reckonings. Legacies of Nazi persecution and the quest for justice*, New York, Oxford University Press, 2018; F. SPREIER, *Kontinuität oder Diskontinuität? Das westfälische Anwaltsnotariat 1945-1961*, Berlin, Peter Lang, 2019; M. BRYANT (ed), *Nazi Crimes and their Punishment, 1943-1950. A Short History with Documents*, Indianapolis, Cambridge, Hackett Publishing Company, 2020; H. LEBAU, *Entnazifizierungsgeschichten. Die Auseinandersetzung mit der eigenen NS-Vergangenheit in der frühen Nachkriegszeit*, Göttingen, Wallstein, 2020.

²⁸ W.G. SEBALD, *On the Natural History of Destruction*, New York, Modern Library, 2004 (ed. originale *Luftkrieg und Literatur*, 1999) parla espressamente di «conspiracy of the silence», per spiegare che «the deep state of mind in our country», non si è formato attraverso un confronto con quegli eventi di annientamento, non ne ha fatto «an experience capable of public decipherment» (*ivi*, p. 4); ciò pone la questione «of the authenticity of democracy in Germany» (W.G. SEBALD, *Campo santo*, New York, Modern Library, 2006 (ed. Originale in lingua tedesca *Campo santo*, 2003), p. 104). Per maggiori riferimenti si veda il Focus *Sebald and the Law* in «LawArt. Rivista di diritto, arte e storia», 3, 2022, pp. 319-362.

²⁹ Cfr. J. CRAMER, *Belsen Trial 1945. Der Lüneburger Prozess gegen Wachpersonal der Konzentrationslager Auschwitz und Bergen-Belsen*, Göttingen, Wallstein, 2011; R. STEINKE, *Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht*, München, Piper, 2013; K. STENGEL, *Die Überlebenden vor Gericht. Auschwitz-Häftlinge als Zeugen in NS-Prozessen (1950-1976)*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2022; K. STEITZ, *Fritz Bauer und die literarische und filmische Bearbeitung des Frankfurter Auschwitz-Prozesses 1963-1965*, Göttingen, Wallstein, 2023.

³⁰ M. STOLLEIS, *Nahes Unrecht, fernes Recht*, in partic. pp. 65-96; A. ASSMANN, *Der Lange Schatten der Vergangenheit. Erinnerungskultur und Geschichtspolitik*, München, Beck, 2021 (prima ed. 2006), pp. 183-204; W.G. SEBALD, *Campo santo*, pp. 97-98.

³¹ B. CLAVERO, *España, 1978. La amnesia constituyente* Madrid, Marcial Pons, 2014; A. ARAGONESES, *Legal Silences and the Memory of Francoism in Spain*, in U. BELAVUSAU - A. GLISZCZYŃSKA-GRABIAS (eds), *Law and Memory: Towards Legal Governance of History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 175-194; J. CUADRADO ET AL. (eds), *Las huellas del franquismo: pasado y presente*, Comares, Granada, 2019; P. CAROLI, *Il potere di non punire*, pp. 214-220 (con ampi riferimenti bibliografici).



provvedimenti su scala statale quanto regionale³², alla *ley de memoria histórica*, del 26 dicembre 2007 o alla *ley de memoria democrática* del 19 ottobre 2022) e istituzionale (si pensi alla istituzione dei Dipartimenti di *memoria democrática* tanto a livello statale e regionale³³) consentendo l'attuazione di nuove politiche della memoria. Un vero e proprio percorso di giustizia sui fatti del franchismo è, però, ancora da compiersi³⁴.

Se guardiamo alle giovani democrazie sudamericane, troviamo diversi altri esempi di quanto sia centrale nella vita democratica la disputa sul passato. In paesi come l'Argentina o l'Uruguay o il Cile i percorsi della giustizia per i crimini della dittatura sono altalenanti, anche in tal caso segnate da complessi passaggi legislativi se non addirittura da riforme costituzionali con amnistie e loro revoche³⁵; anche in quei Paesi il fare i conti con il passato resta un problema aperto. In Brasile le recenti e tormentate vicende politiche dal 2016 a oggi e i relativi riflessi istituzionali e costituzionali, hanno riaperto la disputa sul passato e sono tornati a essere esplicitati con espressioni di nostalgia per la dittatura³⁶. Qui, del resto, una controversa amnistia di rango costituzionale³⁷ ha impedito, fin dall'inizio, uno spazio per una vera e propria giustizia della dittatura.

³² Riferimenti normativi completi sono disponibili nel sito web della *Dirección General de Memoria Democrática* del governo spagnolo <https://www.mpr.gob.es/memoriademocratica/normativa-y-otros-recursos/Paginas/index.aspx>.

