



Rivista N°: 4/2022
DATA PUBBLICAZIONE: 09/11/2022

AUTORE: Massimo Luciani*

ITINERARI COSTITUZIONALI DELLA MEMORIA**

CONSTITUTIONAL PATHS OF MEMORY

Sommario: 1. La memoria. – 2. La dimensione oggettiva della regolazione giuridica della memoria. – 2.1. La cancellazione del passato. – 2.2. La conservazione del passato. – 2.2.1. Continuità e discontinuità delle istituzioni costituzionali. – 2.2.2. Continuità e discontinuità simbolica. – 2.2.3. Le “giornate nazionali” e le leggi memoriali. – 2.2.4. Le conseguenze giuridiche delle leggi memoriali. – 3- Storia, memoria e interpretazione giuridico-costituzionale. – 3.1. Fra testo legislativo e intenzione del legislatore: la posizione di Savigny. – 3.2. Le relazioni fra interpretazione oggettiva e interpretazione soggettiva. – 3.3. Lavori preparatori, interpretazione della legge, interpretazione della Costituzione. – 3.4. Le incertezze della giurisprudenza. – 3.5. Una riflessione di chiusura sul tema dell’originalismo. – 4. Il tempo nella dimensione soggettiva. In particolare il diritto all’oblio e il diritto alla verità. – 4.1. Il diritto all’oblio. – 4.2. Il diritto alla verità. – 5. Cenni di conclusione.

1. La memoria

La memoria¹ non è un armadio. Non è un deposito nel quale si accatastano oggetti da recuperare al momento opportuno, ritrovandoli (magari solo un po’ impolverati) nello stato in cui li avevamo lasciati. Non possiamo “paragonare i ricordi a dei file di computer che vengono immagazzinati ed estratti all’occorrenza”² oppure a “una semplice serie di fotografie riposte

* Già Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico nell’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

** Il saggio rielabora la *Relazione* italiana al Convegno *Constitution, histoire et mémoire*, Aix-en-Provence, 9-10 settembre 2022. Contributo non referato pubblicato ai sensi dell’art. 6 del Regolamento della Rivista AIC.

¹ Sarebbe legittimo anche parlare di memorie al plurale, tenuto conto che nelle neuroscienze si riscontra l’esistenza di plurimi tipi di memoria – a breve termine, a lungo termine, iconica, dei procedimenti, dichiarativa, etc. (R. QUIAN QUIROGA, *Borges y la memoria. Un viaje por el cerebro humano, de “Funes el memorioso” a la neurona de Jennifer Aniston*, Buenos Aires, Penguin, 2017, trad. it di R. Sardi, *Borges e la memoria. Viaggio nel cervello umano da Funes al neurone Jennifer Aniston*, Trento, Erickson, 2018, 65 sgg.) – e che di questi tipi sono diverse le sedi cerebrali (*ivi*, 77 sgg.). Una apparendo (almeno al profano che scrive), al di là di questi tipi, la funzione mnestica, però, il singolare appare più appropriato.

² D.L. SCHACTER, *Searching for Memory. The Brain, the Mind and the Past*, New York, Basic Books, 1996, trad. it. di C. Mennella, *Alla ricerca della memoria. Il cervello, la mente e il passato*, Milano, RCS, 2010, XIV.

nell'album della mente"³; non possiamo "imaginer que tous ces anciens souvenirs sont là, rangés suivant l'ordre même où ils se sont succédé comme s'ils nous attendaient"⁴: il ricordare è un *processo*, nel quale "l'informazione recuperata va rievocata nel contesto di un determinato tempo e luogo e con qualche riferimento a se stessi in quanto partecipanti all'episodio"⁵.

Le più recenti acquisizioni scientifiche seguono in genere la teoria delle c.d. "cellule engramma", nelle quali sono "imprese" le tracce mnestiche e che si attivano alla bisogna, teoria che – si è di recente efficacemente ricordato –⁶ aveva trovato una sorta di anticipazione e sollecitazione nella (peraltro non originalissima)⁷ metafora platonica (elaborata nel *Teeteto*) dell'impressione nell'anima come in una tavoletta di cera (come se ci fosse "ἐν ταῖς ψυχαῖς ἡμῶν ἐνὸν κήρινον ἐκμαγεῖον")⁸. La riflessione di Platone non fa del tema della memoria l'oggetto di una trattazione sistematica⁹, ma quella di Aristotele, che invece (come sempre) è tanto sistematica da vedersi dedicato uno specifico (piccolo) trattato, ne riprende i concetti e anche la terminologia, pur mutandone assai le conclusioni¹⁰. Vi è comunque ribadita la metafora dell'impressione, cui Aristotele affianca quella del dipinto o disegno: "l'affezione prodotta dalla sensazione nell'anima [...] deve essere concepita qualcosa come un disegno"¹¹, appunto, e "il movimento che si produce nel soggetto imprime una specie di figura dell'oggetto percepito non diversamente da quelli che segnano un'impronta con l'anello"¹².

L'anticipazione antica delle ricerche contemporanee, tuttavia, per un verso era stata solo parziale; per l'altro, a me sembra, era andata anche al di là del richiamo all'impressione sulla tavoletta (cioè al σημείων). Solo parziale, perché in Platone e in Aristotele "il riferimento alla cera non deve essere inteso come riguardante un supporto corporeo, che comporti un'analisi in termini fisiologici del processo di memorizzazione: il presupposto è che il blocco di cera sia nelle nostre anime"¹³. Eccedente quel richiamo, perché già allora venivano messe in luce alcune caratteristiche del fenomeno mnestico che oggi vanno consolidandosi.

Il ricordare (o il rammemorare, per mantenere la distinzione platonica e aristotelica di cui ora diremo) non è un'azione meccanica, bensì un processo profondamente *dinamico*¹⁴, che "non è una fedele registrazione fisica degli stimoli esterni ricevuti durante un

³ D.L. SCHACTER, *Alla ricerca della memoria*, cit., XV.

⁴ Così, stavolta in prospettiva sociologico-filosofica, M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, ed. crit. a cura di G. Namer, Paris, Albin Michel, 2019 (1^a ed. – postuma –, 1950), 28.

⁵ D.L. SCHACTER, *Alla ricerca della memoria*, cit., 5.

⁶ Da A. CATTANEO, *Ricordare il passato per immaginare il futuro: il cervello prospettico*, in *Limes*, n. 10/2021, 67.

⁷ Sui precedenti, nel pensiero greco, di questa metafora, M.M. SASSI, *Aristotele fenomenologo della memoria*, in AA. VV., *Tracce nella mente. Teorie della memoria da Platone ai moderni*, a cura della stessa, Pisa, Ed. della Normale, 2007, 30 sgg. La metafora, poi, è frequentemente ripresa in tempi a noi prossimi, talora – però – senza citare le iniziali fonti antiche (v., ad es., M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, cit., 28).

⁸ PLATONE, *Teeteto*, 191c.

⁹ G. CAMBIANO, *Problemi della memoria in Platone*, in AA. VV., *Tracce nella mente*, cit., 2.

¹⁰ P. RICCEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, 18 sgg.

¹¹ ARISTOTELE, *Della memoria e della reminiscenza* (cito, qui e dopo, dalla trad. it. di L. Laurenti, Milano, Mondadori, 2008), 450a, 28-30.

¹² ARISTOTELE, *Della memoria e della reminiscenza*, cit., 450a, 30-33.

¹³ G. CAMBIANO, *Problemi della memoria in Platone*, cit., 8.

¹⁴ Così, tra i (non moltissimi) giuristi, A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost.*, n. 1/2009, 10.

apprendimento, ma ha una natura intrinsecamente costruttiva¹⁵, addirittura creativa¹⁶. Un processo nel cui corso le “tracce mnestiche”, che ne costituiscono le unità compositive, “sono vulnerabili” e, ogni volta che vengono attivate, diventano soggette a interferenza¹⁷: “da una traccia mnemonica *consolidata* si passa a una traccia *labile*, ovvero di nuovo aperta al cambiamento”¹⁸, cambiamento che è “necessary for memory consolidation and storage”¹⁹. È appunto questa complessità del fenomeno mnestico che sembra essere stata colta sin dall’inizio.

Già Platone, nel *Filebo*²⁰, aveva proposto quella distinzione fra memoria (*μνήμη*) e reminiscenza (*ἀνάμνησις*), che Aristotele avrebbe ripreso e notevolmente sviluppato: la prima non è che la semplice conservazione di quanto esperito (ed è comune all’uomo e ai bruti)²¹; la seconda è assimilabile a un’illazione o sillogismo, poiché “è una specie di ricerca”²², mediata da immagini²³, e proprio in quanto ricerca “spetta a quelli soli che hanno capacità deliberativa, perché anche il deliberare è una forma di illazione”²⁴. Il rammemorare, insomma, sin dall’inizio, non è inteso come un passivo sottomettersi al passato, ma come un dinamico cercarlo e, attraverso la ricerca, non già un “ritrovarlo”, bensì un rielaborarlo. La ricerca filosofica contemporanea, distinguendo fra un approccio cognitivo e un approccio pragmatico al tema del ricordo (*souvenir*) ovvero della rammemorazione (*rappel*, *recollection*)²⁵, non fa altro che riprendere (per poi rielaborare problematicamente) questa distinzione antica.

S’aggravano, a questo punto, plurimi nodi problematici, cui si accompagnano parimenti plurimi slittamenti semantici nell’uso del lemma “memoria”.

È evidente che i processi che abbiamo descritto riguardano il passato individualmente esperito (sia che si tratti di fatti sia che si tratti di pensieri propri), non già il passato del quale si viene a conoscenza *de relato*: le conoscenze *passate* – cioè – non le conoscenze *del passato*²⁶, non, in particolare, quelle che maturiamo attraverso l’ascolto o la lettura della *storia*. Eppure la rammemorazione individuale e l’apprendimento storico si mescolano. Seguendo le pionieristiche riflessioni di Maurice Halbwachs, il ricordo individuale è possibile solo entro un contesto di gruppo²⁷: nel nostro esperire, “nous ne sommes jamais seul” (gli altri essendo

¹⁵ A. CATTANEO, *Ricordare il passato*, cit., 69.

¹⁶ R. QUIAN QUIROGA, *Borges e la memoria*, cit., 169.

¹⁷ A. CATTANEO, *Ricordare il passato*, loc. ult. cit.

¹⁸ H. MONYER – M. GESSMANN, *Das Geniale Gedächtnis*, München, Knaus, 2015; trad. it. di M. Carozzi, *La memoria geniale. Come ricordiamo. Perché dimentichiamo*, Milano, Rizzoli, 2017, 35 (cors. nell’orig.).

¹⁹ C.M. ALBERINI – A. TRAVAGLIA, *Infantile Amnesia: A Critical Period of Learning to Learn and Remember*, in *The Journal of Neuroscience*, 14 giugno 2017, 5784.

²⁰ PLATONE, *Filebo*, 34b.

²¹ ARISTOTELE, *Della memoria e della reminiscenza*, cit., 453a, 7.

²² Che “presuppone l’oblio-latenza di ciò che si è conosciuto in precedenza”: G. CAMBIANO, *Problemi della memoria in Platone*, cit., 6.

²³ Sulla centralità delle immagini (non necessariamente di tipo visivo, ma anche tattile, uditivo od olfattivo) nel processo mnestico per Aristotele, M.M. SASSI, *Aristotele fenomenologo della memoria*, cit., 41 sgg.

²⁴ ARISTOTELE, *Della memoria e della reminiscenza*, cit., 453a, 12-14.

²⁵ Cfr. P. RICŒUR, *La mémoire, l’histoire, l’oubli*, cit., 4.

²⁶ N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, 3^a ed. agg. a cura di G. Fornero, Roma, L’Espresso, 2006, II, 605.

²⁷ “Le fonctionnement de la mémoire individuelle n’est pas possible sans ces instruments que sont les mots et les idées, que l’individu n’a pas inventés et qu’il emprunte à son milieu” M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, cit., 98. Non ho strumenti per valutare l’eventuale correttezza (neuro)scientifica di questa radicale affermazione e mi limito a osservare due cose: che non per questo Halbwachs nega la soggettività del rammemorante (altrimenti,

comunque presenti in forma di memoria del loro essere e del loro dire)²⁸ e se la “*mémoire autobiographique*” si distingue dalla “*mémoire historique*” di questa purtuttavia si alimenta, perché “*après tout l’histoire de notre vie fait partie de l’histoire en général*”²⁹. Nondimeno, “*ce n’est pas sur l’histoire apprise, c’est sur l’histoire vécue que s’appuie notre mémoire*”³⁰ e la stessa *memoria* collettiva è cosa diversa dalla *storia* collettiva: la prima è “*un courant de pensée continu, d’une continuité qui n’a rien d’artificiel*”, ma riguarda uno specifico gruppo sociale e “*ne retient du passé que ce qui en est encore vivant*”³¹, mentre la seconda “*se place hors des groupes*” e obbedisce a un semplice “*besoin didactique de schématisation*”³².

Si radica in queste riflessioni la netta distinzione fra memoria e storia tracciata da Pierre Nora, il quale, estremizzando Halbwachs, drasticamente le separa: la prima è intesa come condivisione collettiva di un vissuto³³; la seconda come studio di un passato che non è più davvero socializzato, che è “*trace, distance, médiation*”³⁴; la prima che è vita; la seconda che è ricostruzione, sempre problematica e incompleta, di ciò che non è più³⁵. Tesi in via di principio condivisibile e sovente interamente condivisa³⁶, ma che propone un eccesso di contrapposizione fra memoria e storia, alimentando “*l’illusione nefasta che gli storici siano i soli depositari della verità storica*”³⁷, laddove, pur a negare l’affermazione crociana che “*il legame sentimentale col passato prepara e aiuta l’intelligenza storica, condizione di ogni vero avanzamento civile*”³⁸, ogni storia, per quanto sia deontologicamente tenuta a ricercare l’obiettività e la “*verità*”³⁹, è essa pure condizionata dalla memoria⁴⁰. Non solo: se storia e memoria fossero davvero così nettamente separate non si spiegherebbe il fenomeno dell’uso pubblico della storia, cioè – come ha osservato Nicola Gallerano – di quella storia che non è fatta dalla comunità scientifica degli specialisti, ma dai mezzi di comunicazione di massa, dalle scuole, dall’arte, dalla letteratura, etc., eventualmente anche con obiettivi scopertamente di parte⁴¹. Si rivela dunque più convincente l’equilibrio della posizione di Jacques Le Goff: “*La mémoire est la*

come osserva P. RICŒUR, *La mémoire, l’histoire, l’oubli*, cit., 149, non ci si potrebbe nemmeno “*«se replacer» dans un groupe*”); che a quell’affermazione si può comunque aderire se ci si contiene nella prospettiva del diritto costituzionale – che è la mia –, la quale necessariamente concerne i fenomeni sociali complessi e non i meccanismi della fisiologia individuale.

²⁸ M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, cit., 52.

²⁹ M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, cit., 99.

³⁰ M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, cit., 105.

³¹ M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, cit., 131.

³² M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, cit., 132.

³³ P. NORA, *Entre Mémoire et Histoire. La problématique des lieux*, in Id., *Les lieux de mémoire*, t. I, vol. I, *La République*, Paris, Gallimard, 1984, XVIII. V. anche P. NORA, *Le moment de la “mémoire collective”*, ora in Id., *Présent, nation, mémoire*, Paris, Gallimard, 2011, 299 sgg.

³⁴ P. NORA, *Entre Mémoire et Histoire*, cit., XIX.

³⁵ P. NORA, *Entre Mémoire et Histoire*, loc. ult. cit.

³⁶ Tra i giuristi, A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, cit., 15.

³⁷ A. BRAZZODURO, *Una storia di Stato? Leggi memoriali, religione civile, conflitto*, in *Studi Storici. Riv. trim. dell’Ist. Gramsci*, n. 2/2006, 405 sgg., 3 dell’estr.

³⁸ B. CROCE, *Storie e leggende napoletane*, rist. della 3^a ed. (1942), Milano, Adelphi, 1990, 11.

³⁹ J. LE GOFF, *Histoire et mémoire*, Paris, Gallimard, 1988, 10 (si tratta della *Prefazione* all’edizione francese: la prima versione di quest’opera – che costituisce la raccolta di alcune “voci” dell’*Enciclopedia Einaudi* – è apparsa in italiano, nel 1986, per i tipi della stessa casa editrice Einaudi).

⁴⁰ “La storiografia è un’impresa non solo cognitiva ma anche affettiva”, scrisse N. GALLERANO, *Storia e uso pubblico della storia*, in AA. VV., *L’uso pubblico della storia*, a cura di N. Gallerano, Milano, Franco Angeli, 1995, 27.

⁴¹ N. GALLERANO, *Storia e uso pubblico della storia*, cit., 17.

matière première de l'histoire", ma la storia "vient d'ailleurs à son tour alimenter la mémoire et rentre dans le grand processus dialectique de la mémoire et de l'oubli que vivent les individus et les sociétés"⁴².

Uso pubblico della storia e costruzione della memoria collettiva sono fenomeni che interessano il diritto in generale (che è strumento dei relativi processi)⁴³ e il diritto costituzionale in particolare (che è il luogo in cui emerge apicalmente la loro dimensione normativa)⁴⁴. D'essi le istituzioni sociali sono pienamente consapevoli, agendo di conseguenza soprattutto in quel periodo di tempo (limitato) in cui sono destinate a convivere generazioni che hanno concretamente esperito certi fatti e generazioni che li hanno conosciuti soltanto attraverso lo studio della storia⁴⁵. Quando – ad esempio – ci si serve di testimoni dell'Olocausto per rendere più direttamente palpabili per i giovani degli eventi che per loro appartengono a un remoto passato, è chiaro, uso pubblico della storia e costruzione della memoria collettiva si combinano⁴⁶. La memoria sociale, insomma, è fatta all'un tempo di plurime rammemorazioni e di plurime conoscenze acquisite del passato.

Una volta che la memoria cessa d'essere intesa come fenomeno semplicemente individuale e viene considerata nella prospettiva della sua immersione nelle dinamiche della comunità politica, il diritto non può rimanere insensibile alla regolazione di un fenomeno sociale di simile importanza. Per quanto ne siano evidenti i molteplici collegamenti, di quella regolazione si possono astrattamente distinguere una dimensione oggettiva e una dimensione soggettiva.

2. La dimensione oggettiva della regolazione giuridica della memoria.

Lo sguardo del diritto s'appunta anzitutto sulla regolazione di quei processi sociali di costruzione o decostruzione del passato dai quali dipende largamente l'autointerpretazione delle comunità politiche, costantemente alle prese con l'interrogativo sul quanto e sul cosa del passato cancellare o conservare.

Chi avesse affrontato questo tema qualche decennio addietro non avrebbe esitato a muovere dalla questione della conservazione, alla quale il diritto – indubbiamente – dedicava massimamente la propria attenzione nella prospettiva di quella "preservazione della comunità

⁴² J. LE GOFF, *Histoire et mémoire*, cit., 10 sg. (v. anche 176 sg.).

⁴³ Il diritto, infatti, è "un instrument indispensable de formalisation et d'officialisation de la mémoire" (J. CHEVALLIER, *Droit et mémoire*, in AA. VV., *Mélanges Andrée Lajoie*, a cura di P. Noreau – L. Rolland, Montréal, Thémis, 2008, 648).

⁴⁴ Come correttamente rilevato da A. VIDAL-NAQUET, *Constitution et passé: du fait à la norme*, in AA.VV., *Constitution et passé. Entre mémoire et histoire* (in corso di pubblicazione nella collana *Confluence des droits*), a cura di A. Vidal-Naquet – M. Bonnet – J. Padovani, 6 del dattiloscritto: "La Constitution ne parle [...] pas d'un passé historique mais d'un passé mémoriel, celui dont elle veut garder la mémoire".

⁴⁵ In prospettiva costituzionalistica, su questo legame fra testimoni attivi e passivi recettori del passato v. A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, Milano, Franco Angeli, 2018, 20.