³³ Per una esemplificazione delle attività attuate da queste istituzioni si consultino il sito web della *Dirección General de Memoria Democrática* del governo spagnolo <https://www.mpr.gob.es/memoriademocratica/Paginas/index.aspx>, e quello della *Dirección General de Memòria Democràtica* del Governo catalano <https://justicia.gencat.cat/ca/ambits/memoria/>.

³⁴ A. ARAGONESES, *La justicia española frente al espejo de la historia*, «Jueces para la Democracia», 93/2018, pp. 35-49; A. ARAGONESES, *Spanish Law: Coming to Terms with the Ghosts of Francoism (1936-2017)*, in C. PAIXÃO - M. MECCARELLI (eds), *Comparing Transitions to Democracy*, pp. 193-214.

³⁵ C. PAIXÃO, *Past and Future of Authoritarian Regimes: Constitution, Transition to Democracy and Amnesty in Brazil and Chile*, «Giornale di storia costituzionale», 30, II/2015, pp. 89-105; E. SKAAR - J. GARCIA-GODOS - C. COLLINS (eds), *Transitional Justice in Latin America: The Uneven Road from Impunity towards Accountability*, London and New York, Routledge, 2016; J. DE JESUS OLIVEIRA ALVES - D. NUNES, *Enfrentando a impunidade: as leis de anistia na Argentina, no Brasil e no Chile, e sua necessária superação em nome do direito à memória*, in S. DE OLIVEIRA PINTO COELHO ET AL. (eds), *Experiências e reflexões sobre o contexto constitucional*, Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 247-268; P. CAROLI, *Il potere di non punire*, pp. 199-205; F. LESSA, *The Condor Trials. Transnational Repression and Human Rights in South America*, Yale, Yale University Press, 2022; si vedano inoltre, nel volume C. PAIXÃO - M. MECCARELLI (eds), *Comparing Transitions to Democracy*; i saggi di C. COLLINS, *Legitimation Narratives, Resistance, and Legal Cultures in Authoritarian and Post-authoritarian Chile*, pp. 165-191; C. PAIVA CARVALHO, *Transitional Justice and Sexual Crimes in Latin America: Argentina, Brazil and Chile in Comparative Perspective*, pp. 87-109.

³⁶ C. PRONER ET AL., *A resistência ao golpe de 2016*, Bauru, Canal 6, 2016; L. AVRITZ, *O pêndulo da democracia*, São Paulo, Todavia, 2019; C. PAIXÃO, *Entre nostalgia e memoricídio: o Judiciário e a violação a direitos humanos no Brasil contemporâneo*, in L. RAMINA, (ed), *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida*, Curitiba, Íthala/GRD, 3, pp. 925-942; M. MECCARELLI - C. PAIXÃO, *Costituzione e democrazia in emergenza: il problema delle categorie analitiche*, in G. DI COSIMO, *Curare la democrazia. Una riflessione multidisciplinare*, Milano, Wolters Kluwer, 2022, pp. 45-72. Si vedano inoltre, nel volume C. PAIXÃO - M. MECCARELLI (eds), *Comparing Transitions to Democracy*; i saggi di C. PAIXÃO, «Where the Silences Are Mute»: *Political Transition, State Violence, and the Racial Question in Contemporary Brazil*, pp. 11-29 e J. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, *Political Transition, Continuities and Permanences: The Rights of Indigenous Peoples and Political Transition in Brazil*, pp. 31-48.

³⁷ Tra gli altri M. TORELLY - P. ABRÃO, *Mutações do conceito de anistia na justiça de Transição brasileira, A terceira fase da luta pela anistia*, in J.C. MOREIRA DA SILVA FILHO ET AL. (eds), *Justiça de transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*, Belo Horizonte, Forum, 2013; J.

Non è possibile soffermarci in una analisi dettagliata al fine di riscontrare quali sono le *situazioni* che le hanno determinate e quali sono gli effetti che hanno prodotto nel medio e lungo periodo. Da tali rapidi cenni, però, possiamo ricavare qualche considerazione: le transizioni alla democrazia del Novecento, in realtà, non sono riuscite a svolgere fino in fondo la funzione di cattura dei regimi di storicità. La disputa su passato continua a sussistere; trova i suoi spazi all'interno della società e destabilizza la coesione sociale.

Vi è dunque una duplice possibile pista di ricerca da seguire: una riguarda il come le istituzioni e il diritto debbano essere coinvolte in un confronto con il passato, che tende continuamente a rinnovarsi. La seconda riguarda invece quali sono le dinamiche culturali e sociali, che possono alimentare e orientare la costruzione del passato con cui il diritto viene continuamente interrogato.