⁴⁶ Talora accade anche l'inverso. Di recente, ad esempio, una reduce dall'Olocausto (la senatrice Segre) ha voluto correre il rischio di sollecitare l'impegno di una nota *influencer* (Chiara Ferragni) per attirare l'attenzione dei più giovani sullo sterminio degli ebrei.

politica”, cui – è stato detto – deve tendere lo stesso “regime costituzionale”⁴⁷. Oggi le cose vanno diversamente e si rivela urgente (e logicamente preliminare) riflettere su quella della cancellazione, che pesanti ipoteche ideologiche rendono particolarmente ardua da affrontare.

2.1. La cancellazione del passato.

Abbiamo visto che i processi mnestici implicano una rielaborazione del passato ovvero, come in Aristotele⁴⁸, una vera e propria attività raziocinativa (di natura sillogistica)⁴⁹. Si instaura dunque già *antiquitus* un collegamento con l’attività cognitiva, che si fa addirittura più saldo nell’elaborazione degli Stoici che Diogene Laerzio ci riferisce, nella quale la rappresentazione (“φαντασία”) è essa stessa concepita come un’impressione nell’anima, sebbene la metafora resti pur sempre quella della cera e dell’anello, essendo il lemma “impressione” (“τύπωσις”) derivato proprio dalle impressioni formate sulla cera dall’anello (“ἀπὸ τῶν τύπων τῶν ἐν τῷ κηρῷ ὑπὸ τοῦ δακτυλίου”)⁵⁰. Ebbene: essendo il raziocinare e il conoscere il dominio nel quale l’essere umano esplica la libertà che gli è specificamente (nel senso che appartiene alla sua specie) propria, ogni delimitazione delle capacità raziocinative e cognitive determinata dalla resecazione del passato costituisce un pregiudizio per la libertà. Pregiudizio che appare tanto più grave quanto più si rifletta sul fatto che il rammemorare è strettamente connesso alla capacità immaginativa del futuro, essendo i due processi neuro-psichici strettamente correlati⁵¹: “la memoria non esiste per nascondere il vissuto dentro ai suoi «cassetti» e per tenerlo lì, bensì per rielaborarlo costantemente e quindi renderlo utile per il futuro”⁵². Essa è “un grosso trasformatore capace di mutare il passato in futuro”⁵³.

Un intenso rapporto tra memoria e futuro si stringe non solo nelle coscienze individuali, ma anche nelle esperienze collettive. È per questo, perché è in giuoco il futuro, che le comunità politiche guardano al passato con spasmodico interesse. E oggi lo fanno, sempre più spesso, nella direzione della rimozione. Come valutare, in prospettiva giuridica, la strategia della rimozione, in particolare nella sua versione più estrema che è rappresentata dalla c.d. *cancel culture*⁵⁴? Dal punto di vista del diritto costituzionale, a dire il vero, considerate le premesse generali (filosofiche e scientifiche) appena ricordate, il discorso potrebbe anche finire subito, con il riconoscimento della sua frontale opposizione al principio di libertà. Non si tratta, infatti, semplicemente di quell’aggressione alla libertà di coscienza o alla libertà di manifestazione del pensiero di cui normalmente parlano i suoi critici, ma della compromissione della sfera più

⁴⁷ G. GEMMA, *Note critiche sulla ideologia radicale della democrazia*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 203.

⁴⁸ Lascia invero perplessi la tesi (di J. LE GOFF, *Histoire et mémoire*, cit., 126) che non solo in Platone, ma anche in Aristotele, la memoria non avrebbe nulla a che fare con la funzione intellettuale.

⁴⁹ Che è resa possibile dalla capacità estimativa del passare del tempo: P. RICŒUR, *La mémoire, l’histoire, l’oubli*, cit., 23.

⁵⁰ DIOGENE LAERZIO, *Vite e dottrine dei più celebri filosofi*, L. VII, 45.

⁵¹ A. CATTANEO, *Ricordare il passato*, 71 sgg.

⁵² H. MONYER – M. GESSMANN, *La memoria geniale*, cit. 16.

⁵³ H. MONYER – M. GESSMANN, *La memoria geniale*, cit., 33.

⁵⁴ L’espressione, assai sintetica, identifica atteggiamenti plurimi e complessi, sui quali v., ad es., E. BERTOLINI, *Annullamento e boicottaggio nello spazio pubblico e immateriale*, in *Nomos*, n. 2/2021, 6 sgg.

intima della libertà umana, presupposto logico (e neuro-logico) d'ogni altra libertà. Nessun sistema costituzionale dovrebbe consentire un simile sacrificio.

Purtroppo, invece, che il discorso finisca qui non è possibile, perché la c.d. *cancel culture* è fenomeno complesso e (nonostante recenti, inopinati, tentativi di negazione)⁵⁵ reale, è presa sul serio in non poche esperienze ordinamentali, è seguita da una parte significativa della pubblica opinione e fa valere motivazioni che anche i suoi avversari non possono in qualche modo non comprendere. Aggiungiamo, allora, qualche considerazione supplementare.

La cultura della cancellazione può colpire fatti, oggetti, persone morte, persone viventi. Anche quando riguarda soltanto queste ultime – e dunque il presente – incide pure nella coscienza e nelle conoscenze collettive (se un artista viene bandito perché – poniamo – è anche semplicemente sospettato, incolpevolmente, di *sexual harassment* o di pregiudizio razziale, a subire un pregiudizio non è solo lui, bensì l'intera collettività, che viene privata della possibilità di ammirarlo), ma è chiaro che la dimensione collettiva è maggiormente coinvolta quando si tratta del passato e della *memoria*.

Quello della memoria è sempre stato un campo di battaglia sul quale hanno combattuto sia le comunità politiche che le loro istituzioni, nel tentativo di stabilire tanto cosa ricordare quanto cosa dimenticare⁵⁶. Anche l'oblio, infatti, è una necessità per la sopravvivenza delle comunità politiche, allo stesso modo in cui lo è per la sopravvivenza degli individui, pei quali il ricordo generalizzato è insopportabile e paralizzante⁵⁷, vero ostacolo alla pienezza della vita⁵⁸. Il mito, una volta di più, lo chiarisce con la forza evocativa dell'atto poetico: le nove Muse sono generate da Zeus giacendo con Mnemosine, dea della memoria, ma proprio per questo sono

⁵⁵ Lo sostiene, in particolare, E. FAIRBANKS, *Why Wasn't I Canceled?*, in *Atlantic*, 24 ottobre 2022 (la quale pensa che "the way pro-free-speech advocates now talk about speech suppression constitutes a driver of the perception of it. And that, paradoxically, concern about cancel culture has itself become a threat to free speech"). Sennonché, la tesi è sostenuta sulla base dell'esperienza personale, cioè di un dato casuale e ovviamente del tutto non rappresentativo. Questa posizione è criticata da G. SONCINI, *Il baubau della cancel culture e il mio immotivato complesso di superiorità*, in *Linkiesta*, 2 novembre 2022.

⁵⁶ V., tra i molti, J. LE GOFF, *Histoire et mémoire*, cit., 174 sg. ("la mémoire collective est non seulement une conquête, c'est un instrument et un objectif de puissance"); J. ASSMANN, *Das kulturelle Gedächtnis. Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen*, München, Beck, 1992, trad. it. di F. de Angelis, *La memoria culturale. Scrittura, ricordo e identità politica nelle grandi civiltà antiche*, Torino, Einaudi, 1997, 44 sg. (ove si dice dell'"alleanza" non solo fra potere e ricordo, ma anche fra potere e oblio); fra i giuristi A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria*, cit., 13 sgg. (*ivi*, 63, l'osservazione che "La memoria si costruisce e ciò avviene in funzione di una identità che si vuole plasmare a partire da alcuni valori considerati fondanti"). La tesi di fondo dell'A. è che "l'intervento nella pratica memoriale da parte dello Stato non rappresenta affatto un vezzo o un'indebita azione di *hybris* del potere pubblico rispetto alla libertà della scienza e della ricerca, quanto piuttosto un atto legittimo, espressione della più ampia funzione delle istituzioni chiamate a garantire unità e integrazione politica" (*ivi*, 202, ma analogamente ID., *Stato e memoria. Riflessioni a margine della celebrazione del giorno della memoria*, in *Rivista Aic*, n. 1/2022, 65). E si tratta di tesi condivisibile, a condizione che quell'intervento sia sobrio e tenda davvero ad assolvere a quella funzione integrativa cui dovrebbe essere preordinato.

⁵⁷ Sull'essenzialità di un contenimento delle facoltà mnestiche, altrimenti la vita sarebbe impossibile, R. QUIAN QUIROGA, *Borges e la memoria*, cit., *passim*.

Esiste anche una diffusa e risalente corrente di pensiero che considera il cambiamento conoscitivo imputabile più alla cancellazione delle informazioni acquisite che all'apprendimento aggiuntivo (v. la posizione riferita da H. MONYER – M. GESSMANN, *La memoria geniale*, cit., 47, nonché, se bene intendo, F. CIMATTI, *La fabbrica del ricordo*, Bologna, Il Mulino, 2021, 21).

⁵⁸ "L'homme qui se remémore, l'homme qui se rappelle [...], restera toujours sur sa faim", scrisse C. PEGUY, *Clio. Dialogue de l'histoire et de l'âme païenne*, 10^e ed. (1^a ed. 1932), Paris, Gallimard, 1942, 87.

loro a donare agli esseri umani “λησμοσύνην τε κακῶν ἄμπαυμά τε μερμηράων”, cioè oblio dei mali e riposo dalle preoccupazioni⁵⁹.

Ma torniamo all'oblio collettivo. Penso, per l'Italia, soprattutto alla vicenda dell'amnistia per i reati fascisti⁶⁰: come scrisse Togliatti nella relazione ministeriale di accompagnamento al d.P.R. 22 giugno 1946, n. 4, col quale l'amnistia (si badi al termine, che viene da ἀ-μυμνήσκω...) fu concessa, essa non era solo un atto di clemenza, ma anche “un atto di forza e di fiducia nei destini del Paese”, nella prospettiva di una sua “ricomposizione politica”⁶¹. L'oblio del passato serve anche alla costruzione del futuro, indubbiamente, ma si deve considerare che l'amnistia è un istituto *giuridico* e che l'oblio che impone è esso pure solo *giuridico*, non *storico* (la neutralizzazione giuridica degli effetti di atti passati non costituisce negazione di quei fatti e se i fascisti amnistiati sono mondati da colpe giuridiche il giudizio storico e morale su di loro resta intatto)⁶².

Visto che le cose stanno in questo modo si potrebbe pensare che, in definitiva, la cultura della cancellazione non sia un fenomeno particolarmente originale e sia invece un episodio della sempiterna lotta che investe la memoria pubblica⁶³. Ma non è così. “Cancel culture is the new McCarthyism of the «woke» generation”, ha scritto il controverso⁶⁴ giurista americano Alan Dershowitz, anche con il *pathos* di chi ne è stato vittima⁶⁵. Tesi giusta, mi sembra, ma approssimata per difetto, perché, mentre il maccartismo è stato un movimento politico (anche usato e alimentato dalle istituzioni) che aveva lo scopo di combattere un presunto “pericolo rosso” ritenuto attuale e presente, la cultura della cancellazione si rivolge prevalentemente al passato e quando lo fa intende contestare un'intera eredità culturale (cioè quella “memoria

⁵⁹ ESiodo, *Teogonia*, v. 55.

⁶⁰ Il tema delle amnistie andrebbe peraltro inserito nel quadro più complesso delle procedure di riconciliazione nazionale e di *transitional justice* che qui può essere solo richiamato (basti solo ricordare che di quelle procedure fanno parte anche scelte che non riguardano – come invece accade per l'amnistia – i vivi, ma i morti: si pensi al dibattito giuridico-politico spagnolo sulla riesumazione delle spoglie di Francisco Franco e sulla loro traslazione dal santuario del *Valle de los Caídos* al cimitero di Mingorrubio).

⁶¹ A. MELLONI, *Per una storia della tribunalizzazione della storia*, in O. MARQUARD – A. MELLONI, *La storia che giudica, la storia che assolve*, Roma-Bari, Laterza, 2008, 28.

⁶² Non condivido, dunque, l'affermazione di E. BERTOLINI, *Annullamento e boicottaggio*, cit., 29, che “Sotto il profilo giuridico in effetti, l'amnistia è un oblio giuridicamente imposto che, seppur limitato a uno specifico avvenimento, è in realtà di vasta portata in termini memoriali perché cancella le attestazioni della memoria (il particolare), sostenendo che nulla sia realmente avvenuto”.

⁶³ La cancellazione del passato, del resto, si associa sovente ai passaggi rivoluzionari, ma anche in quel caso ha sempre dei limiti. V., specificamente sulla paradigmatica esperienza francese, P. NORA, *L'explosion du patrimoine*, ora in Id., *Présent, nation, mémoire*, cit., 101 sgg.

⁶⁴ Sulle numerose *querelles* in cui Dershowitz è stato coinvolto, v. l'ampio articolo di C. BRUCK, *Alan Dershowitz, Devil's Advocate*, nel *New Yorker* del 29 luglio 2019.

⁶⁵ A. DERSHOWITZ, *Cancel Culture. The Latest Attack on Free Speech and Due Process*, New York, Hot Books, 2020, 1. La vicenda personale dello stesso Dershowitz, accusato di abusi sessuali su una minore (la nota Virginia Giuffre del caso Epstein) e per questo “cancellato”, è ampiamente descritta nel libro. Il caso giudiziario nato dalle accuse (con denunce e controdenunce di diffamazione che hanno coinvolto anche l'avvocato di Giuffre, David Boies) è rimasto a lungo aperto e si è chiuso solo al momento in cui questo saggio stava andando “in stampa”: come riferisce l'articolo di K. Scannell pubblicato sul sito della CNN l'8 novembre 2022, Virginia Giuffre ha dichiarato che “I now recognize I may have made a mistake in identifying Mr. Dershowitz” e, di conseguenza, “attorneys for Giuffre, Boies, and Dershowitz filed joint stipulations asking the judge overseeing the litigation to dismiss the claims with prejudice and without awarding fees to either side. The agreement, confirmed by the parties, resolves all the litigation between them”. Al di là dell'esito, la vicenda lascia aperta la domanda (per me retorica, evidentemente) se davvero si possa essere “cancellati” prima che la propria colpevolezza sia eventualmente provata in giudizio.

culturale” che, in teoria, potrebbe “resistere in eterno”)⁶⁶, così violentemente contestata nei suoi fondamenti da essere ritenuta meritevole, appunto, di cancellazione.

Colpisce, in questo composito movimento, lo stridente contrasto fra origine e scopo: l'origine (le rivendicazioni connesse all'eguaglianza razziale e all'eguaglianza di genere) è (nonostante l'importanza dei temi) relativamente delimitata; lo scopo (il rovesciamento di un'intera tradizione culturale) è debordante. Chi non riesce a cogliere questo contrasto e, per comprensibile condivisione delle rivendicazioni, non avverte l'eccedenza dei mezzi finisce per favorire un movimento la cui portata distruttiva si è rivelata appieno solo dall'altra parte dell'Atlantico, ma comincia a farsi sentire anche nella vecchia Europa.

La cultura della cancellazione ha le sue ragioni⁶⁷, a cominciare dalla critica all'imperialismo culturale eurocentrico⁶⁸, per finire con la rivincita di culture per secoli subalterne⁶⁹. Si tratta di premesse che, in effetti, non si possono non condividere, perché l'imperialismo culturale europeo (che, in verità, è ora ridotto alla sua più insopportabile versione, essenzialmente solo anglosassone) ha generato la falsa impressione che quella europea fosse la sola cultura apprezzabile del mondo e ha offuscato tutte le altre. È tuttavia stupefacente come da simili premesse si siano tratte conclusioni completamente incoerenti. Né l'imperialismo culturale, infatti, né la marginalizzazione delle altre culture si combattono con la rimozione. Ampliare lo sguardo e dialogare è una cosa; sopprimere una delle fonti del dialogo è tutt'altra. Come sovente accade ai movimenti di pensiero asseritamente *postmoderni*, anche quello della cultura della cancellazione ha (se non una matrice) una struttura scopertamente *premoderna*: l'*index librorum prohibitorum* fu una risposta strutturalmente premoderna alla modernità ogni giorno più incalzante e la cultura della cancellazione, *mutatis mutandis*, si serve della medesima strategia, colpendo la libera riflessione e combattendo un pensiero ritenuto ostile non con la contestazione razionale, ma con la rimozione.

Eppure, come accennavo, soprattutto negli Stati Uniti essa ha fatto breccia e una parte significativa della pubblica opinione (o perché si tratta di appartenenti a minoranze o perché si tratta di *wasps* travolti da quei sensi di colpa che oggi si diffondono a rimorchio del crollo delle precedenti credenze morali)⁷⁰ la condivide. Faccio due soli esempi, ma molto significativi – credo – dei paradossi che possono derivarne⁷¹.

i) Il primo riguarda il movimento per la rimozione dei monumenti. Negli Stati Uniti esso ha preso di mira, inizialmente, quelli ai confederati sconfitti nella guerra civile, da Robert E. Lee a Stonewall Jackson, da J.E.B. Stuart ad Albert Sidney Johnston⁷², ma il caso – illuminante

⁶⁶ H. MONYER – M. GESSMANN, *La memoria geniale*, cit., 225.

⁶⁷ Emblematica, in questa prospettiva, la posizione di P. VESPERINI, *Que faire du passé? Réflexions sur la "cancel culture"*, s.l., Fayard, 2022, che però ne coglie bene i rischi e per questo la sottopone a una critica serrata.

⁶⁸ P. VESPERINI, *Que faire du passé?*, cit., 20 sgg.

⁶⁹ P. VESPERINI, *Que faire du passé?*, cit., 44.

⁷⁰ Il rapporto tra diffusione dei sensi di colpa e crisi della civiltà cristiana è colto da C. DELSOL, *La fin de la Chrétienté. L'inversion normative et le nouvel âge*, Paris, Éd. du Cerf, 2021, spec. 68.

⁷¹ Due esempi, preciso, fra le migliaia che potrebbero farsi. Un impressionante (ed esso pure fatalmente incompleto) elenco delle assurdità e delle prevaricazioni della cultura della cancellazione si può trovare in C. RIZZACASA D'ORSOGNA, *Scorrettissimi. La cancel culture nella cultura americana*, Roma-Bari, Laterza, 2022, *passim*.

⁷² Che in questo caso la rimozione fosse “doverosa” sono in molti a sostenerlo (in Italia, ad es., C. RIZZACASA D'ORSOGNA, *Scorrettissimi*, cit., 9). Anche qui, però, le affermazioni perentorie sembrano sconsigliabili e sarebbe forse più opportuna una valutazione pacata, meditata e caso per caso.

– sul quale vorrei soffermarmi è quello della rimozione di un monumento ad Abraham Lincoln, eretto a Boston e smantellato il 29 dicembre 2020.

Il monumento rappresenta Lincoln in piedi con una mano imposta su un afroamericano (con ai polsi delle catene spezzate) inginocchiato, ma nell'evidente atto di rialzarsi, e simboleggia il ruolo che il Presidente aveva avuto nella protezione degli schiavi fuggitivi e nell'abolizione della schiavitù. A seguito di una petizione popolare, però, esso è stato rimosso perché – come affermato dall'ufficio del Sindaco di Boston – “The decision for removal acknowledged the statue’s role in perpetuating harmful prejudices and obscuring the role of Black Americans in shaping the nation’s freedoms”⁷³. Ora, il problema non è solo che si tratta di una copia dell'originale presente a Washington e che “The original work, which came to be known as the Emancipation Group, was purchased through donations by freed enslaved people and Black veterans of the Union Army”⁷⁴, ma anche che il monumento aveva l'originario scopo di rappresentare un sentimento molto diffuso nell'opinione pubblica di fine Ottocento, che ora, semplicemente, s'intende rimuovere (o far rappresentare in un contesto meno “pubblico”, come un museo, in cui il monumento potrebbe forse essere riassembleato).