Nel seguito vorrei soffermarmi sul secondo itinerario, che appare preliminare al primo sul quale vorrò tornare nella conclusione del saggio.

4. La disputa sul passato come disputa sulla memoria

Gli esempi che abbiamo visto ci mostrano che la compresenza dei regimi di storicità, ascrivendo il diritto nel quadro transizionale, caratterizza i modi con cui il diritto fornisce il proprio apporto alla costruzione della coesione sociale. Ciò vale in particolare per la produzione della memoria del passato. Essa, che sia affidata ai riti, alle cerimonie, ai discorsi pubblici o alle pratiche sociali, agli eventi culturali, si propone come un'esperienza diretta o indiretta (che può essere individuale e collettiva³⁸), richiamando «un nesso col passato che non implica una riflessione esplicita sulla distanza che ci separa da esso»³⁹. Potremmo dire che la memoria risulta da un processo di *sogettivazione del passato*; il fare memoria, infatti, corrisponde a una narrazione volta a stabilire una relazione tra passato presente e futuro, che si basa su operazioni aperte di ricordo/oblio, per fondare e legittimare il presente⁴⁰. L'interazione sociale con la memoria si muove su due livelli: quello del

DE JESUS OLIVEIRA ALVES, D. NUNES, *Enfrentando a impunidade: as leis de anistia na Argentina, no Brasil e no Chile*, p. 249-253; R. PEIXOTO DE PAULA MARQUES, *Julgar o passado? Verdade histórica e verdade judicial na ADPF 153*, «Revista Jurídica da Ufersa», 2, 3/2018, pp. 70-86; R. SOUZA BERNARDO, F. MORAES, *A Interpretação do Supremo Tribunal Federal para as Anistias Políticas Concedidas ao Longo do Período Republicano Brasileiro*, «Sequência», 81/2019, pp.77-104; J. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES - L. CAMPOS GARCIA, *A memória da Anistia no Brasil: 40 anos de história e de esquecimento*, in G. TOSI ET AL. (eds), *40 anos de Anistia no Brasil. Lições de Tempos de Lutas e Resistências*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2021, pp. 207-252.

³⁸ Per una problematizzazione di questo rapporto si veda P. RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, in particolare pp. 5-163; A. ASSMANN, *Der Lange Schatten der Vergangenheit. Erinnerungskultur und Geschichtspolitik*, München, Beck, 2021; C. PAIXÃO, *Tempo, memória e escrita*.

³⁹ C. GINZBURG, *Occhiacci di legno. Dieci riflessioni sulla distanza* (nuova edizione accresciuta), Macerata, Quodlibet, 2019, p. 206.

⁴⁰ A. ASSMANN, *Der Lange Schatten der Vergangenheit*, A. ASSMANN, *Sette modi di dimenticare*, Bologna, Il Mulino, 2019, (ed. originale *Formen des Vergessen*, 2016); P. RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, in particolare pp. 5-163. P. COSTA, *L'identità europea fra memoria e progetto*, in O. ROSELLI (ed), *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 45-88; G.



“ricordo attivo”, del “canone” (che è funzionale alla costruzione dell’identità); quello dell’“archivio” (risultato di un dimenticare conservativo, che trattiene tracce oltre il ricordo attivo tra un “non più” e un “non ancora”)⁴¹. C’è uno scambio continuo tra i due livelli il cui risultato è la memoria culturale e collettiva. Per questo, la memoria è descrivibile come un palinsesto, cioè come una sovrapposizione di strati che si ricombinano e si risignificano continuamente⁴².

Al contrario della storia, che permette di ottenere un punto di vista critico sul passato e sulla realtà presente, la memoria è una *appropriazione selettiva del passato*. Di conseguenza, quando fare memoria corrisponde a un esercizio collettivo, esso funge da momento costitutivo della società, comunque si voglia interpretare la relazione tra produzione di memoria e processi identitari (cioè sia nel senso di ritenere la memoria un prodotto del quadro sociale, sia nel senso di considerarla strumento per plasmare l’identità collettiva)⁴³.

La produzione di una memoria condivisa, così come il conflitto intorno ad essa, corrispondono, dunque, allo svolgersi di processi, al contempo sociali, culturali e politici, volti a stabilire un certo equilibrio interno ai rapporti di forza nella società e a darle una certa organizzazione. Da qui il rilievo giuridico del problema della configurazione del passato in fasi storiche di mutamento, come quelle che ci interessano.