Lincoln era antischiavista, certo, ma non era per la completa eguaglianza razziale⁷⁵. È per questo che il criticismo s'è allargato a macchia d'olio e che ora, al di là del soggetto

⁷³ Si noterà l'uso della maiuscola per “Black”, mentre analogo uso tipografico non è seguito per “white”, quasi che così potesse e dovesse darsi un'espiazione della colpa di altre generazioni “bianche” per abusi sociali gravissimi come la schiavitù o il razzismo (e senza considerare che anche quella dell'uso selettivo della maiuscola è una pratica gravemente antiegalitaria). Le giustificazioni di questa prassi, ormai diffusa, sono – francamente – sbalorditive. Così, quando si legge che “At the Columbia Journalism Review, we capitalize Black, and not white, when referring to groups in racial, ethnic, or cultural terms. For many people, Black reflects a shared sense of identity and community. White carries a different set of meanings; capitalizing the word in this context risks following the lead of white supremacists” (M. LAWS, *Why we capitalize 'Black' (and not 'white')*, in *Columbia Journalism Review*, 16 giugno 2020) oppure che “We believe this style best conveys elements of shared history and identity, and reflects our goal to be respectful of all the people and communities we cover” (così Dean Baquet, executive editor del *New York Times*, in una frase riportata da N. COLEMAN, *Why We're Capitalizing Black*, nel *New York Times* del 5 luglio 2020) non ci rende conto della debolezza delle premesse: non si sa perché “bianco” dovrebbe essere anche astrattamente idoneo a generare sentimenti di identità e comunità; perché, ove vi fosse, questa identità e comunità “bianca” dovrebbe essere solo quella dei suprematisti; perché quella “nera” non dovrebbe conoscere un suprematismo speculare. Soprattutto, poi, non ci si rende conto della gravità degli esiti, perché pratiche reverenziali e risarcitorie di questo tipo alimentano un sentimento di separatezza razziale nefasto per l'unità di qualsivoglia comunità politica.

Opportune riflessioni critiche su queste scelte in K. A. APPIAH, *The Case for Capitalizing the B in Black*, in *The Atlantic* del 18 giugno 2020.

⁷⁴ Entrambe le citazioni nel testo sono da B. CHAPPELL, *Statue of Lincoln with Formerly Enslaved Man at His Feet is Removed in Boston*, leggibile al sito di NPR, all'indirizzo <https://text.npr.org/951206414>.

⁷⁵ La tesi più fondata sulla posizione di Lincoln quanto all'eguaglianza razziale è quella ch'egli si riconoscesse, al più, in quello che sarebbe diventato il principio *separate but equal*, espressione che troviamo nell'opinione dissenziente del giudice Harlan in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). In effetti, nel primo dibattito elettorale che ebbe con Douglas, a Ottawa, Illinois, il 21 agosto 1858, Lincoln disse: “*I have no purpose to introduce political and social equality between the white and the black races. There is a physical difference between the two, which, in my judgment, will probably forever forbid their living together upon the footing of perfect equality, and inasmuch as it becomes a necessity that there must be a difference, I, as well as Judge Douglas, am in favor of the race to which I belong having the superior position. I have never said anything to the contrary, but I hold that, notwithstanding all this, there is no reason in the world why the negro is not entitled to all the natural rights enumerated in the Declaration of Independence, the right to life, liberty, and the pursuit of happiness*” (questo dibattito si può leggere online all'indirizzo <https://www.nps.gov/liho/learn/historyculture/debate1.htm>). Non solo: come è ben noto, il progetto di Lincoln era quello di risolvere il problema afroamericano rimuovendolo, cioè trasferendo (gradualmente) tutti gli schiavi liberati in colonie oltremare o in Liberia. Il fallimento di questo progetto non è meno noto.

rappresentato nel gruppo statuario di Boston, tutti i monumenti a Lincoln sono ormai tra quelli della cui rimozione si vuole che si discuta (così come è accaduto a Washington e a Jefferson perché proprietari di schiavi, a Cristoforo Colombo perché ritenuto colpevole di aver “scoperto” una terra già conosciuta da chi l’abitava, etc.)⁷⁶. L’assurdità di posizioni del genere è così evidente che basterebbe enunciarle per farne la critica, ma non posso omettere almeno le osservazioni che seguono.

a) V’è anzitutto un errore prospettico, che si chiama decontestualizzazione⁷⁷. Trattare i fatti e le persone del passato secondo i metri di valutazione del presente costituisce una palese fallacia posizionale, coltivata da chi non riesce a comprendere che le categorie del passato non coincidono con quelle del presente. I giuristi ne sanno qualcosa: per quanto di tutt’altra caratura culturale, il tentativo mommseniano di leggere nel diritto pubblico romano i tratti dello *Staatsrecht* tedesco del diciannovesimo secolo è stato tanto grandioso quanto infondato⁷⁸. E se dalle categorie passiamo ai valori sociali condivisi va anche peggio: quelli del presente non sono certo quelli del passato e misurare questo in base ai paradigmi di quello è un puro controsenso logico⁷⁹, che genera anche una contraddizione interna alla posizione qui criticata: se è vero che ai nostri giorni s’è sviluppata “una richiesta di riconoscimento che nasce dal rifiuto dell’Occidente come l’unica misura del mondo”⁸⁰, non è meno vero che la *cancel culture* eleva il presente a unica misura del tempo, commettendo esattamente il medesimo errore.

Ebbene: limitandosi semplicemente alla questione del razzismo, se si escludono gli anni più recenti, è difficile trovare qualcuno, in Occidente (e non solo!), che razzista (almeno nel senso generico e minimale di convinto del primato del più o meno vasto gruppo sociale di appartenenza) non sia stato, sicché l’aspirazione della *cancel culture* dovrebbe essere, puramente e semplicemente, quella di fare *tabula rasa* di tutta l’eredità culturale occidentale (e non solo!), con la conseguenza che dovremmo vivere nelle tenebre di una civiltà del tutto priva di passato.

b) I sostenitori della cultura della cancellazione fanno alla cultura del passato ciò ch’essi rimproverano all’imperialismo europeo di aver fatto alle altre culture del mondo: l’annullano. Con una differenza, tuttavia. Mentre l’imperialismo europeo ha generato una “ignoranza asimmetrica” (nel senso che gli storici non europei conoscono la storia europea e quelli europei raramente conoscono quella extraeuropea)⁸¹, qui si genera ignoranza e basta (visto che è logicamente impossibile postulare una simmetria con il passato, che certo non poteva avere contezza del nostro presente, suo futuro).

⁷⁶ M. CRAMER, *Chicago Lists Lincoln Statues Among Monuments to Review*, leggibile al sito del *New York Times*, all’indirizzo <https://www.nytimes.com/2021/02/18/us/chicago-statues-abraham-lincoln.html>.

⁷⁷ “Ciascun segno che abita lo spazio pubblico deve essere contestualizzato”, scrive correttamente E. BERTOLINI, *Annullamento e boicottaggio*, cit., 9.

⁷⁸ V., ad es., le circostanziate riflessioni critiche di P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, Giappichelli, 1965, spec. 34 sgg.

⁷⁹ In questo senso, ad es., G. BELARDELLI, *Lottare contro il passato. Un torto alla nostra storia*, ne *Il Corriere della Sera* del 13 dicembre 2019.

⁸⁰ C. PASQUINELLI, *Occidentalismi*, in *Parolechiave*, n. 31/2004, 13.

⁸¹ D. CHAKRABARTY, *L’artificio della storia*, in *Parolechiave*, n. 31/2004, 45.

La storia, però, è da sempre aspirazione alla ricerca della “verità” e la verità non si scopre se c’è precluso il conoscere. Il folgorante *incipit* delle *Storie* di Erodoto è il manifesto d’ogni successiva indagine storica⁸²: proponendosi di cercare la *aitia* della guerra fra i Greci e i barbari (i Persiani), egli intendeva indagare le cause, le ragioni e le responsabilità (*aitia* significa tutte queste cose), ma per farlo doveva avere un quadro complessivo delle due civiltà in lotta, senza aprioristiche censure.

c) Gli stessi sostenitori della cultura della cancellazione sono il prodotto di una stratificazione culturale tipicamente occidentale⁸³ e intendono cancellare quel patrimonio culturale del quale essi stessi sono un (cattivo) prodotto. Proponendo la cancellazione postulano dunque d’essere nati belli e pronti, come Minerva dalla testa di Giove, e sostanzialmente mondi da peccato⁸⁴, negando comprensione e perdono a chi non la pensa come loro, con tutti i rischi sociali che da ciò derivano (“en affirmant une culpabilité sans pardon, les Woke ne laissent d’espoir qu’à la violence”)⁸⁵.

d) La pretesa di “mettere le mutande alla storia”, imitando quanto fece in pittura Daniele da Volterra, dopo il Concilio di Trento, con i nudi del Giudizio universale di Michelangelo nella Cappella Sistina, è un puro controsenso. La storia è storia e non si può pretendere ch’essa non sia stata semplicemente perché non è stata come noi avremmo voluto.

e) Difficile individuare un grande personaggio del passato che, accanto ad atti eroici, intelligenti o generosi, non abbia fatto mai nulla di male o di riprovevole, come se all’essere umano fosse consentita la perfezione⁸⁶. I cancellatori pretendono d’essere legittimati a cancellare perché – evidentemente – si presumono perfetti, il che è controfattuale.

f) L’incapacità d’intendere l’esigenza di contestualizzazione non attenta soltanto alla storia e alla memoria, ma alla stessa capacità comunicativa e di relazione fra gli esseri umani. Come ha scritto limpidamente Romano Guardini, “Chi realmente comprende [l’altro] vede [...] anche il contesto in cui soltanto i gesti, le parole e gli atteggiamenti rivelano finalmente l’intero loro significato”⁸⁷. Chi cancella, paradigmaticamente, non comprende gli altri. E non comprendendo non dispiega alcuna capacità comunicativa.

g) La pretesa di cancellare qualcosa solo perché la si ritiene offensiva o perché ci fa sentire “insicuri” (*unsafe*) è propria di una cultura nutritasi dell’aspirazione a una protezione universale che impedisce di sviluppare un’etica della riflessione e della responsabilità. Quando

⁸² Per l’indirizzo criticato nel testo è ovviamente disdicevole citare come seminale un autore “occidentale”. Ma un fatto è un fatto.

⁸³ P. VESPERINI, *Que faire du passé?*, cit., 78.

⁸⁴ Questo punto meriterebbe un approfondimento impossibile anche solo da immaginare, qui. Basterà dire che l’origine profonda dell’ergersi a giudici degli altri, esonerando se stessi – conseguentemente – dalle colpe, è indagata da O. MARQUARD, *Entlastungen. Theodizeemotive in der neuzeitlichen Philosophie*, 1^a ed. 1983, in Id., *Apologie des Zufälligen*, Stuttgart, Reclam, 1986, trad. it. di G. Cerchia, ora in O. MARQUARD – A. MELLONI, *La storia che giudica*, cit., spec. 80 sg., nella prospettiva di una teodicea che ha assolto Dio dalla colpa del male nel mondo, imputandola all’uomo.

⁸⁵ C. DELSOL, *La fin de la Chrétienté*, cit., 129.

⁸⁶ Analogamente, A. DERSHOWITZ, *Cancel Culture*, cit., 59 sgg.

⁸⁷ R. GUARDINI, *Tugenden. Meditationen über Gestalten sittlichen Lebens*, Mainz, Grünewald, e Paderborn, Schöningh, 1987, trad. it. di G. Sommavilla, *Virtù. Temi e prospettive della vita morale*, 6^a ed., Brescia, Morcelliana, 2015, 135.

un'istituzione operistica (la West Australia Opera) cancella dal proprio repertorio la *Carmen* perché implicitamente inciterebbe al tabagismo vuol dire che s'è davvero toccato il fondo⁸⁸.

h) La cultura della cancellazione gradirebbe un "anéantissement mémoriel"⁸⁹ selettivo, imputando al solo Occidente la colpa dell'aspirazione al dominio, della colonizzazione, della riduzione in schiavitù, ma dimentica che quella colpa, semmai, è universale: "Les décoloniaux font comme si tous les peuples du monde n'avaient pas partagé cette aspiration à la domination et comme si beaucoup d'entre eux ne l'avaient pas un jour ou l'autre violemment exercée", ha efficacemente scritto Jérôme Delaplanche, già responsabile di storia dell'arte all'Accademia di Francia a Roma⁹⁰.

i) La cultura della cancellazione s'illude di semplificare ciò che non può essere semplificato e di sostituire il giudizio morale alla discussione razionale, sviluppando "the tendency to dissolve complex policy issues in a blinding moral certainty", come è stato giustamente scritto in un noto manifesto di decine di intellettuali americani, pubblicato su *Harper's Magazine*⁹¹.

l) La cancellazione del passato è la rivendicazione di chi si proclama in anticipo sconfitto. Se la pretesa di cancellare è figlia del "fallimento di politiche redistributive, inclusive e di integrazione"⁹², vantarla significa non credere che quelle politiche si riesca davvero ad attivarle.

ii) Il secondo esempio riguarda un caso di cancellazione solo indiretta, ma non meno pericoloso (anzi, forse più grave). Nel 2021 l'Università di Princeton ha eliminato dai requisiti per l'iscrizione al corso di *Classics* la conoscenza del greco e del latino. La motivazione è stata che un simile (e invero ovvio) requisito avrebbe avuto effetti discriminatori, risultando difficile da possedere per gli studenti afroamericani e comunque delle minoranze etniche, provenienti da corsi pre-universitari in genere di modesta qualità. A fronte delle rimostranze di molti studiosi, l'Università ha replicato che "a minimum language requirement acts primarily as a deterrent to potential concentrators, and is not effective as a means of inducing students to embark on the study of Ancient Greek or Latin", aggiungendo che "We believe that an approach based

⁸⁸ M. TRAN, *Australian opera company drops Carmen over smoking scenes*, in *The Guardian*, 9 ottobre 2014. E stendiamo un velo pietoso sulle proposte di riedizione del capolavoro di Bizet che eliminano il "femminicidio" finale e lo sostituiscono con l'"omicidio" di don José o con una chiusa incruenta.

⁸⁹ Per usare l'efficace formula di E. CARTIER, *Histoire et droit: rivalité ou complémentarité?*, in *Rev. fr. de droit const.*, n. 3/2006, 522.

⁹⁰ J. DELAPLANCHE, *La Cancel culture infiltre la Villa Médicis*, in *La Tribune de l'Art*, 3 novembre 2021 (il quale, prendendo spunto dal noto *affaire* degli arazzi "des Indes" di Villa Medici, che qualcuno ha ritenuto offensivi della sensibilità postcoloniale) aggiunge, non meno efficacemente: "Mais le plus frappant reste la soumission des institutions et des intellectuels aux caprices émotionnels d'une petite minorité d'individus endoctrinés travaillant avec acharnement à une grande épuration de l'Histoire sur l'autel de la probité morale. Guidés par une volonté d'interdire ce qui n'est pas conforme à l'idéologie politiquement correct, ces derniers veulent chasser de l'espace public tout ce qui peut «offenser». Nous sommes tombés au niveau des talibans qui ne supportent pas ce qui est contraire à leur vision du monde".

⁹¹ *A Letter on Justice and Open Debate*, in *Harper's Magazine* del 7 luglio 2020.

⁹² E. BERTOLINI, *Annullamento e boicottaggio*, cit., 4, che aggiunge (*ivi*, 51): "Se lo scopo è l'eliminazione di discriminazione e disuguaglianza, il perseguimento di una reale giustizia sociale e la promozione di una cittadinanza attiva e inclusiva, pare alquanto difficile porvi rimedio censurando opere dell'ingegno, comprimendo la libertà accademica e di espressione o rimuovendo statue e odonimi, soprattutto se si procede su base identitaria".

on inclusion and persuasion will be more effective in encouraging language study than one based on compulsion”⁹³.

Ora, a me sembra evidente che il fine (le pari opportunità) sia qui perseguito col mezzo più comodo, ma più sbagliato. Invece di porsi il problema di come superare le differenze di classe e di reddito (che alcune ricerche, nel caso della povertà, ritengono potenzialmente incidenti addirittura nello sviluppo delle capacità cognitive)⁹⁴ sviluppando un sistema economico-sociale più giusto e che consenta a tutti di godere davvero del “*diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi*” (per dirla con l’art. 34, comma 3, della nostra Costituzione), i semplificatori di Princeton, neglignendo i rimedi davvero necessari per realizzare l’eguaglianza sostanziale e la giustizia sociale, pensano solo ad attivare una pratica autoassolutoria e abbassano la soglia di accesso a studi difficili e specialistici, per i quali la conoscenza di uno specifico patrimonio linguistico è assolutamente indispensabile, così trasferendo le diseguaglianze dalla fase dell’accesso a quella dell’esito (che ben difficilmente può essere soddisfacente in difetto di quei prerequisiti)⁹⁵. Una mossa che, a ben vedere, è del resto perfettamente coerente con le esigenze del volgare capitalismo dei nostri giorni, che svaluta la cultura classica perché non profittevole⁹⁶ e vorrebbe che tutti gli insegnamenti scolastici e universitari fossero finalizzati alla “professionalizzazione” (che è un’altra parola per dire creazione di forza lavoro utile alla produzione capitalistica)⁹⁷.

I due esempi che ho fatto dimostrano le gravi incongruenze e le illogicità della cultura della cancellazione. Non è questo un buon motivo, però, per prenderla sottogamba⁹⁸. E non lo è per due valide ragioni. La prima è che essa, animata dagli intenti egualitari e antirazzisti cui ho accennato, ora si vede strumentalizzata dalla parte opposta: sono esempi di *cancel culture* anche le sempre più numerose richieste (sovente accompagnate dal successo) che nelle comunità americane più conservatrici mirano alla rimozione dalle biblioteche pubbliche (o all’eliminazione dai programmi scolastici) di opere sostenitrici della cultura *gender*, dell’anticlericalismo o della *critical race theory*⁹⁹. La seconda è che, per quanto vi siano punti di

⁹³ V. lo *Statement to Community - Undergraduate Concentration*, 1° giugno 2021, leggibile al sito del corso di *Classics*, all’indirizzo <https://classics.princeton.edu/department/news/statement-community-undergraduate-concentration>.

⁹⁴ “Poverty [...] has been extensively documented to lead to severe and permanent learning deficits” sostengono C.M. ALBERINI – A. TRAVAGLIA, *Infantile Amnesia*, cit., 5784. Lo stesso vale per le esperienze di abbandono e di deprivazione (*ivi*, 5783).

⁹⁵ Correttamente osserva F. RAMPINI, *La trappola woke*, in *Civiltà delle macchine*, n. 3/2022, 26, che “La politica identitaria consente di ignorare le vere diseguaglianze di massa”.

⁹⁶ Analogamente, P. VESPERINI, *Que faire du passé?*, cit., 86 sgg.

⁹⁷ V. le numerose testimonianze critiche raccolte da C. RIZZACASA D’ORSOGNA, *Scorrettissimi*, cit., 155 sgg.

⁹⁸ Politicamente corretto e cultura della cancellazione sono modelli comportamentali nati oltreoceano e che l’Europa ha ormai largamente (seppur – fortunatamente – con minor successo) recepito. In realtà, negli Stati Uniti quei modelli si spiegano assai bene: invece di risolvere in profondità le contraddizioni di una società complessa come quella statunitense (che, grazie a una feroce repressione, non ha visto stabilizzarsi un movimento socialista), si cerca di dare una lucidata alla superficie del conflitto, obbligando tutti a una sorta di asettica indifferenza alle vere ragioni delle condizioni degli altri. Ma l’asetticità resta, appunto, in superficie, mentre le passioni ribollono nelle viscere del *melting pot* sociale. Un vero e proprio esercizio di ipocrisia, che non dovrebbe esercitare alcuna attrazione. Ma è inutile illudersi: il provincialismo delle nostre classi dirigenti garantisce sempre un gran successo a tutte le mode che vengono dall’altra parte dell’Atlantico.