5. Dentro la storia: usi costruttivi e decostruttivi della memoria

Per quanto evidente, può essere utile sottolineare che, quando parliamo di produzione di memoria culturale o collettiva, non facciamo riferimento a un dato statico e unitario. Essa è in continua ridefinizione. Può essere oggetto di politiche che la orientano, ma in nessun caso essa si pone ai consociati come un risultato univoco. Ciò tanto più in un mondo come quello in cui siamo immersi dove l’accesso alle (e la circolazione delle) informazioni è tale da favorire la costruzione di una memoria storica quasi su scala individuale⁴⁴.

Le istituzioni culturali, pubbliche e private, i circuiti culturali estesi, la letteratura, l’arte, sono tutte occasioni per alimentare il confronto sulla memoria.

AGAMBEN, *Stasis. La guerra civile come paradigma politico*, pp. 28-31; P. CONNERTON, *How Modernity Forgets*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

⁴¹ A. ASSMANN, *Sette modi di dimenticare*, pp. 51-60. A. PROSPERI, *Un tempo senza storia. La distruzione del passato*, Torino, Einaudi, 2021, pp. 8-9.

⁴² C. PAIXÃO, *Memorial histórico y verdad ficcional en Incidente de Antares de Erico Verissimo*, in J. CALVO GONZÁLEZ (ed), *La cultura literaria del derecho. Alianzas transatlánticas*, Granada, Comares, 2019, pp. 99-113, in partic. pp. 111-112.

⁴³ Si vedano A. ASSMANN, *Der Lange Schatten der Vergangenheit*, pp. 138-168; P. RICOEUR, *La mémoire, l’histoire, l’oubli*, pp. 5-163, che si confrontano con le tesi di Halbwachs su “memoria collettiva” e i “quadri sociali della memoria” (M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, Paris, PUF, 1950; M. HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Paris, Alcan, 1925).

⁴⁴ A. PROSPERI, *Un tempo senza storia*, pp. 16-17.

Generando nuove configurazioni del passato, possono agire da *fattori di costruzione* di nuova memoria culturale aggiornando la base di valori di riferimento per la coesione sociale; allo stesso modo possono agire come *fattori di decostruzione* provocando rotture delle convenzioni sociali su passato.

La disputa sulla memoria è ineludibile; ciò rappresenta uno spazio di sospensione decisivo per la tenuta della coesione sociale. Questa, infatti, va sempre rinnovata e *deve* stare sempre in movimento: la dialettica tra i diversi usi costruttivi e decostruttivi della memoria è una dinamica inevitabile.

Essa è in grado di generare *forze centripete* capaci di minacciare, esse stesse, l'interesse a coesistere. Si pensi a certi conflitti che stanno emergendo nel continente americano, spesso legati a questioni sociali attuali, ma il cui terreno di scontro è costituito dai simboli della memoria del passato coloniale e schiavista.

Non dobbiamo però pensare che l'azione decostruttiva della memoria agisca solo come fattore disgregante. Infatti, come visto sopra, le transizioni alla democrazia riescono a svolgere solo in forma incompiuta la loro funzione di cattura dei regimi di storicità; rifondano la società, ma comunque lasciano in eredità il peso del passato. Sotto tale aspetto la sussistenza di una disputa permanente sulla memoria può costituire una *chance*, nella misura in cui rappresenti la possibilità di includere il punto di vista della vittima nella continua ridefinizione della memoria collettiva. La vittima, infatti, e gli esempi a cui abbiamo fatto riferimento lo dimostrano, è spesso esclusa dai processi di composizione che la transizione alla democrazia attua; gli interessi alla pace, prevalgono su quelli della giustizia per le vittime.

Includere il punto di vista della vittima apre alla dimensione della "restituzione", come nuovo ambito in cui attuare, con il diritto, ricomposizione delle dispute sul passato. Sappiamo che nel diritto internazionale è un tema che inizia ad assumere rilevanza autonoma, soprattutto per la gestione di questioni post-coloniali⁴⁵. Anche alcune dinamiche della democrazia (in Sudamerica ma anche in Africa) hanno sperimentato la via della "restituzione". Qui i limiti posti alla giustiziabilità dei crimini della dittatura hanno spinto a tentare esperienze diverse di *accountability*, come quelle delle commissioni di verità e giustizia. Esse si fondano proprio sul punto di vista della vittima e postulano un *diritto alla verità*⁴⁶. Un vero e proprio discorso

⁴⁵ Si vedano ad esempio più di recente M. GOLDMANN, *Decolonizing Intertemporal International Law*, «Völkerrechtsblog. International Law & International Legal Thought», 13 November 2019 doi: [10.17176/20191114-085438-0](https://doi.org/10.17176/20191114-085438-0); M. GOLDMANN, *Anachronismen als Risiko und Chance: Der Fall Rukoro et al. gegen Deutschland*, «Kirische Justiz», 52, 1/2019, pp. 92-117; M. GOLDMANN - B. VON LOEBENSTEIN, *Alles nur geklaut? Zur Rolle juristischer Provenienzforschung bei der Restitutionskolonialer Kulturgüter*, «Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)», Research paper 2020-19, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3600069>; A. VON ARNAULD, *How to Illegalize Past Injustice: Reinterpreting the Rules of Intertemporality*, «The European Journal of International Law», 32, 2/2021, pp. 402-432; U. LINDERFALK, *The International Legal System as a System of Knowledge*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2022, pp. 139-150.

⁴⁶ Per limitarci all'ambito sudamericano, si vedano fra gli altri C. PAIVA CARVALHO, *Transitional Justice and Sexual Crimes in Latin America*, e C. OSMO, *Mobilization and Judicial Recognition of the Right to the Truth: The Inter-American Human Rights System and Brazil*, entrambi in C. PAIXÃO - M. MECCARELLI (eds), *Comparing Transitions to Democracy*; F. LESSA, *The Condor Trials*; A. CERETTI - R. CORNELLI, *Milano -*



giuridico, capace di una sistemazione teorica, su queste forme di giustizia di transizione però ancora manca.

La capacità visionaria della letteratura offre suggestioni su una possibile strada da seguire. Penso in particolare alle pagine di W.G. Sebald. I suoi scritti sono dedicati alle *conseguenze del trauma* e delle atrocità della Seconda guerra mondiale, alla profonda ingiustizia che ha prodotto sulle vittime. Raccontano vicende di riemersione della memoria in chi ha subito quelle atrocità, che provocano lacerazioni esistenziali ma anche dinamiche di autoesclusione delle vittime dalla società.

È una memoria tellurica che pone in questione la coesione sociale. Le tragiche vicende narrate denunciano l'imperfezione originaria delle nuove democrazie novecentesche. Sono molti gli aspetti della convivenza civile implicati; può essere interessante qui soffermarci sulla declinazione di due concetti "giuridici": il tentativo di *Restitution*⁴⁷ e l'idea di un *Recht auf Ressentiment*⁴⁸ in capo alle vittime.

Nella poetica sebaldiana la restituzione è anzitutto un atto di riparazione che la letteratura - come luogo di emersione e di trasmissione intergenerazionale della memoria del trauma e delle conseguenze del trauma - è in grado di realizzare, stante l'inesorabilità del fallimento di diritto e politica nel fare giustizia del passato. Ma ciò che conta sottolineare⁴⁹ è che la restituzione è concepita come atto di recupero e conservazione⁵⁰, che si qualifica soprattutto per la consapevolezza che produce all'interno della società. In questo senso la *Restitution* pensata da Sebald è rivolta più al lettore, che alle vittime protagoniste dei fatti memorabili narrati. L'idea della restituzione, in altre parole, è costruita a partire da una valorizzazione del punto di vista delle vittime, non per produrre effetti propriamente risarcitori a loro favore, ma per produrre effetti nella comunità.

Dal suo canto il *diritto al risentimento*, se per Sebald rinvia a un problema morale ed etico, viene descritto attraverso un vocabolario giuridico, che lo rende ai nostri occhi un possibile oggetto di riflessione come problema di diritti dell'uomo. Sebald spiega che si tratta di realizzare un processo di *accertamento del diritto*⁵¹; Egli fa esplicito riferimento alla insufficienza della *compensazione* e della *riparazione* come ipotetici *rimedi* per il *torto subito* dalle vittime della persecuzione nazista ed esclude che il diritto al risentimento consista in un esercizio di *ius talionis*⁵².

Bogotá. Percorsi di giustizia nella Colombia dopo l'Accordo di pace, Torino, Giappichelli, 2020; T. RINCÓN, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010.

⁴⁷ Si veda in particolare W.G. SEBALD, *Ein Versuch der Restitution* (2001) poi pubblicato nella raccolta *Campo santo* e, in lingua inglese, «The New Yorker», 20 December, 2004, <https://www.newyorker.com/magazine/2004/12/20/an-attempt-at-restitution>

⁴⁸ W.G. SEBALD, *On the Natural History of Destruction*, p. 158.

⁴⁹ Per maggiori approfondimenti si permetta di rinviare a M. MECCARELLI, *Telluric Memory. Restitution and Right to Resentment in W.G. Sebald*.