⁹⁹ Molti esempi sono elencati da C. RIZZACASA D’ORSOGNA, *Scorrettissimi*, cit., 137 sgg.

differenziazione¹⁰⁰, nella sua (originaria) versione *progressive* quella cultura si lega strettamente allo sviluppo del movimento *woke*¹⁰¹ e dell'ideologia del "politicamente corretto", ideologia il cui successo deve mettere in allarme. Come è stato detto efficacemente, "Nous croulons sous les normes de contrôle social et les institutions de censure". La conseguenza del *politically correct* e della *cancel culture* è che "Le premier réflexe face aux imperfections de la société est l'interdiction" e che "Désormais tout conflit, tout désaccord doit se terminer au tribunal"¹⁰². Le libertà e la divisione dei poteri, pilastri dello Stato di diritto, ne sono messi a rischio, sicché la risposta delle istituzioni dovrebbe essere pronta e decisa, anche per evitare il rischio che comunità politiche frammentate e spaventate, incerte del loro futuro, reagiscano a rovescio con la sacralizzazione delle memorie più minute (e dei più minuti gruppi sociali) del passato¹⁰³, così cadendo in un eccesso opposto, parimenti irrazionale. Inutile dire che sulla saggezza di quella (eventuale) risposta non v'è ragione di nutrire ottimistiche aspettative.

2.2. La conservazione del passato.

Ho accennato che le comunità politiche hanno necessità anche di oblio, non solo di ricordo. Non è dubbio, però, che – almeno sino all'avvento della *cancel culture* – il loro sforzo maggiore si sia indirizzato soprattutto nella direzione della conservazione del passato. Nella prospettiva del diritto costituzionale la questione è particolarmente interessante e abbraccia almeno due temi, fra loro interconnessi: la conservazione di parti del vecchio ordine costituzionale nel passaggio a uno nuovo; la simbologia rievocativa del passato.

2.2.1. Continuità e discontinuità delle istituzioni costituzionali.

Ogni processo fondativo di un nuovo ordine costituzionale pone un grave problema di rapporto tra passato, presente e futuro¹⁰⁴. Si potrebbe pensare che, una volta operata la scelta della sostituzione dell'ordine precedente con uno nuovo, la questione del passato sia destinata a essere risolta con semplicità, attraverso la banale cancellazione di tutto quanto c'era prima. Non è così¹⁰⁵. In nessuna successione costituzionale il passato svanisce del tutto, perché nessun ordine costituzionale nuovo può prendere alla leggera il problema della propria legittimazione e perché per consolidarla occorre scegliere sapientemente: a) se vi sia necessità di un qualche ancoraggio al passato; b) se sì, a quale passato ci si debba riferire (le fasi

¹⁰⁰ E. BERTOLINI, *Annullamento e boicottaggio*, cit., 20.

¹⁰¹ La complessa parabola di questa parola è descritta da C. RIZZACASA D'ORSOGNA, *Scorrettissimi*, cit., 192 sgg.

¹⁰² A.M. LE POURHIET, *Nous vivons dans une société bâillonnée où s'exerce la tyrannie des minorités*, intervista a *Le Figaro* del 28 luglio 2007.

¹⁰³ Il fenomeno è bene analizzato da P. NORA, *L'explosion du patrimoine*, cit., spec. 112.

¹⁰⁴ Ho già affrontato, con maggiore respiro, questo tema nel mio *Innovazione e tradizione nelle costituzioni del Novecento. Note preliminari*, in *Specula iuris*, n. 1/2021, 9 sgg., da cui recupero, talora anche testualmente, molte delle considerazioni del testo.

¹⁰⁵ Un cenno a questo fenomeno già in V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995, 77.

costituzionali precedenti sono normalmente molte e molto diverse); c) una volta sciolta questa alternativa, cosa del passato si debba prendere per trasportarlo nel nuovo ordine costituzionale¹⁰⁶.

Da questo punto di vista, le esperienze costituzionali, dall'inizio del Novecento a oggi, possono essere suddivise in sei gruppi principali: a) le *costituzioni conservatrici*, cioè le c.d. *old constitutions* (nel mondo occidentale ne sono rimaste solo tre)¹⁰⁷, che mantengono ferme le strutture costituzionali delle prime forme dello Stato di diritto; b) le *costituzioni della prima democratizzazione*, ad es. quelle cecoslovacca e austriaca del 1920 o quella turca del 1923), fra le quali spiccano alcune vere e proprie *costituzioni anticipatrici*, come quelle del Portogallo (1911), del Messico (1917) e della Germania (1919), le quali (penso soprattutto a quella messicana)¹⁰⁸ erano alcuni decenni avanti a tutte le altre quanto a originalità di temi e di soluzioni giuridico-politiche; c) le *costituzioni fasciste* (anche se, a parte il Portogallo, che si diede una nuova Costituzione formale nel 1933, i regimi fascisti, ostentando una sorta di "indifferenza costituzionale" dovuta al loro culto della forza, lasciarono in vita le vecchie carte costituzionali, sia pure svuotate di contenuto); d) le *costituzioni della seconda democratizzazione* (soprattutto Francia, Italia e poi Germania nell'immediato secondo dopoguerra, Grecia, Portogallo e Spagna negli anni Settanta; Paesi dell'Europa orientale tra la fine degli anni Ottanta e gli anni Novanta); e) le *costituzioni della decolonizzazione*, gruppo assai eterogeneo, le cui vicende hanno conosciuto diversi "cicli"¹⁰⁹; f) le *costituzioni dei Paesi socialisti* (delle quali sono state modello soprattutto quelle di URSS e Cuba).

Nessuna di queste Costituzioni, quale che fosse il gruppo di appartenenza, ha potuto permettersi di non fare i conti col passato. Sul piano delle strutture istituzionali molto si deve al fatto che le forme giuridiche possiedono una naturale vischiosità, che non solo le rende refrattarie al cambiamento, ma le fa capaci di riprodursi anche in tempi successivi a quello del loro primo concepimento. Non solo. Chi ambisce a creare un nuovo ordine costituzionale si è sempre formato, culturalmente, nell'ordine costituzionale precedente e ha fatalmente sviluppato una *forma mentis* che di quell'ordine risente. Chi pensa il nuovo lo fa (se non in tutto, almeno in parte) servendosi di categorie vecchie, che così sopravvivono alla scomparsa dell'assetto costituzionale nel corso del quale si erano consolidate. Opera dunque una vera e propria forza d'inerzia degli antichi schemi concettuali, che talvolta emerge nelle scelte di conservazione di modelli istituzionali (pensiamo al bicameralismo o al federalismo nelle

¹⁰⁶ Quando si parla, dunque, di un passato "scelto" dalle Costituzioni (P. MALLÉJAC, *Constitutions mémorielles, révisionnistes, amnésiques: quelle mémorisation constitutionnelle du passé?*, in AA.VV., *Constitution et passé*, cit., 8 del dattiloscritto) si dice cosa corretta, ma va precisato che si tratta di una scelta complessa e articolata su plurimi piani.

¹⁰⁷ Si tratta di quella statunitense (del 1787), di quella belga (del 1831) e di quella norvegese (del 1814). Non mi sembra corretto aggiungervi quella francese, che secondo alcuni – invece – starebbe nel gruppo perché la Dichiarazione del 1789 fa parte del *bloc de constitutionnalité* (E. SMITH, *Introduction*, in AA. VV., *Constitutional Justice under Old Constitutions*, cit., XI sgg.). Si tratta, infatti, del recepimento di una parte soltanto di un'esperienza costituzionale precedente, che, per quanto importante, entra a comporre un ben più ampio contesto ordinamentale.

¹⁰⁸ I suoi contenuti, infatti, erano eccezionalmente innovativi e disegnavano anche la trama di uno Stato sociale *ante litteram*: l'intero Titolo VI (artt. 123 sgg.), dedicato alla tutela del lavoro e della previdenza sociale, prevedeva l'orario massimo della giornata lavorativa, il diritto al riposo, il salario minimo, etc., mentre l'art. 28, comma 2, introduceva addirittura il principio della tutela dei consumatori.

¹⁰⁹ G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 1998, 129.

Costituzioni dell'Europa occidentale) o di idee politico-costituzionali del passato (pensiamo all'idea di impero in Unione Sovietica)¹¹⁰, talaltra addirittura in un rifiuto di quei modelli che tuttavia s'accoppia all'introduzione di altri che ne richiamano inesorabilmente la logica (pensiamo sempre alle varie Costituzioni sovietiche e al dispotismo dello czar sostituito dal dispotismo del partito)¹¹¹.

Chi, comunque, volesse la prova più chiara di questo faticoso rapporto delle Costituzioni con il passato non avrebbe che da riprendere la Costituzione degli Stati Confederati d'America. Come disse esplicitamente il Vicepresidente Alexander Hamilton Stephens nel famoso discorso tenuto il 21 marzo 1861 a Savannah, in Georgia¹¹², “*All the essentials of the old constitution, which have endeared it to the hearts of the American people, have been preserved and perpetuated*”¹¹³: la neonata Confederazione aveva bisogno di presentarsi come la vera erede del passato statunitense e le novità costituzionali della nuova Carta, che pure non mancavano, erano tutto sommato marginali e non dovevano mettere in discussione la continuità con una Costituzione che aveva sancito il raggiungimento dell'indipendenza, cioè di quello stesso obiettivo per il quale la Confederazione era nata. “La grande ingratitude de tout nouveau régime à tout ancien régime” di cui parlava Péguy¹¹⁴ non è mai così grande...

2.2.2. Continuità e discontinuità simbolica.

In un noto saggio del 1936, Edward S. Corwin s'era chiesto se la Costituzione degli Stati Uniti dovesse essere considerata come un “*instrument of popular government for the achievement of the great ends of government*” oppure come un “*symbol and bulwark of a previously achieved order of human rights*”¹¹⁵. La stessa Costituzione, dunque, può essere concepita come simbolo di conquiste del passato, ma, di regola, più che un simbolo in sé, è il

¹¹⁰ J. CADIOT, *L'année 1917 et l'Assemblée constituante en Russie L'universalisme à l'épreuve de la diversité*, in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n. 3/2017, 19 sgg. Questo mantenimento di strutture costituzionali del passato in una realtà rivoluzionaria è coerente con la doppiezza che è esibita dalla storiografia comunista nel rapporto con il passato: “Lo storicismo comunista [...] capitalizza insieme il rifiuto della storia e l'inizio di una storia nuova: pretende di avere dalla sua il corso inevitabile del passato ma insieme lotta per l'oblio della storia precedente dell'oppressione umana quale condizione per costruire un'utopia, che sembra del resto sul punto di trasformarsi in realtà dopo il successo della rivoluzione d'Ottobre” (N. GALLERANO, *Storia e uso pubblico della storia*, cit., 26).

¹¹¹ Sconsiglia l'uso della categoria del “dispotismo”, evocativa dell'arbitrio dell'autocrate e inadatta a rappresentare il dominio del partito unico (con tutte le sue divisioni e contraddizioni), D. COLAS, *Les constitutions de l'URSS et de la Russie (1905-1993)*, Paris, PUF, 2015, 18. Penso, tuttavia, che, pur con il doveroso *distinguo* ora ricordato, proprio la parola dispotismo metta in luce quegli elementi di continuità col passato che segnano addirittura un'esperienza costituzionale radicalmente rivoluzionaria.

¹¹² Questo discorso passerà alla storia come *Cornerstone Speech*: “pietra angolare” della nuova Costituzione essendo, per Stephens, l'istituto della schiavitù.

¹¹³ Il discorso può leggersi in H. CLEVELAND (a cura di), *Alexander H. Stephens, in Public and Private. With Letters and Speeches, before, during, and since the War*, Philadelphia (PA) *et alii loci*, National Publishing Company, 1866, 717 sgg. (il passo citato nel testo è a p. 718).

¹¹⁴ C. PÉGUY, *Clio*, cit., 87.

¹¹⁵ E. S. CORWIN, *The Constitution as Instrument and as Symbol*, in *Am. Pol. Sc. Rev.*, 1936, 1072. La risposta di Corwin era a favore della prima alternativa ed era funzionale alla critica a una Corte Suprema che negli anni era andata smantellando i provvedimenti sociali del New Deal rooseveltiano.

luogo nel quale i simboli possono essere ospitati e normati. La scelta di questi simboli è tra le più delicate che i fondatori di un nuovo ordine costituzionale siano chiamati a compiere.

Memoria del passato? Indicatore di una frattura? Il simbolo può essere, ovviamente, entrambe le cose, ma nelle Costituzioni più sagge esso funziona da espediente per porre passato, presente e futuro in stretto collegamento fra loro, in un bilanciamento capace di soppesare attentamente le esigenze (anche psicologiche) di continuità col passato (la rottura con l'ordine previgente, per quanto desiderata e fermamente voluta possa essere, crea sempre tensione psicologica e incertezza), di registrazione del presente (cioè del parallelogramma delle forze politico-sociali che sorreggono il nuovo ordine costituzionale), di proiezione nel futuro (il passaggio al nuovo reca sempre un'esplicita o implicita promessa di un futuro migliore).

La scelta dei simboli è particolarmente delicata perché un simbolo non è un semplice segnale o segno. Un *segnale* non è altro che la stimolazione di un ricevitore da parte di un trasmettitore e perché funzioni basta, nel caso degli esseri viventi, il possesso della c.d. *esteroccezione*, cioè della capacità di percepire uno stimolo esterno. Un *segno* è un significante che rinvia a un significato per mezzo di un codice. Ancorché la sua base materiale (in genere visiva e uditiva, ma potenzialmente anche olfattiva, tattile, gustativa) sia la medesima dei segnali e dei segni, un *simbolo* è qualcosa di molto più complesso. Si tratta di una rappresentazione (grafica, musicale, etc.) che, sollecitando complessi processi psicologico-emozionali¹¹⁶, evoca altrettanto complesse dimensioni di credenze, di identità, di storie comuni: non tutti i segni, dunque, possono propriamente qualificarsi simboli. Basta pensare alla bandiera: se inizialmente essa si limita a essere un "segno" sotto il quale le truppe di un medesimo capo militare sono chiamate a raccogliersi, con l'avvento dello Stato nazionale si fa strumento di identificazione, sia pure per immagine, del complesso di valori, credenze e principi che gli sono propri. Alla sua iniziale funzione *denotativa*, dunque, si affianca e si sovrappone quella *connotativa*, come è appunto tipico dei simboli¹¹⁷.

Nelle comunità politiche e nelle loro strutture costituzionali i simboli operano in stretto coordinamento con i miti¹¹⁸, perché i miti possono far uso di simboli e i simboli possono rappresentare miti. Fra simbolo e mito intercorre un'ineludibile differenza concettuale: i miti, infatti, sono strumenti di indiretta dimostrazione esemplare di una verità (pensiamo a quello platonico della caverna)¹¹⁹ o racconti che consentono di cogliere "il permanere, nella coscienza comune, di linee di continuità simboliche profondamente significative, destinate a trascendere le complesse vicende che le generarono e persino a staccarsi dal senso del presente che le ha prodotte"¹²⁰. Nondimeno, tanto i simboli quanto i miti (che per la verità sono "storie fondanti" e quindi "storie" anch'essi)¹²¹ sono comunque funzionalizzati all'attivazione e alla conservazione

¹¹⁶ Analogamente, G. ZAGREBELSKY, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, Torino, Einaudi, 2012, 24 sg.

¹¹⁷ Sulle vicende costituzionali dei simboli, in particolare della bandiera, mi permetto di rinviare a M. LUCIANI, *Costituzione italiana: articolo 12*, Roma, Carocci, 2018, *passim*.

¹¹⁸ Analogamente, I. CIOLLI, *Storia degli anniversari dello Statuto e della Costituzione (storia dei riti)*, in *Nomos*, n. 1/2020, spec. 7 sgg.

¹¹⁹ *La Repubblica*, VII, 518.

¹²⁰ A. LONGO, *Edmund Burke e Thomas Paine: stralci di una mitografia costituzional-rivoluzionaria*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2017, 240.

¹²¹ J. ASSMANN, *La memoria culturale*, cit., 48.

dei meccanismi costitutivi dell'unità delle comunità politiche, essenziali per la loro "integrazione" a fronte del pluralismo che le alimenta, certo, ma allo stesso tempo potrebbe disgregarle¹²².

Nell'impossibilità di proporre, qui, una riflessione minimamente distesa sui simboli politici incorporati nelle Costituzioni¹²³, cito un solo esempio, che ho sempre considerato illuminante, per far intendere quanto sia delicata la sfida di contemperare simbolicamente il passato, il presente e il futuro.

Si tratta del caso della bandiera repubblicana portoghese, per come definita dalla Costituzione del 1911¹²⁴. È una bandiera clamorosamente "sbagliata" dal punto di vista della vessillologia e dell'araldica: per la prima è troppo complicata e difficile da disegnare; per la seconda viola il principio, risalente alla tradizione medievale, che impone di separare con una fascia intermedia, bianca o gialla, colori quali il rosso e il verde¹²⁵. Eppure, si tratta di un autentico capolavoro politico-costituzionale. I costituenti partivano da una premessa negativa, consistente nella necessità di bandire i colori monarchici (il bianco e l'azzurro), ormai incompatibili con la nuova realtà repubblicana. Se tutta la simbologia monarchica fosse stata abbandonata, però, il prezzo pagato sarebbe stato troppo alto, perché (al contrario d'altre) la monarchia portoghese era senza macchia ed era stata protagonista non solo del processo di unificazione nazionale, ma anche della cacciata dei Mori dalla penisola iberica e dell'espansione transmarina, mitizzata come vicenda di esportazione della civiltà occidentale in tutto il mondo. La soluzione escogitata¹²⁶ fu, insisto, abilissima e il risultato è il seguente: a) al posto del bianco e dell'azzurro subentrano il verde (simbolo repubblicano, positivista e massonico)¹²⁷ e il rosso (simbolo del sangue dei patrioti); b) il rapporto fra i due colori è sostanzialmente paritario, perché il rosso occupa la parte più grande della bandiera, ma il verde sta al posto d'onore (che è quello accanto all'asta)¹²⁸; c) al centro (non della bandiera, ma) della linea di confine fra i due colori si situa uno stemma molto complicato, nel quale alla sfera armillare del (venerato) re Manuel I (simbolo della potenza marina lusitana) si sovrappone il tradizionale scudo dei re portoghesi, con le cinque *quinas* al centro (cinque scudi, che simboleggiano i re mori sconfitti da Alfonso I a Ourique, recanti cinque piccole macchie bianche, a loro volta simboleggianti le

¹²² Nel testo si allude, ovviamente, alla posizione teorica di R. SMEND, V. *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, in *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, ora in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1955, 83 sg.; ID., *Verfassung und Verfassungsrecht*, München u. Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, ora in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., spec. 136.

¹²³ Il tema dei simboli è parte di un'ancora più ampia tematica, qual è quella del rapporto fra immagini, arte, diritto e politica, in relazione al quale, a causa della forza sociale dell'arte, è fatale che si sviluppi lo scontro giuridico-politico (v., ad es., C. DOUZINAS – L. NEAD, *Introduction*, a AA. VV., *Law and the Image. The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, Chicago – London, The Univ. of Chicago Press, 1999, 7, ma anche *passim*).

¹²⁴ Pure qui riprendo, anche testualmente, quanto già scritto nel mio *Innovazione e tradizione*, cit., 9 sgg.

¹²⁵ M. PASTOUREAU, *Une histoire symbolique du Moyen Age occidental*, Paris, Seuil 2004, 294 sg. Lo stesso A., *ivi*, 281, osserva che oltre l'80% delle bandiere contemporanee rispetta le antiche prescrizioni dell'araldica medievale.

¹²⁶ È attentamente ricostruita in M. METELO DE SEIXAS, *Quinas e Castelos: Sinais de Portugal*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel Dos Santos, 2019.