⁵⁰ C. ANGIER, *Speak Silence. In Search of W.G. Sebald*, London, Bloomsbury, 2021, pp. 403 e 438-439.

⁵¹ W.G. SEBALD, *On the Natural History of Destruction*, p. 158.

⁵² *Ivi*, pp. 146-158.

Il fondamento del diritto al risentimento sta nella violenza inflitta dalla società alla vittima sopravvissuta e nella condizione *irreparabile, irrimediabile* che ne è conseguita. È una condizione segnata dagli effetti a lungo termine dell'ingiustizia⁵³, dalla perdita della *Heimat*⁵⁴, dal senso di colpa di essere sopravvissuti⁵⁵, dalla memoria della violenza subita, dall'esperienza della morte mentre si resta vivi, da un passato traumatico che si eternizza (nel senso che l'evento traumatico del passato continua ancora a persistere nel presente, dandogli forma).

Il contenuto del diritto al risentimento è la facoltà della vittima di esprimere una «necessity of continuing to protest», una «unremitting denunciation of injustice». E ciò, proprio a conferma del potenziale giuridico di tale intuizione, non è pensato per i suoi effetti nel foro interno, ma per le sue ripercussioni sulla società. Infatti, con l'esercizio del diritto al risentimento si può promuovere una «truly critical view of the past»; si può riaprire il conflitto tra vessati e vessatori e ciò non per attivare meccanismi risarcitori (sono impossibili, considerato che il danno subito è irreparabile). Il diritto al risentimento riapre la questione tra vittime e carnefici per *attualizzare nel tempo quel conflitto*, e così da rendere possibile «a programmatic attempt to sensitize the consciousness of a people “already rehabilitated by time”»⁵⁶.

Non possiamo qui seguire il filo della pur coinvolgente riflessione sebaldiana. Ci bastino i pochi cenni proposti per evidenziare un dato particolarmente rilevante per il nostro discorso: il tentativo di restituzione e il diritto al risentimento, che l'atto di rammentare consente, sono immaginati come *dispositivi di trasformazione sociale*.

Essi rimettono nel circuito della memoria collettiva problemi, valori e istanze che non erano stati inclusi adeguatamente negli orizzonti identitari delle nuove società democratiche. Contribuiscono, con ciò, alla formazione di una coscienza collettiva, aggiungendo una componente che è mancata nel momento di *ri-costituzione*⁵⁷ della società dalle ceneri della distruzione della Seconda guerra mondiale. Servono cioè a restituire alla coesione sociale e all'interesse a coesistere, fondamenti e principi più solidi e più giusti sul piano etico e morale. Il recupero del passato, nel senso di «coltivare la memoria dei fatti del passato» appare in questo senso un mezzo per costruire il futuro⁵⁸.

⁵³ C. ANGIER, *Speak Silence*, p. 166.

⁵⁴ W.G. SEBALD, *On the Natural History of Destruction*, pp. 158-163; R.T. GRAY, *Ghostwriting. W. G. Sebald's Poetic of History*, London, Bloomsbury, 2017, pp. 191-212; U. SCHÜTTE, *Annärungen. Sieben Essays zu W.G. Sebald*, Wien, Böhlau, 2019, pp. 28-34.

⁵⁵ E dal trovarsi intrappolato in una esistenza nella quale «the thread of chronological time is broken, background and foreground merge, the victim's logical means of support in his existence are suspended» W.G. SEBALD, *On the Natural History of Destruction*, p. 150.

⁵⁶ *Ivi*, pp. 157-158.

⁵⁷ *Ivi*, p. 73.

⁵⁸ E. AGAZZI, *W.G. Sebald: in difesa dell'uomo*, Firenze, Le Lettere, 2012, p. 147.



6. Per una storia della giustizia di transizione in prospettiva vittimologica

La letteratura fornisce suggestioni potenti, ma non propone soluzioni concrete, come il diritto è chiamato a fare. Tuttavia, da essa si può raccogliere un invito a una riflessione critica sul come considerare il problema del peso del passato nelle democrazie contemporanee.

Proviamo, in conclusione, a interrogarci su cosa potrebbe implicare per il nostro lavoro di storici. Dobbiamo anzitutto definire meglio che cosa intendiamo per fare storia. Infatti, questa attività di produzione del sapere può essere considerata tra le dinamiche che il “quadro sociale” mette in atto, per la produzione della memoria culturale. Seguendo tale prospettiva, storia e memoria sono «due diverse modalità del ricordo che non devono necessariamente escludersi a vicenda»⁵⁹. È possibile, dunque, considerare il fare storia come forma di narrazione, enfatizzarne il profilo costruttivistico, mettendone in discussione la capacità effettivamente conoscitiva e descrittiva; e ciò porta a sostenere che la storiografia più che entrare in contatto con la realtà, «comunica al lettore un “effetto di realtà”»⁶⁰, per cui, non diversamente da quanto accade per la memoria, fatti e eventi oggettivamente accaduti, diventano materiale di una rappresentazione, di un discorso sui fatti, soggettivamente costruito.

Eppure, per quanto gli interrogativi che pone al passato siano «sollecitati e plasmati dalla dinamica sociale di cui lo storico è parte»⁶¹ e seppure la conoscenza della realtà resti «per la storiografia, una scommessa dall’esito essenzialmente incerto», la «tensione verso il reale» resta un suo tratto qualificante⁶². È dunque plausibile considerare questa attività di costruzione del passato nei suoi aspetti peculiari, che lo mostrano come strumento capace di autonomia. È inoltre corretto riconoscere nel fare storia una «opzione “realista”»⁶³, sottostante al suo discorso sulla realtà, come tratto peculiare, che le conferisce un grado di oggettività. Se infatti intendiamo la storia come un sapere critico⁶⁴, metodologicamente orientato a storicizzare il

⁵⁹ A. ASSMANN, *Ricordare*, Bologna, Il Mulino, 2002 (ed. originale *Erinnerungsräume. Formen und Wandlungen des kulturellen Gedächtnisses*, 1999), pp. 149-161. Sui possibili nessi tra storia e memoria si vedano anche, P. RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, P. CONNERTON, *How Modernity Forgets*, F. HARTOG, *Croire en l'histoire*.

⁶⁰ P. COSTA, *Dire la verità*, p. 23 (e più ampiamente pp. 20-23), commentando le posizioni di Hayden White (H. WHITE, *Metahistory: The Historical Imagination in Nineteenth-Century Europe*, Baltimore-London, Johns Hopkins University Press, 1973; H. WHITE, *Forme di storia. Dalla realtà alla narrazione*, a cura di E. Tortarolo, Roma, Carocci, 2006).

⁶¹ P. COSTA, *Dire la verità*, p. 35. Cfr. F. HARTOG, *Croire en l'histoire*, la cui tesi di fondo consiste nel considerare l’oggetto della storia non il passato ma la presenza del passato nel nostro presente. Su ciò si veda E. ANHEIM, *L'histoire présente de François Hartog*, «L'Atelier du Centre de recherches historiques», 14/2015, <https://doi.org/10.4000/acrh.6655>.

⁶² P. COSTA, *Dire la verità*, pp. 25-26.

⁶³ *Ivi*, p. 33.

⁶⁴ A.M. HESPANHA, *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 13-27; P. GROSSI, *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3-96; M. STOLLEIS, *Zur kritischen Funktion der Rechtsgeschichte*, in H. HOF - P. GÖTZ VON OLENHUSEN (eds)

passato, stiamo concependo un tipo di attività cognitiva ben diversa dalla narrazione di cui è capace il fare memoria. Con la storia si tratta di produrre una «conoscenza distaccata del passato», cioè una riflessione il cui nesso con il passato si qualifica per la distanza⁶⁵; distanza che ci permette di comprendere le peculiarità di un oggetto⁶⁶. Questa tensione permanente alla “storicità” e questo tratto necessariamente ermeneutico⁶⁷ (da cui invece si può anche prescindere nelle attività memoriali) qualificano l’azione del fare storia, dandole una legittimazione autonoma, rispetto ad altre attività di gestione del passato.

Quanto affermiamo è particolarmente rilevante rispetto alla storia del diritto; essa, infatti, assume come proprio ambito di indagine un oggetto – il “diritto” nella sua dimensione normativa e discorsiva – che consiste in una “rappresentazione” della realtà. Visto nella sua storia, il diritto che cerchiamo di comprendere, cessa di apparire su un piano monodimensionale⁶⁸. Prendono invece rilevanza gli elementi di contesto, le fondazioni assiologiche, lo spazio simbolico di riferimento. Con il fare storia possiamo ricostruire come il diritto, in determinate situazioni di decidibilità, attinge alla base di senso sottostante⁶⁹.

In sintesi, con la storia possiamo guadagnare un punto di vista in più, sviluppando un sapere critico, dando un contributo alla “oggettivazione del presente”, individuando i limiti delle politiche di gestione del passato, in rapporto alla rifondazione della coesione sociale.