¹²⁷ M. METELO DE SEIXAS, *Quinas e Castelos*, cit., 93.

¹²⁸ Si pensi a dove sono collocate le stelle nella bandiera USA o a dove si trova l'Union Jack in quella australiana o neozelandese.

cinque ferite di Cristo) e attorno una bordatura con sette castelli (simbolo della *Reconquista*). I costituenti avevano dovuto risolvere un'equazione a due incognite (conservare una parte di passato e rifiutarne un'altra) e avevano saputo risolverla brillantemente¹²⁹.

2.2.3. Le "giornate nazionali" e le leggi memoriali.

La questione del passato e della sua conservazione, però, non finisce qui. In qualunque ordinamento troviamo, istituite per legge o con atto amministrativo, delle "giornate nazionali". Talvolta esse hanno una funzione promozionale di comportamenti considerati virtuosi (penso, in Italia, a intitolazioni anche a dir poco singolari, come quelle della "Giornata nazionale del risparmio energetico e degli stili di vita sostenibili", istituita dall'art. 19-*bis* del d.l. 1° marzo 2022, n. 17, o della "Giornata nazionale di educazione e prevenzione contro la violenza nei confronti degli operatori sanitari e socio-sanitari", istituita dall'art. 8 della l. 14 agosto 2020, n. 113); talaltra – ed è questo il caso che più interessa in questa sede – hanno una funzione memoriale, perché intendono ricordare e celebrare eventi o personalità del passato, qualche volta in riferimento a realtà ancora attuali.

Nell'ordinamento giuridico italiano le leggi in funzione memoriale sono diventate, ormai, molto numerose. Ricordo, a titolo d'esempio (l'elenco è probabilmente incompleto):

- la l. 20 luglio 2000, n. 211 (recante "Istituzione del «Giorno della Memoria» in ricordo dello sterminio e delle persecuzioni del popolo ebraico e dei deportati militari e politici italiani nei campi nazisti");
- la l. 31 luglio 2002, n. 186 (recante "Istituzione della «Giornata della memoria dei marinai scomparsi in mare»");
- la l. 30 marzo 2004, n. 92 (recante "Istituzione del «Giorno del ricordo» in memoria delle vittime delle foibe, dell'esodo giuliano-dalmata, delle vicende del confine orientale e concessione di un riconoscimento ai congiunti degli infoibati");
- la l. 15 aprile 2005, n. 61 (recante "Istituzione del «Giorno della libertà» in data 9 novembre in ricordo dell'abbattimento del muro di Berlino");
- la l. 4 maggio 2007, n. 56 (recante "Istituzione del «Giorno della memoria» dedicato alle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice");
- la l. 12 novembre 2009, n. 162 (recante "Istituzione della «Giornata del ricordo dei Caduti militari e civili nelle missioni internazionali per la pace»");
- la l. 14 giugno 2011, n. 101 (recante "Istituzione della Giornata nazionale in memoria delle vittime dei disastri ambientali e industriali causati dall'incuria dell'uomo");
- la l. 21 marzo 2016, n. 45 (recante "Istituzione della Giornata nazionale in memoria delle vittime dell'immigrazione");

¹²⁹ Consentendo alla bandiera di passare indenne attraverso l'*Estado novo* di Salazar e il ristabilimento della democrazia con la Rivoluzione dei garofani (cfr. M. METELO DE SEIXAS, *Quinas e Castelos*, cit., 108 sgg.).

- la l. 25 gennaio 2017, n. 9 (recante “Istituzione della giornata nazionale delle vittime civili delle guerre e dei conflitti nel mondo”);
- la l. 8 marzo 2017, n. 20 (recante “Istituzione della «Giornata nazionale della memoria e dell’impegno in ricordo delle vittime delle mafie»”);
- la l. 20 dicembre 2017, n. 212 (recante “Istituzione della Giornata in memoria dei Giusti dell’umanità”);
- la l. 18 marzo 2021, n. 35 (recante “Istituzione della Giornata nazionale in memoria delle vittime dell’epidemia di coronavirus”);
- la l. 5 maggio 2022, n. 44 (recante “Istituzione della Giornata nazionale della memoria e del sacrificio degli Alpini”).

Si tratta di una vera e propria inflazione di “giornate della memoria”, che desta più d’una preoccupazione. Le profonde divisioni dell’opinione pubblica sulla possibile lettura del passato rendono ormai particolarmente delicata la scelta di cosa, quando e come commemorare, con la conseguenza paradossale che iniziative pensate per unire la comunità nazionale attorno a ricordi condivisi e comuni si sono rovesciate nel loro contrario, finendo per diventare occasioni di controversia e di divisione.

Per ragioni (politiche) facilmente comprensibili, le polemiche più accese hanno riguardato la memoria della persecuzione degli ebrei e quella delle foibe, ma credo che per dare la misura dei problemi posti dalle leggi memoriali e della confusione del relativo dibattito sia opportuno soffermarsi solo sulla più recente e apparentemente innocua, cioè su quella che istituisce la “Giornata nazionale della memoria e del sacrificio degli Alpini”).

La polemica¹³⁰, stavolta, ha riguardato la scelta della data, che la legge ha identificato nel 26 gennaio, giorno (nel 1943) della battaglia di Nikolajewka. Secondo alcuni esponenti politici si sarebbe trattato di una scelta improvvida, perché l’episodio bellico cui si riferisce si era verificato pur sempre nel contesto di una guerra di aggressione, quale quella dell’Italia fascista all’Unione Sovietica. Quel che maggiormente colpisce, però, è che le stesse critiche siano venute anche dall’ambiente degli storici, come dimostra una lettera¹³¹ dei Presidenti e dei Direttivi di tre importanti loro società (SISSCO, SISEM e SISMED), indirizzata ai Presidenti dei due rami del Parlamento. Oltre a manifestare preoccupazione per “la crescente e spesso casuale attività legislativa volta a riscrivere, infittendolo, il calendario civile italiano, spesso con l’esito discutibile di stabilire verità di stato che nuocciono al libero esercizio della ricerca storica [...]”, vi si scrive che, proprio in ragione del fatto che la battaglia di Nikolajewka si era svolta “all’interno di una guerra di aggressione dell’Italia fascista [...], sarebbe stato opportuno scegliere altre date”, che avrebbero potuto rendere “la celebrazione una condivisa espressione del profondo e duraturo legame degli Alpini con la società nazionale e internazionale”.

L’autorevolezza della fonte impone di prendere molto sul serio la critica, ma è lecito nutrire non poche perplessità sia su quanto la lettera dice sia su quanto essa non dice.

¹³⁰ Ricostruita da S. NAZZI, *Le polemiche sulla data scelta per celebrare gli alpini*, ne *Il Post* del 15 aprile 2022, leggibile in rete all’indirizzo <https://www.ilpost.it/2022/04/15/le-polemiche-sulla-data-scelta-per-celebrare-gli-alpini/>.

¹³¹ Leggibile in rete all’indirizzo <https://www.sissco.it/articoli/lettera-delle-societa-storiche-sullistituzione-della-giornata-nazionale-degli-alpini/>.

Sorprende, anzitutto, che la lettera non dica nulla sul profilo più sconcertante della l. n. 44 del 2022, che non è la scelta della data del 26 gennaio, ma la dichiarazione che il fine della Giornata degli Alpini sarebbe quello non solo di “conservare la memoria dell’eroismo dimostrato dal Corpo d’armata alpino nella battaglia di Nikolajewka durante la seconda guerra mondiale”, ma anche quello di “promuovere i valori della difesa della sovranità e dell’interesse nazionale nonché dell’etica della partecipazione civile, della solidarietà e del volontariato, che gli alpini incarnano”. Cosa mai c’entrino i “valori della difesa della sovranità e dell’interesse nazionale” con la Giornata degli Alpini lo sa, a dire il vero, solo Domineddio. E solo Domineddio sa in quale senso filosofico e giuridico si parli qui di “valori”. Non la scelta del 26 gennaio, dunque, ma la proclamazione di simili assurdità, sulle quali invece si è taciuto, avrebbe dovuto scandalizzare, a mio modesto parere, i mittenti della lettera.

Più delicata la questione concernente quanto la lettera dice. Che Nikolajewka sia stata un episodio di una guerra di aggressione è evidente. Lo è meno la sua leggibilità esclusivamente in questa chiave, almeno quando se ne percorrono i resoconti e le narrazioni¹³². Si sa bene che lo sfondamento del fronte del Don con l’operazione Piccolo Saturno non segnò soltanto la sorte della 6^a Armata tedesca, poi definitivamente intrappolata a Stalingrado a causa della sopravvenuta impraticabilità di qualunque operazione di soccorso¹³³, ma anche il collasso dell’ARMIR. Le divisioni di fanteria (3^a Celere, Cosseria, Pasubio, Ravenna, Sforzesca, Torino, Vicenza)¹³⁴ e quelle del Corpo d’armata alpino (Cuneense, Julia, Tridentina) che la componevano furono travolte dall’impeto dell’offensiva sovietica (“un insieme senza precedenti di forze mobili”)¹³⁵ e iniziarono una lunghissima marcia verso Ovest, una “ritirata disastrosa”¹³⁶, che si risolse in una sequenza di rotture dei successivi accerchiamenti operati dall’Armata Rossa e dai partigiani sovietici. Rotture di cui furono protagonisti proprio gli alpini, perché, salve poche eccezioni, solo gli alpini (anzi: solo alcuni dei loro reparti) erano rimasti davvero operativi¹³⁷. Nikolajewka fu l’ultimo atto della ritirata e fu quello risolutivo, che consentì

¹³² La letteratura sulla ritirata di Russia in generale e su Nikolajewka in particolare è sterminata (e di diseguale valore). Fra i moltissimi contributi, si possono vedere N. REVELLI, *Mai tardi. Diario di un alpino in Russia*, Torino, Einaudi, 2020 (1^a ed. 1967), spec. 166 sgg.; M. RIGONI STERN, *Il sergente nella neve. Ricordi della ritirata di Russia*, Torino, Einaudi, 1990 (1^a ed. 1953), spec. 126 sgg.; C. MOSCIONI NEGRI, *I lunghi fucili. Ricordi della guerra di Russia*, Bologna, Il Mulino, 2005, spec. 117 sgg.; G. BEDESCHI, *Centomila gavette di ghiaccio*, Milano, Mursia, 1963, spec. 348 sgg.; ID., *Nikolajewka: c’ero anch’io*, 6^a ed., Milano, Mursia, 2017, *passim*; A. CARUSO, *Tutti i vivi all’assalto*, Milano, Longanesi, 2003, spec. 283 sgg.; ID., *Una lunga penna nera. Storia di eroismo e fratellanza*, Milano, Piemme, 2019, spec. 231 sgg.; E. CORRADI, *La ritirata di Russia*, Milano, Mursia, 2016, spec. 142 sgg.

¹³³ Questo effetto dell’operazione Piccolo Saturno sembra indiscutibile. V., ad es., A. BEEVOR, *Stalingrad*, London, Penguin, 1998, trad. it. di S. Mancini, *Stalingrado*, Milano, RCS, 2022, 338.

¹³⁴ La 3^a Celere, per la verità, era in parte ippotrainata e in parte meccanizzata.

¹³⁵ D.M. GLANTZ – J. HOUSE, *When Titans Clashed. How the Red Army Stopped Hitler*, Lawrence, Univ. Press of Kansas, 1995, trad. it. di G. Maini e M. Pagliano, *La grande guerra patriottica dell’Armata Rossa. 1941-1945*, Gorizia, Leg, 2010, 210.

¹³⁶ N. REVELLI, *L’ultimo fronte. Lettere di soldati caduti o dispersi nella seconda guerra mondiale*, Torino, Einaudi, 1989 (ma 1^a ed. 1971), XIII.

¹³⁷ “I reparti cosiddetti «organici» della Tridentina hanno il compito di sfondare, di rompere i vari sbarramenti che i russi organizzano di continuo”, ricorda N. REVELLI, *Le due guerre. Guerra fascista e guerra partigiana*, Torino, Einaudi, 2003, 109.

a quanto rimaneva delle divisioni schierate sul Don di ritornare a casa¹³⁸. Quanto accadde a Nikolajewka e durante la ritirata ha i toni del racconto mitico e non si possono leggere le testimonianze di chi visse quelle esperienze senza provare una stretta al cuore. Mi sembra difficile che ricordare la ritirata di Russia e il suo episodio conclusivo possa costituire un indebito tributo a una guerra d'aggressione, quando – semmai – è la premessa del più netto atto d'accusa al fascismo e alla sua politica che si possa formulare: chiunque apprenda qualcosa di quegli eventi non può fare a meno di chiedersi come sia possibile provare oggi nostalgia per un regime che, con approssimazione logistica e miopia strategica inimmaginabili, mandò a morire così tanti ragazzi per un cinico ed errato calcolo di bassa cucina. Non solo. Proprio la ritirata di Russia, proprio Nikolajewka, fu il colpo che in molti di quei ragazzi fece scattare la molla della rivolta antifascista: i nomi di Nuto Revelli, di Mario Rigoni Stern e di Cristoforo Moscioni Negri sono i più noti, ma tantissimi maturarono o rafforzarono un convincimento antifascista proprio in occasione del tracollo del fronte del Don. Insomma, di Nikolajewka è possibile (e a mio parere doverosa) una lettura del tutto diversa, che l'emendi dal contesto (d'aggressione) in cui avvenne. “26 gennaio. Si leva il giorno del nostro ultimo combattimento [...]. Nascosti nell'abitato ci sono troppi cannoni anticarro e così i semoventi tedeschi non attaccheranno con noi [...]. Solo noi, sparuti, laceri e senza munizioni, attaccheremo con la decisione di sempre [...]. I genieri attaccano alla baionetta e si svolge una scena di sovrumana grandezza. I primi cadono continuamente falciati dalle granate e dalle raffiche, ma quelli dietro scavalcano i morti e procedono ancora. Cadono a loro volta e altri di nuovo avanzano [...]. Ma è inutile raccontare più a lungo [...]. Soltanto penso che non si debba dimenticare quanto è stato fatto nel bene e nel male onde serva di insegnamento verso il futuro. Per questo ho voluto ricordare, anche se mi è costato molto dolore [...]”¹³⁹. Queste parole di Cristoforo Moscioni Negri, ufficiale in Russia e partigiano al ritorno in Italia¹⁴⁰, a me sembra, di quella diversa e più esatta lettura sono la chiave.

Resta però degno della massima attenzione, nella posizione delle società storiche che ho segnalato, il forte richiamo all'inopportunità di un'azione politica volta a “riscrivere, infittendolo, il calendario civile italiano”. È giusto. La memoria è cosa preziosa e affastellare celebrazioni e memorie non è una pratica priva di costi e di conseguenti rischi.

La banalizzazione e la normalizzazione delle commemorazioni, anzitutto, che intaccano lo strumento principale della “memoria culturale”. Mentre la “memoria comunicativa” (che è informale, comprende i ricordi recenti ed è condivisa da un'intera generazione) non ne ha

¹³⁸ Come è noto, se la Tridentina seguì l'itinerario che la portò a Nikolajewka, Julia e Cuneense seguirono altri tracciati, rivelatisi (ma solo *a posteriori*: E. CORRADI, *La ritirata di Russia*, cit., 110) sbagliati e subirono un destino ancor più drammatico, non riuscendo a sfuggire all'accerchiamento, conclusosi il 28 gennaio 1943 a Valujki con la cattura degli ultimi superstiti (v., fra le molte analisi della vicenda, A. RASERO, *L'eroica “Cuneense”. Storia della divisione alpina martire*, 7^a ed., Milano, Mursia, 2019, spec. 369 sgg.).

¹³⁹ C. MOSCIONI NEGRI, *I lunghi fucili*, cit. I passi citati nel testo si trovano tra p. 117 e p. 128. Come non ricordare, poi, le parole di M. RIGONI STERN, *Il sergente nella neve*, cit., 139 (“Questo è stato il 26 gennaio 1943. I miei più cari amici mi hanno lasciato in quel giorno”) e di N. REVELLI, *Le due guerre*, cit. 111 (“È il sacrificio dei più generosi, è l'urto dei 40.000 disperati che rotolano verso il trincerone della ferrovia, a sbloccare la situazione”)?

¹⁴⁰ L'esperienza partigiana è narrata in C. MOSCIONI NEGRI, *Linea Gotica*, Bologna, Il Mulino, 2006. *ivi*, 7, l'*Introduzione* di U. Berti Arnoaldi ricorda come Moscioni Negri mettesse in strettissima correlazione l'esperienza militare in Russia e la decisione di partecipare attivamente (e con responsabilità di comando) alla guerra partigiana.

bisogno, quella culturale (che è istituzionalizzata, comprende i ricordi lontani e non fa riferimento a un vissuto condiviso) non può prescindere¹⁴¹. Tuttavia, riti e commemorazioni assolvono alla loro funzione solo se sono caratterizzati dall'eccezionalità, solo – cioè – se inerisce loro un “qualcosa di festivo, di extraquotidiano”¹⁴², che viene meno con la proliferazione delle scadenze memoriali¹⁴³.

Poi l'indebolimento delle precedenti costruzioni memoriali. Se la formazione di nuovi ricordi va di pari passo con l'oblio dei precedenti, la moltiplicazione delle occasioni di ricordo collettivo trasforma in fragile ciò che prima era saldo e rende scarsamente percettibili e, specie per le generazioni più giovani, il posizionamento delle varie celebrazioni lungo quella scala gerarchica dei ricordi che inevitabilmente si forma e si trasforma in ragione delle variabili esigenze della comunità politica che li condivide.

Il rischio, ancora, della trasformazione delle occasioni celebrative in momenti di disintegrazione, anche qui contraddicendo la loro stessa funzione¹⁴⁴. Si tratta di un esito estremo, certo, ma, quand'anche non si verificasse, un terreno memoriale (comune almeno a una maggioranza) eccessivamente esteso finirebbe per inverare una “tendenza a imporre una visione consensuale della storia, che occulta i conflitti, il dominio, le rivolte e le resistenze”¹⁴⁵. Il che, del resto, a fronte della “progressiva atomizzazione della memoria comunitaria in memorie private”¹⁴⁶, non si sa bene a quali mai approdi potrebbe condurre.

Infine la lettura selettiva della storia: per quanto il calendario delle celebrazioni s'infittisca¹⁴⁷, resta impossibile celebrare tutti gli eventi che in astratto lo meriterebbero e la scelta delle celebrazioni e comunque degli atti memoriali finisce per dipendere dalla forza contrattuale dei vari gruppi che ne rivendicano l'adozione¹⁴⁸. Come si è osservato con giusta ironia, “Les Cathares et plus encore les protestants n'ont à ce jour pas bénéficié de toute l'attention du juriste pénitent”¹⁴⁹. E questo può condurre a esacerbare il sentimento identitario degli esclusi¹⁵⁰.

2.2.4. Le conseguenze giuridiche delle leggi memoriali.

¹⁴¹ Per la distinzione fra la memoria comunicativa e la memoria culturale, v. J. ASSMANN, *La memoria culturale*, cit., 24 sg.

¹⁴² J. ASSMANN, *La memoria culturale*, cit., 27. Questo è evidente soprattutto nelle società prive di scrittura (ivi, 31), ma è comunque una caratteristica generale della memoria culturale (ivi, 32).

¹⁴³ Tra i giuristi avverte il problema A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, cit., 11; 32.

¹⁴⁴ Infatti, “ogni ricordo e ogni oblio può essere usato come un'arma che ferisce [...]” J. LUTHER, *Il diritto alla memoria come diritto culturale dell'uomo nella democrazia*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, ES, 2016, 2115.

¹⁴⁵ A. BRAZZODURO, *Una storia di Stato?*, cit., 19 dell'estr.; analogamente, A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, cit., 13.

¹⁴⁶ V., tra i molti, A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria*, cit., 81.

¹⁴⁷ Trascendendo assai quelle – doverose – della Costituzione, sulle quali v. I. CIOLLI, *Storia degli anniversari*, cit., *passim*.

¹⁴⁸ Così, fra i molti, J. CHEVALLIER, *Droit et mémoire*, cit., 652.

¹⁴⁹ P. FRAISSEIX, *Le Droit mémoriel*, in *RFDC*, n. 3/2006, 488.

¹⁵⁰ L'osservazione è di E. CARTIER, *Histoire et droit*, cit., 528.

Le cose si complicano ulteriormente quando il legislatore (o, peggio ancora, il costituente)¹⁵¹ non solo “s’immisce plus directement sur le terrain de l’historien”¹⁵², ma, oltre a sollecitare il ricordo di fatti o persone, impone esso stesso una certa lettura della storia¹⁵³, delegittimando le altre o, eventualmente, sanzionando il c.d. “negazionismo” (cioè la negazione di fatti storici che, invece, si ritiene si siano inoppugnabilmente verificati).

In genere, il fine di queste leggi (non ancora scrutinate dalla Corte costituzionale italiana, ma verso le quali in alcune giurisdizioni costituzionali si è manifestata una “désapprobation de principe”)¹⁵⁴ è condivisibile, consistendo nella lotta alle assurdità dei vari revisionismi storici che negano, ad esempio, la Shoah, le Fosse di Katyn, le foibe, l’eccidio della Divisione Acqui a Cefalonia o le stragi dei Khmer. Il mezzo, tuttavia, è discutibile. Lo è sul piano pratico, perché mai nessuna legge potrà impedire la formazione di convincimenti falsi, che solo l’educazione e lo studio possono prevenire. E lo è sul piano giuridico, perché una volta che si consente al legislatore di imporre un “dovere di memoria”¹⁵⁵, di trasformare la storia in norma, la libertà della ricerca scientifica è compromessa¹⁵⁶ e non si è più certi del limite sin cui la legge potrebbe spingersi: “un’opinione pubblica che si predispone ad affidare allo Stato la repressione di ciò che considera scandaloso, compie un passo terribilmente pericoloso, che semina germi potenti di illiberalismo”¹⁵⁷. Da questa “dérive historicide du droit”¹⁵⁸, insomma, c’è ben poco da guadagnare.

Abbiamo visto che nell’ordinamento giuridico italiano le leggi memoriali sono, ormai, numerose, ma raramente esse sono assistite da sanzioni contro il negazionismo o la minimizzazione di qualche evento storico. Fa eccezione l’art. 604-*bis* cod. pen. (nel testo novellato dal d. lgs. 1° marzo 2018, n. 21).

Questo articolo contiene una complessa pluralità di disposizioni e disciplina la “Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa”. Esso stabilisce, al comma 1, che “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

¹⁵¹ Il rischio che in questi casi la Costituzione invada un territorio che non le è proprio è denunciato da A. VIDAL-NAQUET – M. BONNET – J. PADOVANI, *Avant-propos*, in AA.VV., *Constitution et passé*, cit., 3 del dattiloscritto: “Le discours constitutionnel se métamorphose alors: il n’est plus mémoire, mais se veut histoire, dont il impose la vérité et interdit la contestation”.

¹⁵² J. CHEVALLIER, *Droit et mémoire*, cit., 650.

¹⁵³ In questo caso le leggi si trasformano in “textes par lesquels le législateur précise ou fait sienne la qualification d’un événement passé”: A. MORANDO, *Le traitement des lois mémorielles par les cours constitutionnelles*, in AA.VV., *Constitution et passé*, cit., 2 del dattiloscritto.

¹⁵⁴ A.-C. FOIRRY, *Lois mémorielles, normativité et liberté d’expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Un équilibre complexe et des évolutions possibles*, in *Pouvoirs*, 2012, 156.

¹⁵⁵ Sul quale v., criticamente, A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, cit., spec. 11 sgg.; I. SPIGNO, *Ancora sulle lois mémorielles: la parola del Conseil constitutionnel sull’antinegazionismo*, in *Diritti comparati*, 19 marzo 2012, 6; A. BRAZZODURO, *Una storia di Stato?*, cit., 7 dell’estr.

¹⁵⁶ Analogamente, E. CARTIER, *Histoire et droit*, cit., 529.

¹⁵⁷ M.L. SALVADORI, *Irving, Calderoli e il libero pensiero*, ne *La Repubblica* del 23 febbraio 2006. Lascia dubbiosi, dunque, l’idea della necessaria costruzione di una “memoria universale” patrocinata, ad es., da E. CASTORINA, *Spunti di discussione in tema di “memoria collettiva” nelle democrazie pluraliste*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 maggio 2013, 9, accessibile online.

¹⁵⁸ L’espressione è di E. CARTIER, *Histoire et droit*, cit., 528.

b) *con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*".

Lo stesso articolo, poi, al comma 2, dispone che *"È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni"*.

Infine, al comma 3, stabilisce che *"Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale"*.

È ovviamente quest'ultima previsione (abbastanza chiaramente ricalcata su quella analoga della francese "loi Gayssot" del 13 luglio 1990) che maggiormente ci interessa in questa sede, ma è bene fare qualche cenno ai gravi problemi che sono posti anche dalle altre.

Il tema di fondo è quello della repressione penale del "discorso d'odio". Molti anni addietro (prima – cioè – dell'entrata in vigore della l. n. 654 del 1975, che ha autorizzato la ratifica della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*), il "discorso d'odio" poteva essere punito solo se si risolveva nella concreta induzione o istigazione alla commissione di un reato. Oggi, invece, basta anche la semplice *"propaganda [di] idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico"*. La cosa (anche perché i concetti di "diffusione" e di "propaganda" delle idee razziste, in giurisprudenza, sono ritenuti equivalenti)¹⁵⁹ pone non pochi interrogativi sul piano della legalità delle pene, che la Corte costituzionale ha ritenuto principio fondamentale della nostra Costituzione, sottratto alle deroghe da parte dello stesso diritto dell'Unione europea¹⁶⁰.

Non è questa la sede per esaminare quegli interrogativi e le risposte che sono state date dalla giurisprudenza¹⁶¹, ma è evidente che l'abbandono del terreno sicuro dell'induzione e dell'istigazione al reato (che sono la medesima cosa, in quanto *"istigazione altro non è che l'incitamento a commettere atti riprovevoli"*)¹⁶², sul quale prima ci si muoveva, pone non pochi problemi in termini di certezza del diritto e di chiarezza della fattispecie penale.

¹⁵⁹ Cass. pen., Sez. III, 7 maggio 2008, n. 35781.

¹⁶⁰ Il riferimento, va, ovviamente, a due notissime pronunce (ord. n. 24 del 2017 e sent. n. 115 del 2018), che hanno chiuso, affermando fondamentali principi di civiltà giuridica, quel delicato caso *Taricco* che era stato aperto dall'errata sent. CGUE, Grande sezione, 8 settembre 2015, causa C-105/14).

¹⁶¹ Rinvio, per questo, al mio *Italia*, in AA. Vv., *La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato*, a cura del Servizio Ricerca del Parlamento europeo – Unità Biblioteca di diritto comparato, Bruxelles, Unione Europea, 2019, 45 sgg.

¹⁶² Così la cit. sent. Cass. pen., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906, che riprende la sent. Cass. pen., Sez. III, 7 maggio 2008, n. 35781.

Per quanto riguarda in particolare il terzo comma, poi, è evidente che siamo di fronte a un fatto storico (la Shoah) del tutto eccezionale e la cui negazione è davvero insopportabile¹⁶³. Non si può fare a meno di notare, però, che proprio questa eccezionalità avrebbe dovuto suggerire prudenza nell'allargamento della repressione penale a ipotesi di reato molto più labili e indefinite come quelle che si riferiscono alla negazione o alla grave minimizzazione anche "dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra". Anche qui c'è da chiedersi se una repressione penale così indeterminata (nonostante il rinvio alle previsioni dello Statuto della Corte penale internazionale) sia compatibile con il principio di legalità delle pene, ma anche se essa serva davvero, perché la questione è culturale e un ignorante resta tale anche se l'ignoranza è vietata *ex lege*¹⁶⁴.

Infine, è interessante notare che il legislatore e (soprattutto) la giurisprudenza hanno ritenuto che l'odio razziale possa essere alimentato non solo da un'indebita negazione della memoria, ma anche da un suo indebito rafforzamento. Così, la sent. Cass. pen., Sez. I, 4 marzo 2009, n. 25184, testualmente ripresa dalla sent. Cass. pen., Sez. I, 16 maggio 2019, n. 21409, ha affermato che "Il cosiddetto «saluto romano» o «saluto fascista» è una manifestazione esteriore propria o usuale di organizzazioni o gruppi indicati nel D.L. 26 aprile 1993, n. 122 [...] e inequivocabilmente diretti a favorire la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico". Questa giurisprudenza, a ben vedere, ha considerato il razzismo una componente essenziale del fascismo, concludendo nel senso che le manifestazioni apologetiche di quell'ideologia presuppongono *in sé* l'adesione a idee fondate sull'odio razziale o etnico. Un passaggio, questo, logico e assai meno azzardato di quanto appaia a prima vista, considerata la matrice antifascista della Costituzione italiana¹⁶⁵, formalizzata nella XII Disposizione finale e transitoria.

3. Storia, memoria e interpretazione giuridico-costituzionale.

La Costituzione, appunto. Quando ha a che fare con la Costituzione l'interprete s'avvede facilmente che la prospettiva della storia assume una rilevanza sconosciuta alle più numerose evenienze in cui egli è chiamato a misurarsi con l'interpretazione delle fonti subordinate: è la stessa stabilità (e talora vetustà) della Costituzione che rende inconcepibile un'interpretazione costituzionale dimentica del dato storico. Ma non è solo questo. Per quanto si possa tentare di differenziare storia e memoria, la prospettiva storica che l'interpretazione costituzionale deve assumere è fatalmente anche prospettiva memoriale, perché l'eccedenza

¹⁶³ Una valutazione critica delle modalità con le quali la legge ne ha disposto la commemorazione in A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, cit., 22 sgg., che parla anche di una "smemoratezza patteggiata" quanto al difettoso riconoscimento delle responsabilità italiane nello sterminio degli ebrei (ivi, 31).

¹⁶⁴ Diffuso è il riconoscimento della debole efficacia delle leggi memoriali. Da ultimo, A. MORANDO, *Le traitement des lois mémorielles*, cit., 15 del dattiloscritto.

¹⁶⁵ Sulla quale v. almeno L. PALADIN, *Fascismo*, II, *Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, Giuffrè, 1967, 887 ss.; A. BALDASSARRE, *La costruzione del paradigma antifascista e la Costituzione repubblicana*, in *Probl. del soc.*, 1986, 10 ss.; M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1991, 183 ss.

assiologica della Costituzione sollecita la considerazione anche del patrimonio memoriale, sul quale i valori della comunità politica – che la Costituzione positivizza in principi giuridici – sono assisi.

Il tema è stato recentemente al centro di un notevole dibattito in occasione della pubblicazione della discussa sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 24 giugno 2022, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022). Si deve però considerare che, se l'oggetto della pronuncia (l'aborto) ha attirato l'attenzione dell'opinione pubblica internazionale, le premesse teoriche della decisione della Corte erano già state enunciate, con ancor maggiore chiarezza, subito prima (il 23 giugno 2022), in *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022)¹⁶⁶.

In *NYSRPA* l'argomentazione rielabora i due pilastri sui quali si reggeva la precedente giurisprudenza delle Corti inferiori, che la Corte Suprema ora parzialmente rigetta, cioè il “*two-step*” framework for analyzing Second Amendment challenges that combines history with means-end scrutiny” (p. 8). Oggi il primo pilastro è confermato, ma il secondo no: “*Despite the popularity of this two-step approach, it is one step too many*” (p. 10). Più in dettaglio: l'argomento storico (preceduto, invero, a p. 11, da quello testuale) è confermato, mentre il test del rapporto mezzi-fini è rigettato, perché “*reliance on history to inform the meaning of constitutional text – especially text meant to codify a pre-existing right – is, in our view, more legitimate, and more administrable, than asking judges to «make difficult empirical judgments» about «the costs and benefits of firearms restrictions», especially given their «lack [of] expertise» in the field*. Id. [cioè *McDonald*, 561 U. S.], at 790–791 (plurality opinion)” (p. 13). Si mescolano, dunque, come era fatale che fosse, una teoria dell'interpretazione costituzionale e una teoria dei rapporti fra legislatore e giudice: la prima conduce a valorizzare la storia; la seconda a contenere valutazioni e bilanciamenti del giudice che si sovrappongano a (o sostituiscono) quelli compiuti dal legislatore.

Dobbs va esattamente nella stessa direzione. Anche qui la Corte si dichiara “*guided by the history and tradition*” (p. 14); anche qui, di fronte alle argomentazioni delle parti a proposito degli “*effects of the abortion right on the lives of women*” o dello “*status of the fetus*”, la Corte Suprema alza una barriera: “*This Court has neither the authority nor the expertise to adjudicate those disputes*” e la sua decisione è nel senso di rimettere “*the issue of abortion to those legislative bodies, and it allows women on both sides of the abortion issue to seek to affect the legislative process by influencing public opinion, lobbying legislators, voting, and running for office*” (p. 65). Precisamente la stessa linea motivazionale, mi sembra, per quanto – ripeto – forse enunciata in forme meno nitide.

La questione, vista nella prospettiva di queste pronunce e della discussione che n'è seguita, è dunque, quella del c.d. “originalismo”, ma il tema, in realtà, è molto più ampio e, oltre a toccare la questione della divisione dei poteri e del rapporto fra giudice e legislatore¹⁶⁷,

¹⁶⁶ Le citazioni sono incomplete perché la versione a stampa non è ancora disponibile.

¹⁶⁷ Questo è l'aspetto colto, con rigore, da N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, leggibile al Sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Il collegamento fra teoria dell'interpretazione e concezione dei rapporti fra poteri è a mio avviso inevitabile e il farlo non comporta “una politica dell'originalismo che usa (anche) il

abbraccia, preliminarmente, la scelta di fondo fra interpretazione soggettiva e interpretazione oggettiva delle fonti-atto. Da tale scelta dobbiamo partire.

3.1. Fra testo legislativo e intenzione del legislatore: la posizione di Savigny.

L'interpretazione oggettiva di un testo di legge identifica il significato *della legge*. L'interpretazione soggettiva identifica il significato voluto *dal legislatore*. La preferenza per l'una o per l'altra è fatta sovente discendere dall'idea di interpretazione nella quale ci si riconosce e in particolare dallo scopo che all'interpretazione si assegna¹⁶⁸. Si tratta, però, di un errore di prospettiva.

Nel diffuso disaccordo su cosa sia l'attività che chiamiamo "*interpretazione della legge*", si deve convenire almeno su un punto: ch'essa venga *dopo* l'attività che chiamiamo "*produzione della legge*". Se nessuno producesse la legge, logicamente, nessuno potrebbe interpretarla. L'interpretazione della legge è dunque attività *ancillare* a quella della sua produzione e lo è per una ragione puramente *logica e cronologica*: interrogarsi – invece – sull'esistenza o meno di un primato (oltre che *politico*, qual è tipicamente il suo) *assiologico* della produzione o – viceversa – di una dignità del *δικαστής* maggiore di quella del *νομοθέτης*, francamente, non ha molto senso. Ha senso, invece, constatare l'errore prospettico che ho denunciato. Data l'anteriorità logica e cronologica della produzione, la preferenza per l'interpretazione soggettiva o per quella oggettiva non può farsi risalire allo scopo che s'assegna all'*interpretazione*, ma dovrebbe rimontare a quello che s'assegna alla *legislazione*, proprio perché questa viene, logicamente e cronologicamente, prima. Vediamo, allora, di cosa si tratta.

I *motivi* della legislazione possono essere i più vari, ma la sua *funzione* è una e una soltanto, poiché colui cui è affidato il potere di legiferare è chiamato a regolare casi della vita, rapporti fra esseri umani, relazioni sociali. E costui, quando legifera, legifera in un modo o nell'altro perché ha l'*intenzione* di regolarli – quei casi, rapporti, relazioni – in un certo modo, appunto, e non in altro. Ne viene dunque che, a prima vista, compito dell'interprete parrebbe essere l'accertamento (la ricostruzione) di quella intenzione. Ma è proprio così? Una pagina assai nota di Savigny, che ha profondamente orientato la successiva discussione scientifica, sembra confortare questa iniziale impressione¹⁶⁹.

metodo interpretativo per soddisfare parametri di legittimità stabiliti da una visione d'insieme, dell'ordinamento e dei rapporti tra istituzioni di governo ed organi di giustizia costituzionale" (così, invece, C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, leggibile *ivi*: cors. nell'orig.).

¹⁶⁸ V., ad es., G. BITTER – T. RAUHUT, *Grundzüge zivilrechtlicher Methodik – Schlüssel zu einer gelungenen Fallbearbeitung*, in *Jus*, n. 4/2009, 292.

¹⁶⁹ Vale la pena di riportare per intero e tutto di seguito il passo: "Jedes Gesetz ist dazu bestimmt, die Natur eines Rechtsverhältnisses festzustellen, also irgend einen Gedanken (sey er einfach oder zusammengesetzt) auszusprechen, wodurch das Daseyn jenes Rechtsverhältnisses gegen Irrthum und Willkühr gesichert werde. Soll dieser Zweck erreicht werden, so müssen Die, welche mit dem Rechtsverhältnis in Berührung kommen, jenen Gedanken rein und vollständig auffassen. Dieses geschieht, indem sie sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen, und dessen Thätigkeit in sich künstlich wiederholen, also das Gesetz in ihrem Denken von Neuem entstehen lassen. Das ist das Geschäft der Auslegung, die wir daher bestimmen können als die Reconstruction des dem Gesetze innewohnenden Gedankens. Nur auf diese Weise ist es möglich, eine sichere

Scriveva Savigny, nell'edizione del 1840 del *System des heutigen Römischen Rechts*, che "Jedes Gesetz ist dazu bestimmt, die Natur eines Rechtsverhältnisses festzustellen, also irgend einen Gedanken [...] auszusprechen [...]" ("Ogni legge è destinata a determinare la natura di un rapporto giuridico, dunque a [...] esprimere un qualsivoglia pensiero")¹⁷⁰. Pertanto, "müssen Die, welche mit dem Rechtsverhältnis in Berührung kommen, jenen Gedanken *rein und vollständig* auffassen" ("coloro che entrano in contatto col rapporto giuridico devono interpretare quel pensiero *puramente e compiutamente*")¹⁷¹. E ciò accade quando essi "sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen, und dessen Thätigkeit in sich künstlich wiederholen, also das Gesetz in ihrem Denken von Neuem entstehen lassen" ("si mettono nel pensiero dal punto di vista del legislatore e ripetono artificialmente in se stessi la sua attività, dunque lasciano sorgere di nuovo la legge nel proprio pensiero")¹⁷². La conclusione era che "Das ist das Geschäft der Auslegung, die wir daher bestimmen können als die *Reconstruction des dem Gesetze innewohnenden Gedankens*" ("Questo è il compito dell'interpretazione, che pertanto possiamo qualificare come la *ricostruzione del pensiero inerente alla legge*")¹⁷³. Infatti, "Nur auf diese Weise ist es möglich, eine sichere und vollständige Einsicht in den *Inhalt des Gesetzes* zu erlangen, und nur so ist daher der *Zweck des Gesetzes* zu erreichen" ("Solo in questo modo è possibile ottenere un accesso sicuro e compiuto al *contenuto della legge*, e solo così deve dunque conseguirsi lo *scopo della legge*")¹⁷⁴.

Leggendo questa pagina si comprende perché Savigny sia sovente considerato il capostipite dei teorici dell'interpretazione soggettiva. Mi permetto di richiamare l'attenzione, in particolare, su un aggettivo (meglio: su una voce verbale, un participio) come "innewohnend". Come in genere si fa, l'ho reso con "inerente" e ho dunque parlato di pensiero "inerente" alla legge. Tuttavia, il tedesco "innewohnend" pare esprimere una ben più impegnativa allusione a qualcosa che "inabita" la legge, facendo intendere che se la legge è il luogo ospitante il pensiero dell'autore all'interprete non spetta altro che ricostruire ciò che ivi è ospitato, cioè il pensiero e la volontà del legislatore storico.