Per tornare al tema guida della nostra riflessione – la transizione alla democrazia – possiamo ricostruire, ad esempio, come e su quali presupposti è nato un ordinamento costituzionale, come ha affrontato il problema dell’esperienza del passato, in che misura si è affidato alle dinamiche della giustizia, quali sono stati gli effetti ultrattivi di quel diritto e quindi valutare il peso del passato nel presente. Ma c’è di più. Se fare storia è un’attività ermeneutica – sollecitata dalle inquietudini del presente a interrogare il passato – volta a ricavare elementi di oggettività nell’esperienza giuridica, essa si rivela un efficace strumento analitico per porre l’attenzione su profili di volta in volta nuovi o lasciati al margine della storiografia.

Penso in particolare alla possibilità di tentare una storia della giustizia di transizione con un approccio di tipo *vittimologico*. Per diversi aspetti ciò richiederebbe un ribaltamento del punto di vista ricostruttivo, un cambiamento delle domande

Rechtsgestaltung - Rechtskritik - Konkurrenz von Rechtsordnungen. Neue Akzente für die Juristenausbildung, Baden-Baden, Nomos, 2012, pp. 212-219; F. HARTOG, *Croire en l’histoire*.

⁶⁵ C. GINZBURG, *Occhiacci di legno*, pp. 205-206 e più ampiamente pp. 203-226. Mentre per la memoria, come osservato nota 39, è proprio l’assenza di distanza a qualificare il rapporto con il passato.

⁶⁶ M. STOLLEIS, *Zur kritischen Funktion der Rechtsgeschichte*, pp. 212-213; P. COSTA, *Dire la verità: una missione impossibile per la storiografia?*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 49/2020, pp. 12-17.

⁶⁷ P. COSTA, *Dire la verità*, pp. 29-33. Descrivere le operazioni intellettuali «dello storico come operazioni ermeneutiche non ha un valore meramente classificatorio; serve a riconoscergli «alcune decisive caratteristiche» (p. 33).

⁶⁸ M. SBIRICOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, pp. 1113-1134 e 1182-1184.

⁶⁹ C. PAIXÃO, *Memorial histórico y verdad ficcional*, p. 99.



che poniamo alle fonti, in modo da dare maggiore attenzione alle *dinamiche di riapertura* piuttosto che di ri-composizione del conflitto. Non si tratterebbe di indagare tanto su cosa ha reso possibile il ristabilimento della pace sociale e di un ordinamento politico e giuridico. Uno studio storico vittimologicamente orientato si dovrebbe concentrare sul carattere selettivo e sulle azioni di silenziamento, che hanno accompagnato tali processi, dovrebbe concentrarsi sulle “zone di irresponsabilità”⁷⁰, che hanno contribuito a costruire e sul peso di tutto ciò nel futuro della coesione sociale. È certo un percorso da *inventare*, ma possibile e forse opportuno, per una storia che voglia mantenere la sua funzione di sapere critico. In ciò l’opera di configurazione del passato, di cui è capace la storia – con quel suo modo peculiare, “realista”, “oggettivo” di guardare al passato – equivarrebbe a fornire un punto di vista sui problemi attuali, capace di sollecitare soluzioni per il presente.

Anche per il diritto contemporaneo, infatti, la prospettiva della vittima dischiude orizzonti sfidanti e un margine euristico da cogliere. Oltre al tema della restituzione, che, come accennavamo, è stato solo marginalmente considerato nella riflessione giuridica, anche il diritto alla verità o lo stesso diritto al risentimento sarebbero meritevoli di una tematizzazione. Inoltre, la stessa nozione di giustizia di transizione potrebbe essere vista in una diversa ottica e fatta oggetto di opportuni ripensamenti. Ad esempio ci si potrebbe interrogare sulle conseguenze derivanti da una accettazione del suo carattere necessariamente inconcluso; ciò sia in relazione ai suoi profili teorico generali, alle sue caratteristiche e alle forme con le quali può essere esercitata, sia in riferimento alla individuazione degli strumenti giuridici e istituzionali per proseguire l’opera di gestione del passato.

Più in generale il punto di vista delle vittime ci ricorda che il problema della configurazione del passato, che tocca così in profondità gli assetti della coesione sociale, non può considerarsi risolto una volta per tutte e sollecita anche il mondo giuridico e delle istituzioni ad aggiornare i propri strumenti alla luce di questo dato. È un punto di tenuta da cui il diritto ricava la propria direzione nel tempo.

⁷⁰ G. AGAMBEN, *Quel che resta di Auschwitz. L’archivio e il testimone*, Torino, Bollati Boringhieri, 2016, pp. 16-19.