Eppure le cose non sono così semplici. E non lo sono tanto solo nella prospettiva particolare del pensiero dello stesso Savigny quanto – e soprattutto – in quella generale della pertinenza o meno del richiamo allo scopo delle attività in giuoco (della produzione, cioè, e dell'interpretazione) nella definizione di una teoria e di una pratica dell'interpretazione. Di questa seconda questione dirò al paragrafo che segue. Ora vediamo la prima.

Che Savigny sia unilateralmente orientato verso la c.d. interpretazione soggettiva è in realtà discutibile. Non trascurerei, infatti, il dato che, in uno dei passaggi che ho riportato, s'indichi che il "contenuto" e la "volontà" che s'intende accertare sono quelli "della legge". Né quello che, per lui, a consentire il passaggio dal pensiero del legislatore alla nostra capacità

und vollständige Einsicht in den Inhalt des Gesetzes zu erlangen, und nur so ist daher der Zweck des Gesetzes zu erreichen" (F.C. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, Veit, 1840, 212 sg.). Le traduzioni nel testo sono mie.

¹⁷⁰ F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 212.

¹⁷¹ F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 212 sg. (cors. mio).

¹⁷² F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 213.

¹⁷³ F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 213 (cors. mio).

¹⁷⁴ F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 213 (cors. mio).

cognitiva sia la parola scritta¹⁷⁵, il che sta a dire che questa è un *medium* imprescindibile, dal quale l'accertamento della stessa volizione legislativa essenzialmente dipende. E nemmeno la sua classica distinzione fra i quattro elementi dell'interpretazione (grammaticale, logico, storico, sistematico)¹⁷⁶, i quali non sono quattro distinti tipi di interpretazione fra i quali poter scegliere a proprio gusto e arbitrio ("nach Geschmack und Belieben")¹⁷⁷, ma quattro attività da compiere assieme e da coordinare per raggiungere il risultato più corretto. Ora, se le cose stanno così, è giustificato il dubbio che per Savigny l'interpretazione oggettiva possa essere divisa da quella soggettiva con un netto taglio differenziatore. È più probabile, invece, che le due prospettive siano destinate a intrecciarsi, come del resto dimostra il fatto che nella sua sistematica l'interpretazione che denomina storica risulta avere il compito di accertare non già il processo volitivo, bensì le condizioni di fatto che il legislatore ha inteso regolare¹⁷⁸, il che sollecita la conclusione che per lui l'interprete debba guardare non solo e non tanto al *soggettivo voluto* legislativo, ma all'*oggettivo contesto* nel quale esso si è maturato.

3.2. Le relazioni fra interpretazione oggettiva e interpretazione soggettiva.

La posizione sostanzialmente eclettica e perplessa di Savigny si deve alle cose, non a un difetto della sua elaborazione teorica. Si deve, cioè, all'impossibilità, teorica e pratica, di operare una divisione netta fra interpretazione oggettiva e interpretazione soggettiva.

Ogni processo interpretativo, compreso quello della legge, implica una duplice contestualizzazione del testo, nel presente e nel passato. La contestualizzazione *in praeterito tempore* concerne la "considerazione della nomogenesi, cioè del modo come in origine la norma fu pensata e come i tipi di interessi in giuoco furono valutati e coordinati"¹⁷⁹. Come ha mostrato Betti, la considerazione del momento nomogenetico è ineliminabile, perché "la ricognizione della valutazione originaria, immanente e *latente nella lettera della legge* costituente la ratio iuris della norma, è indispensabile per accertare in qual misura essa abbia subito modificazioni col sopravvenire di mutamenti nell'ambiente sociale o di nuovi orientamenti nell'ordine giuridico"¹⁸⁰. In questo l'interpretazione della legge, pur con le importanti differenze che ora vedremo, esige il medesimo atteggiamento che deve in generale tenersi a fronte di atti spirituali altrui e si concretizza nell'esigenza di "ricostruirli in noi dal di dentro, ossia di trasferirci, noi, nello spirito delle persone che li posero in essere, per riconoscerli"¹⁸¹.

Un elemento di ricerca di dati soggettivi, pertanto, è ineliminabile, perché la ricostruzione da parte dell'interprete della "idea originaria della formula legislativa" è "cosa che pur

¹⁷⁵ F.C. V. SAVIGNY, *System*, cit., 213.

¹⁷⁶ F.C. V. SAVIGNY, *System*, cit., 213.

¹⁷⁷ F.C. V. SAVIGNY, *System*, cit., 215.

¹⁷⁸ F.C. V. SAVIGNY, *System*, cit., 214.

¹⁷⁹ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2^a ed. a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1971, 112.

¹⁸⁰ E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., 113 (cors. mio).

¹⁸¹ E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, ed. a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1990, I, 294.

deve fare¹⁸². Sennonché, nel caso dell'interpretazione della legge vi sono alcune peculiarità che altrove non si rinvengono e che inibiscono la riduzione dell'atto interpretativo ad accertamento della volizione significante del legislatore.

Non si tratta tanto delle tradizionali critiche che sono mosse all'interpretazione soggettiva: dell'idea che più ci si allontana dal momento temporale dell'emissione dell'enunciato legislativo meno ha senso la ricostruzione della volontà dell'autore¹⁸³; dell'inafferrabilità della volontà soggettiva a fronte di un processo volitivo collettivo¹⁸⁴; del rischio della "fissità dell'applicazione normativa"¹⁸⁵. Il vero punto è un altro e attiene al senso profondo della normazione legislativa, cui ora accenno, dando per presupposto quanto altrove ho cercato di dimostrare e che qui non posso nemmeno per sommi capi argomentare, cioè che: a) tra disposizione e norma non possa distinguersi; b) quella dell'interprete sia un'attività cognitiva; c) le proposizioni ch'egli enuncia siano aletiche¹⁸⁶.

Chi norma non s'impegna in un astratto esercizio intellettuale, ma compie un'attività *pratica*, intenzionalmente regolativa di rapporti sociali e di comportamenti umani. E a questa sua intenzione soggettiva s'unisce l'oggettiva funzione di tale attività, che è socialmente indirizzata a quello scopo e dalla quale ci si attende che di tale scopo operi il perseguimento e compia il raggiungimento. Ora, lo strumento che il legislatore possiede per onorare questa sua funzione sociale è proprio la legge, intesa quale fonte di norme. È attraverso le norme ch'egli regola ed è dunque dalle norme che i comportamenti permessi o dovuti devono desumersi. È per questo che è la norma che si presenta all'interprete come l'oggetto del suo atto cognitivo, sicché ciò che ne sta fuori non è diretto oggetto della cognizione, ma al più è strumento del quale essa si serve. La stessa ricognizione della *voluntas* soggettiva del legislatore, in questa prospettiva, è strumento e non direttamente oggetto, sicché l'interpretazione non può che essere oggettiva e non può avvalersi di quella soggettiva che come di un semplice (eppure irrinunciabile) ausilio.

Il procedimento seguito dalla normazione conferma questa conclusione. Se normare significa regolare rapporti sociali e comportamenti umani, la pubblicazione delle norme è imprescindibile, perché gli indirizzatari ne apprendono i contenuti unicamente attraverso quel passaggio procedimentale. Negli ordinamenti laici dell'Occidente diritto scritto e diritto pubblicato sono la medesima cosa, come attestano *antiquitus* i famosi passi dell'orazione *Sui misteri* di Andocide nei quali si dà conto non solo della necessaria pubblicazione delle leggi scritte

¹⁸² E. BETTI, *Teoria generale*, cit. II, 817.

¹⁸³ All'obiezione si potrebbe peraltro replicare ricordando la distinzione fra interpretazione soggettiva e interpretazione storica che, nei passi più avanti citati, ha proposto Riccardo Guastini.

¹⁸⁴ V., fra i molti, J.F. MANNING, *Without the Pretense of Legislative Intent*, *Harv. L. Rev.*, 2017, 2406. A questo proposito, tuttavia, A. ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevens, 1958, trad. it. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, rist. anast. della 3^a ed., Torino, Einaudi, 1973, 135, osserva esattamente che questa volontà collettiva può essere accertata in via di convenzione/finzione, considerando che chi ha votato passivamente, senza intervenire, ha in realtà approvato le motivazioni desumibili dai lavori preparatori.

¹⁸⁵ Nel testo si riportano le obiezioni di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 1980, 366 sg.

¹⁸⁶ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. – Annali*, Vol. IX, Milano, Giuffrè, 2016, 391 sgg. A questa "voce" è indirizzata la serrata critica di F. MODUGNO – A. LONGO, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Napoli, ES, 2021, cui non meno serratamente replica ora M. VIOLA, *Sulla distinzione tra disposizione e norma e l'interpretazione creatrice*, in *Dir. soc.*, 2021, 293 sgg.

nella *stoá*¹⁸⁷, ma anche dell'obbligazione dei magistrati a non dare applicazione, in nessun caso, a una legge non scritta (cioè – si badi – non pubblicata)¹⁸⁸. Orbene, questo originario collegamento fra scrittura delle norme e loro pubblicazione attesta che i consociati sono tenuti a conformarsi unicamente, tra le norme scritte, a quelle che sono pubblicate¹⁸⁹, con la conseguenza che non è possibile considerare regolativi dei rapporti sociali e dei comportamenti umani i documenti che alla norma sono estranei, in quanto essi, non essendo portati ufficialmente a conoscenza degli indirizzatari, non sono legittimati a produrre alcun diretto effetto di vincolo.

Si dimostra, così, che la pratica sociale che si articola in produzione e interpretazione ha per oggetto la norma e non altro, sicché l'interpretazione soggettiva ha senso solo se mira alla volontà del legislatore storico per mirare a sua volta, attraverso il suo accertamento, alla norma. Deve essere comunque chiaro che – come ha esattamente osservato Guastini in critica a Luigi Lombardi – l'interpretazione *soggettiva* non è necessariamente anche interpretazione fissamente *storica*. Se l'interpretazione storica intende accertare il significato della legge al tempo della sua entrata in vigore e quella evolutiva intende accertare il significato della legge al tempo in cui la si interpreta, sembra agevole concludere che alle due coppie è ben consentito intrecciarsi, sicché possiamo avere “una interpretazione oggettiva-storica e una interpretazione soggettiva-storica, una interpretazione letterale-storica e una letterale-evolutiva, e così via enumerando”. Infatti, è possibile “ascrivere ad un testo normativo un significato al contempo soggettivo ed evolutivo, facendo riferimento all'intenzione che si può congetturabilmente attribuire all'autorità normativa mediante un enunciato controfattuale del tipo «Se il legislatore avesse preso in esame la tale fattispecie, l'avrebbe disciplinata così-e-così», «Se avesse legiferato nelle circostanze presenti, avrebbe disposto così-e-così»”¹⁹⁰. La stessa sentenza della Corte USA sul diritto al porto delle armi, prima ricordata, lo riconosce, laddove afferma che “*Although its meaning is fixed according to the understandings of those who ratified it, the Constitution can, and must, apply to circumstances beyond those the Founders specifically anticipated*” (p. 19).

Ma torniamo al punto. Se l'elemento della pubblicazione è decisivo e destituisce di fondamento la pretesa dell'indirizzo soggettivo di prevalere su quello oggettivo, resta da chiedersi quale mai spazio possa residuare per l'interpretazione soggettiva, una volta che se ne sia dimostrata la recessività. La risposta sta nella corretta identificazione della nozione di “contesto”. Abbiamo visto che tale contesto è anzitutto quello, iniziale, della bettiana nomogenesi. Il testo della norma, prima ancora di calarsi nel contesto del momento applicativo e nelle relazioni materiali di sistema, è già ospitato dal contesto linguistico-formale e dal complesso del

¹⁸⁷ *Sui misteri*, 85: “Ἐδοκιμάσθησαν μὲν οὖν οἱ νόμοι, ὧ ἄνδρες, κατὰ τὸ ψήφισμα τοῦτί, τοὺς δὲ κυρωθέντας ἀνέγραψαν εἰς τὴν στοάν”.

¹⁸⁸ *Sui misteri*, 87: “ἀγράφῳ δὲ νόμῳ τὰς ἀρχὰς μὴ χρῆσθαι μηδὲ περὶ ἑνός”.

¹⁸⁹ Questo non significa che la legge approvata e non pubblicata non produca effetti giuridici rilevanti. Ma li produce non per forza propria, bensì in forza delle norme costituzionali (art. 87 Cost.) e primarie (d.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092, recante “Approvazione del testo unico delle disposizioni sulla promulgazione delle leggi, sulla emanazione dei decreti del Presidente della Repubblica e sulle pubblicazioni ufficiali della Repubblica italiana”) che regolano la promulgazione (o l'emanazione, per gli atti con forza di legge) prima e la pubblicazione poi.

¹⁹⁰ R. GUASTINI, *Discutendo*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo, Marcial Pons, 2017, 232, nt. 12.

co-testo identificato o comunque considerato dal legislatore al momento della produzione. Grazie a quel contesto e co-testo, operativo sul piano squisitamente linguistico-formale, si definiscono le prime condizioni di possibilità dell'interpretazione legislativa. Ciò dimostra che la norma non abbisogna del contesto del suo momento applicativo per essere interpretata e quando si dice che a illuminare la norma è solo il caso si fa una scelta teorica (ma con pesanti conseguenze pratiche) arrischiata, per non dire semplicemente errata.

Né le cose cambiano se dal contesto linguistico-formale si passa a quello materiale-sostanziale. Chi s'affida alle virtù "illuminanti" del caso appunta la propria attenzione unicamente sul contesto che si presenta all'interprete nel momento applicativo, ma trascura del tutto quello nel quale l'enunciato del legislatore è emesso (e inizialmente ricevuto!). L'enunciato del legislatore, invece, non nasce e non è "sospeso in un qualche vuoto cosmico"¹⁹¹, ma viene consapevolmente emesso in un preciso contesto, che è fattuale, storico e assiologico. Anzi, per essere precisi, l'*enunciato* è segnato dalla concretezza perché costituisce il contenuto di una specifica *enunciazione* da parte del legislatore, un'enunciazione che è piena di tutte le necessarie determinazioni di contesto, delle quali il legislatore – al di là di qualunque osservazione critica sulle conseguenze inintenzionali di azioni intenzionali¹⁹² – è consapevole, in quanto agente razionale che come tale deve essere trattato (pena la destituzione di fondamento dell'ordinamento tutto intero).

Solo una per me assai discutibile, ma diffusa, astrazione tratta il testo normativo non anche come una concreta enunciazione, bensì solo come un astratto enunciato, laddove si dovrebbe considerare che il processo interpretativo si lega anzitutto al contesto in cui l'enunciato ha avuto la sua prima enunciazione. In realtà, la *contestualizzazione* operante al tempo T⁰ (che è quello del legislatore) non va confusa con la diversa forma di contestualizzazione, che più correttamente dovrebbe dirsi *attualizzazione*, operante al tempo T¹ (che è quello dell'interprete-applicatore), che serve a verificare – sì – i nuovi dati giuridici e sociali nel frattempo maturatisi, ma sempre (vale, qui, una volta di più, Betti) per raffrontarli a quelli disponibili al momento della nomogenesi. Entrambe le due modalità di rapporto col tempo sono imposte dalla specificità dell'attività di interpretazione della legge, ma è agevole osservare che anche attività interpretative aventi altro oggetto non potrebbero sfuggirvi. Come sarebbe mai possibile obbedire all'imperativo che, nella finzione letteraria, Clio, Musa della storia, enunciò a Charles Péguy riguardo alla lettura di Omero ("Prenez Homère. Faites comme il faut toujours faire. Avec les plus grands [...]. Prenez le texte. Ne vous dites pas : C'est Homère. C'est le plus grand. C'est le plus vieux. C'est le patron. C'est le père. Il est le maître de tout [...]. Prenez le texte. Et qu'il n'y ait rien entre vous et le texte. Surtout qu'il n'y ait pas de mémoire [...]. Qu'il n'y ait aucune *histoire* entre vous et le texte [...]. Et permettez-moi de vous dire même ceci :

¹⁹¹ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011, 126.

¹⁹² V. soprattutto la "legge" della "*Heterogonie der Zwecke*": raramente i risultati raggiunti dall'agire umano corrispondono alle intenzioni dell'agente ("*Jedes nach Zwecken handelnde Wollen erreicht daher Zwecke, die nicht gewollt, weil nicht vorausgesehen waren*": W. WUNDT, *System der Philosophie*, 2^a ed., Leipzig, Engelmann, 1897, 328).

qu'il n'y ait entre le texte et vous en un sens Prenez le texte. Lisez comme si ce fût un volume sorti la semaine dernière de chez Émile-Paul [...]. Comme si ce fût la dernière nouveauté¹⁹³ ?

Lo spazio così assegnato all'interpretazione soggettiva, come si vede, è tutt'altro che irrilevante, ma non contraddice affatto, bensì conferma, la necessaria identificazione dell'interpretazione legislativa con l'interpretazione oggettiva. In tanto, infatti, l'interpretazione soggettiva rileva, in quanto, lungi dall'acquietarsi nell'accertamento della volontà del legislatore storico, l'interprete se ne serva a condizione che tale volontà si sia oggettivata nella norma. Significativamente Betti, nel passo che s'è riportato in precedenza, parla di una "ricognizione della valutazione originaria" che è "immanente e *latente nella lettera della legge*", a significare che è sempre la lettera, al postutto, che conta.

L'interpretazione soggettiva, pertanto, vale a chiarire il significato e la portata della norma, perché – come s'è visto – per coglierla *nella sua oggettività* è anzitutto nel contesto (e secondo il co-testo) identificato dal legislatore storico ch'essa va situata. Va da sé, dunque, che in difetto di una sua coerente oggettivazione nella norma la volontà soggettiva del legislatore resta irrilevante.

Chi volesse un esempio significativo potrebbe risalire alle vicende della revisione costituzionale del Titolo V operata nel 2001. Il nuovo testo dell'art. 117, comma 1, Cost., palesemente, avrebbe comportato il travolgimento del vecchio indirizzo sui rapporti fra legge e fonti internazionali pattizie, nel senso che il testo novellato implicava l'illegittimità costituzionale delle leggi in contrasto (oltre che – come era stato sino allora – col diritto internazionale generale) col diritto pattizio¹⁹⁴. Questa opinione fu contestata, nel corso dei lavori parlamentari, da Leopoldo Elia, allora senatore, il quale, in esplicita replica a chi scrive, sostenne che la nuova formulazione non avrebbe determinato "alcun contrasto con l'articolo 11 – già la superiorità del diritto eurounitario è acquisita da tempo nella giurisprudenza costituzionale – né con l'articolo 10, in quanto i vincoli da trattati liberamente ratificati si riconnettono alla norma generalmente riconosciuta dal diritto internazionale (*pacta sunt servanda*). Si tratterà, semmai, di essere più vigili ed esigenti in sede parlamentare di autorizzazione alle ratifiche, sull'esempio del Senato degli Stati Uniti"¹⁹⁵. Si sosteneva così l'idea che con la novella nulla di davvero sostanziale cambiasse. Come è noto, fatti passare alcuni anni di esitazione, la Corte costituzionale ha fatalmente (e correttamente) detto l'opposto. E l'ha detto perché il *testo* non consentiva conclusioni diverse, quale che fosse la *volontà* del legislatore storico. Infatti, scrisse la Corte, "*Prima della sua introduzione, l'inserimento delle norme internazionali pattizie nel sistema delle fonti del diritto italiano era tradizionalmente affidato, dalla dottrina prevalente e dalla stessa Corte costituzionale, alla legge di adattamento, avente normalmente rango di legge ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive. Da tale collocazione derivava, come naturale corollario, che le stesse norme non potevano essere assunte quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale*". Adesso, invece, le norme

¹⁹³ C. PÉGU, *Clio*, cit., 208 sg. (cors. nell'orig.).

¹⁹⁴ È quanto avevo sostenuto, nell'imminenza dell'approvazione del d.d.l. costituzionale, in M. LUCIANI, *Camicia di forza federale*, ne *La Stampa*, 3 marzo 2001.

¹⁹⁵ *Atti Senato, Resoconto* della seduta 8 marzo 2001, 49.

pattizie si trasformavano in parametri interposti e la loro violazione ridondava in violazione del novellato art. 117, comma 1, Cost.¹⁹⁶.

Impostato in questi termini il rapporto fra interpretazione soggettiva e interpretazione oggettiva vengono meno le ragioni della rigida contrapposizione tradizionale e le riflessioni sviluppate in dottrina sulle conseguenze dell'adesione all'una o all'altra si stemperano. Così, il ricorso all'interpretazione soggettiva, se concepito in funzione ancillare a quella oggettiva, non implica certo l'adesione all'imperativismo, al volontarismo, allo psicologismo¹⁹⁷. E una volta che le due siano integrate in un procedimento interpretativo unitario cessa di aver ragione l'idea che la prima ridurrebbe l'ambito di discrezionalità dell'interprete e la seconda, invece, l'amplierebbe¹⁹⁸.

3.3. Lavori preparatori, interpretazione della legge, interpretazione della Costituzione.

L'identità dell'oggetto dell'una e dell'altra (anche nel caso della Costituzione sempre di norme scritte – ovviamente negli ordinamenti come il nostro – si tratta) dimostra l'insussistenza di una differenza – diciamo così – ontologica fra interpretazione della legge e interpretazione della Costituzione¹⁹⁹. Non per questo, tuttavia, esse seguono moduli in tutto sovrapponibili. Il tema dell'uso dei lavori preparatori ne è una buona cartina tornasole.

Diverso è il rapporto che testo di legge e testo costituzionale intrattengono col tempo. Il testo costituzionale esprime l'accordo fondativo di strutturazione dell'ordinamento e, poiché fissa le regole fondamentali della comunità politica "allora per ora", esige dagli interpreti che essi mantengano il più possibile stabile la scelta politica sottesa alle norme costituzionali. Se la legge è fatta per durare, la Costituzione vuole molto di più e aspira a una vera e propria *eternità ordinamentale*, in quanto l'ordinamento che essa struttura sarà tale e vivrà come tale solo perché e fino a che *quella* Costituzione, nella sua specifica identità sostanziale, durerà. Di qui un'obbligazione di stabilità interpretativa maggiore di quella richiesta dalla legge e di più robusto ancoraggio alla *voluntas* dell'autore storico. Accade, dunque, l'esatto contrario di quanto assumono i teorici della *Verfassungswandlung*, i quali ritengono che proprio la (eventualmente) risalente vetustà delle norme costituzionali maggiormente le esponga a letture alternative, calibrate sulle esigenze della contemporaneità²⁰⁰.

¹⁹⁶ Corte cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007. Particolarmente significativi sembrano i passaggi della prima pronuncia (§§ 4.2 sgg. della parte motiva) in cui il novellato art. 117, comma 1, Cost., è fatto oggetto di un'interpretazione schiettamente lessicale.

¹⁹⁷ Almeno nella misura in cui l'accertamento dello scopo del *legislatore* serve a raggiungere l'accertamento dello scopo della *legge*, che molti considerano il criterio interpretativo sovraordinato a tutti gli altri (cfr., ad es., G. BITTER – T. RAUHUT, *Grundzüge*, cit., 295).

¹⁹⁸ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 135. Peraltro, non manca chi sostiene un'opinione esattamente opposta, rovesciando sull'interpretazione soggettiva la critica d'essere strumento di una eccessiva discrezionalità giurisdizionale: cfr., ad es., J.F. MANNING, *Without the Pretense*, cit., 2407, e non pochi altri AA. statunitensi. Tra questi spicca il nome di Antonin Scalia, sul cui pensiero v. in chiave assai critica, E.A. LISS, *Censoring Legislative History: Justice Scalia on the Use of Legislative History in Statutory Interpretation*, in *Nebraska L. Rev.*, 1993, 568 sgg.

¹⁹⁹ M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, spec. 17 sgg.

²⁰⁰ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 137.

La feroce discussione statunitense sull'originalismo nell'interpretazione costituzionale perde così di smalto. Per un verso, perché, al contrario di quanto diffusamente si ritiene²⁰¹, l'originalismo, almeno negli Stati Uniti, non equivale affatto a una "pietrificazione" della Costituzione, ma ne postula il continuo adattamento alle esigenze del presente, sia pure in accordo con la volontà originaria dei *Framers*²⁰². Per un altro, perché è pur sempre attraverso il testo che il costituente storico ha manifestato la propria volontà ordinante del futuro e, sebbene l'intenzione del costituente storico debba essere attualizzata tramite una lettura del testo adeguata al tempo, è proprio il testo che esprime il "patto fondamentale" che deve guidare l'interprete²⁰³. Nondimeno, come s'è detto, la sostanza di quel patto va accertata anche utilizzando i lavori preparatori, illuminante riferimento della fase nomogenetica. La polemica fra originalisti e antioriginalisti, già segnata, negli USA, da un pernicioso ideologismo, viene così – nella sua assolutezza – destituita di fondamento, perché pretende di costringere l'interprete a dimenticare l'intima correlazione che lega interpretazione oggettiva e interpretazione soggettiva e traspare con particolare evidenza quando a essere interpretata è una costituzione.

Un'ultima segnalazione su questo punto. Nell'interpretazione costituzionale il ricorso ai dati materiali e ai fatti ha una specifica importanza anche per un'altra ragione. Sono i fatti, i dati materiali, che innervano il giudizio della Corte costituzionale sulla ragionevolezza, proporzionalità, coerenza, non eccessività delle scelte legislative. Il giudizio costituzionale si è sempre più modellato su quello di eccesso di potere elaborato dal giudice amministrativo e anche se è corretta sul piano teorico la cautela nel parlare di "eccesso di potere legislativo", sul piano pratico è impossibile non notare che ormai il sindacato del giudice costituzionale s'è fatto così penetrante da mettere addirittura in discussione il dogma dell'insussistenza dell'obbligo di motivazione della legge. La recente rivitalizzazione delle ordinanze istruttorie, con la loro pubblicazione e formale acquisizione al giudizio (mai abbastanza lodata, a fronte di un pregresso indirizzo di istruttorie informali o assenti) sta a dimostrare quanto i fatti contino del giudizio costituzionale. Qui, però, non in funzione di strumento di interpretazione, bensì di elemento di valutazione.

²⁰¹ Da ultimo, C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, che può leggersi al *Sito* dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Più sfumata, ma alla fine non troppo dissimile la posizione di Q. CAMERLENGO, *Originalismo e "living Constitutionalism", tra domanda di Costituzione e principi supremi*, pure leggibile *ivi*.

²⁰² "Fortunately, the Founders created a Constitution [...] «intended to endure for ages to come, and consequently, to be adapted to the various crises of human affairs.» *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 415 (1819) [...]", si scrive nella più volte citata sentenza della Corte USA *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022), p. 19.

²⁰³ Per dirla con un critico del positivismo formalista, "si deve guardare ai testi normativi come momenti di concretizzazione di un patto sociale fondamentale, che ha una continuità nel tempo, che riceve unità e coerenza anche con la continua opera «arbitrale» della giurisprudenza" (M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, Milano, Giuffrè, 1991, vol. I, 363). È chiaro che queste parole – pensate per l'interpretazione della legge – valgono a più forte ragione per l'interpretazione della Costituzione.

La tesi della necessaria attualizzazione dell'interpretazione del testo non coincide affatto con quella che assegna al giudice costituzionale "il compito di proteggere i diritti anche non espliciti che emergano come fondamentali nell'ordinamento costituzionale" (così C. BOLOGNA, *Il caso Dobbs e la "terza via"*, che può leggersi al *Sito* dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti). Tesi, questa, alla quale può obiettarsi che non è dato sapere donde questa "emersione" potrebbe desumersi, in difetto di un – pur attualizzato – appiglio testuale (appiglio testuale che proprio l'originalismo invita a considerare imprescindibile: F. PEDRINI, *Una lezione teorica dell'originalismo: l'interpretazione "di quale" Costituzione?*, leggibile *ivi*).

3.4. Le incertezze della giurisprudenza.

Una volta accertato che i confini tra interpretazione oggettiva e interpretazione soggettiva sono labili non sorprendono certo le vistose oscillazioni che su questa problematica si possono registrare in giurisprudenza: incertezze pienamente comprensibili e dovute appunto all'assenza di linee confinarie nette fra interpretazione soggettiva e interpretazione oggettiva. Anzi, possiamo ben dire che le pronunce più convincenti sono proprio quelle che rifuggono da perentorie affermazioni di principio e suggeriscono una modulazione delle tecniche interpretative più consapevole della pluralità dei piani su cui l'interprete della legge è chiamato a muoversi.

Prendo, quali esempi significativi (e confinati all'Italia), alcuni recentissimi arresti dell'anno 2022, limitandomi al Consiglio di Stato, alla Corte di cassazione e alle Sezioni di appello della Corte dei conti.

Plurimi sono gli atteggiamenti (che non chiamerei veri e propri indirizzi) registrabili nei confronti dell'uso dei lavori preparatori come strumento interpretativo.

Un primo si limita ad affermare che i lavori preparatori, *“pur avendo in sé valore meramente sussidiario di interpretazione, certo possono fornire elementi utili ai fini dell'individuazione del significato precettivo di determinate disposizioni normative e della ratio che le giustifica”*²⁰⁴. Un'affermazione perentoria, come si vede, ma priva di autentica motivazione, rispetto alla quale si fa preferire quella – analoga, ma più elaborata – in cui si osserva che *“La stessa rilevanza ermeneutica dei lavori preparatori non va sovradimensionata, in quanto l'ausilio dagli stessi offerto è di rilievo puramente sussidiario e, quindi, utile a chiarire la portata di una disposizione legislativa di ambigua formulazione solo nel concorso di altri canoni interpretativi ed elementi valutativi, eventualmente emergenti dalla norma stessa (Cass. civ. sez. I, n. 2230/1995)”*²⁰⁵. Analogamente, è stato detto che *“È [...] l'art. 12 delle stesse «preleggi» a invitare l'interprete a non «attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». Se l'interpretazione letterale dà luogo a incertezze o dubbi, la ricerca (anche attraverso i lavori preparatori) deve spingersi a ricercare la mens legis (interpretazione logica) considerando la norma come inserita nell'ordinamento complessivamente considerato (interpretazione sistematica), del quale ovviamente fa parte anche la Costituzione. E, dunque, al fine di chiarire la ratio o mens legis, si rende opportuno recuperare il contenuto dei lavori preparatori, in un'ottica di ricostruzione teleologica della norma in commento”*²⁰⁶. Conclusioni solo in parte convincenti, perché se è vero che il ricorso ai lavori preparatori è sempre subordinato alla ricognizione della lettera della legge, nella prospettiva prima condivisa il loro esame sembra sempre necessario e non confidabile alla sola ipotesi della sussistenza di dubbi generati dall'interpretazione letterale. In

²⁰⁴ Cass. civ., Sez. lav., 3 marzo 2022, n. 7053.

²⁰⁵ Cons. Stato, Sez. III, 16 novembre 2021, n. 7618.

²⁰⁶ C. conti, Sez. II App., 9 febbraio 2022, n. 41,

effetti, anche a fronte di una *littera legis* inequivoca, l'esame della fase nomogenetica appare indispensabile, non foss'altro perché, apprezzando la *ratio*, esso consente di apprezzare anche le eventuali deviazioni che questa abbia subito nel fluire del tempo, magari con la conseguente insorgenza di sopravvenuti dubbi di costituzionalità della norma interpretata.

Un altro atteggiamento giurisprudenziale opera un evidente slittamento semantico, perché richiama l'intenzione del legislatore quale "*criterio legale d'interpretazione*", ma in realtà allude alla volontà oggettiva, cioè tradottasi nel testo, quasi a dimostrare che il passaggio dall'una all'altra può essere inavvertibile²⁰⁷.

Altre volte nel ragionamento si sovrappongono volontà del legislatore e *ratio legis*: "*Sul versante generale, costituisce orientamento consolidato quello per cui è principio generale del diritto [...] che i termini del procedimento amministrativo devono essere considerati ordinatori, qualora non siano dichiarati espressamente perentori dalla legge, e l'intenzione del legislatore non si ricava sempre e necessariamente dall'esplicita disposizione in tal senso, potendo la natura perentoria essere desunta anche implicitamente dalla ratio legis e dalle specifiche esigenze di rilievo pubblico [...]*"²⁰⁸.

Altre volte ancora, invece, si fanno affermazioni più impegnative. Vediamo questo passaggio. "*È ormai consolidato il principio secondo cui «l'art. 12 delle preleggi, laddove stabilisce che nell'applicare la legge non si può attribuire alla stessa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore, non privilegia il criterio interpretativo letterale poiché evidenzia, con il riferimento 'all'intenzione del legislatore', un essenziale riferimento alla coerenza della norma e del sistema. Di conseguenza il dualismo, presente nell'art. 12, tra lettera ('significato proprio delle parole secondo la connessione di esse') e spirito o ratio ('intenzione del legislatore') va risolto con la svalutazione del primo criterio, rilevandosi inadeguata la stessa idea di interpretazione puramente letterale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2012, n. 6392; Id., 7 ottobre 2013, n. 4920; Id., sez. IV, 11 febbraio 2016, n. 606; Cass. civ., sez. lav., 11 febbraio 2014, n. 3036; Id., sez. III, 20 marzo 2014, n. 6514)» (così C.d.S., Sez. V, n. 3233/2017, cit.; nello stesso senso, Sez. II, n. 3676/2020, cit.)*"²⁰⁹. Viene così implicitamente ripreso proprio l'antico insegnamento di Savigny, secondo il quale lo spirito della legge dovrebbe prevalere sulla lettera della legge e, in caso di contrasto, l'interpretazione della lettera dovrebbe essere sottoposta a correzione: "Nun ist aber der gedruckte Text, im Verhältnis zu dem wirklichen Ausdruck, doch nur als der Buchstab des Buchstabs anzusehen" ("il testo stampato, nel rapporto con la vera espressione, deve essere invero visto solo come la lettera della lettera"), sicché sta su di un piano inferiore e merita, se in contrasto con la "vera espressione", una rettifica ("Berichtigung")²¹⁰. Un insegnamento che, per le ragioni dette in precedenza, a causa della sua eccessiva nettezza, dovrebbe invece essere abbandonato.

In via ancor più generale si afferma che "*Nell'ordine, i canoni ermeneutici di cui l'interprete deve fare applicazione sono dunque:*

²⁰⁷ Cons. Stato, Sez. II, 22 marzo 2022, n. 2088.

²⁰⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2022, n. 1084.

²⁰⁹ Cons. Stato, Sez. II, 11 ottobre 2021, n. 6766.

²¹⁰ F. K. v. SAVIGNY, *System*, cit., 243.

a) l'interpretazione letterale palesata dal significato proprio delle parole;
b) l'interpretazione sistematica delle parole secondo la connessione di esse;
c) l'analogia iuris e l'analogia legis, per i casi simili o le materie analoghe;
d) se il caso rimane ancora dubbio, i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato". Infatti, subito dopo si indaga il "piano della voluntas legis" (non "legislatoris")²¹¹, così non risolvendo, ma rimuovendo – per cancellazione d'uno dei suoi termini – il problema del rapporto fra interpretazione soggettiva e interpretazione oggettiva.

Altre volte, infine, in modo più convincente, si dice che "per consolidata giurisprudenza la qualificazione di una disposizione legislativa come norma di interpretazione autentica di preesistenti disposizioni legislative non può fondarsi sul mero titolo del testo legislativo o sui lavori preparatori, oppure sull'intenzione del legislatore in sé considerata, ma presuppone una particolare struttura della fattispecie normativa, per la quale la legge medesima, essendo rivolta a imporre una data interpretazione a una precedente norma, con efficacia retroattiva, lasci immutato il tenore testuale della disposizione interpretata e si limiti a chiarirne e precisarne il significato e a rendere vincolante, tra le tante interpretazioni possibili, una tra le varie interpretazioni possibili, essendo sufficiente che la scelta ermeneutica imposta dalla legge interpretativa rientri tra le varianti di senso compatibili con il tenore letterale del testo interpretato, stabilendo un significato che ragionevolmente poteva essere ascritto alla legge anteriore (v., ex plurimis, Cons Stato, Sez. IV, 27 marzo 2008, n. 1268; Cons Stato, Sez. VI, 17 novembre 2004, n. 7512)"²¹². Qui, mi sembra, il problema è impostato correttamente e l'intreccio fra interpretazione oggettiva e interpretazione soggettiva è messo in luce con nitida chiarezza.

3.5. Una riflessione di chiusura sul tema dell'originalismo.

Non ci sono, ovviamente, conclusioni da trarre dopo un esame tanto sintetico di un tema di simile complessità. Mi limito, allora, a ribadire una constatazione, a formulare un auspicio e a riprendere la questione più limitata dell'originalismo alla luce di quanto s'è detto sin qui.

La constatazione riguarda l'imbarazzo in cui si trovano dottrina e giurisprudenza quando devono muoversi su un terreno così scivoloso, reso ancor più insidioso da massimalismi e ideologismi che certo non aiutano una razionale identificazione del percorso più corretto. Proprio qui, invece, le affermazioni perentorie, gli indirizzi unilaterali, le esclusioni apodittiche di questo o quel metodo interpretativo determinano effetti funesti.

L'auspicio consente di tornare a dove eravamo partiti. Di tornare a Savigny. È a lui che dobbiamo l'affermazione della sussistenza di "eine Wechselwirkung zwischen trefflicher Gesetzgebung und trefflicher Auslegung" ("un rapporto reciproco fra eccellente legislazione ed eccellente interpretazione")²¹³. Sappiamo bene che la "eccellente legislazione" sembra

²¹¹ Cons. Stato, Sez. VII, 23 marzo 2022, n. 2142.

²¹² Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 2020, n. 3467, testualmente ripresa da Cons. Stato, Sez. V, 5 gennaio 2021, n. 142.

²¹³ F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., 216.

divenuta ormai una chimera, ma questo non deve costituire un alibi per l'interprete. Proprio di fronte a una legislazione sempre meno *trefflich*, l'interprete, specificamente il giudice, è chiamato a operare con il massimo scrupolo per garantire la tenuta dell'ordinamento. E deve farlo soprattutto rifuggendo da quei massimalismi e da quegli ideologismi che ne minano l'azione: di recente mi sono permesso di indicare nella *indipendenza interiore*, cioè nella capacità di garantirsi indipendenza da se stesso la più alta qualità del giudice (ma più in generale dell'interprete delle fonti normative)²¹⁴.

Infine, il ritorno alla questione specifica dell'originalismo. L'originalismo è stato imprudentemente bollato come una "dottrina sciocca"²¹⁵, ma a mio avviso va preso sul serio. Certo, già Kelsen aveva criticato in radice il richiamo alla volontà storica del legislatore, affermando "Che tutta la situazione che nasce da una interpretazione arroccata sulla presumibile intenzione del legislatore sia assai precaria, non ha bisogno di essere particolarmente sottolineato"²¹⁶, e negli ultimi tempi le cose sono andate ancora peggio per i sostenitori delle opinioni favorevoli all'interpretazione soggettiva. La questione dell'originalismo ha poi preso una piega scopertamente ideologica, perché quella dottrina è stata brandita come una vera e propria arma dai giuristi conservatori statunitensi, che l'hanno usata per delegittimare qualunque lettura "progressista" della Costituzione. L'originalismo americano si fonda spesso, infatti, oltre che su una specifica dottrina dell'interpretazione, su una narrazione (tradizionalista)²¹⁷ concernente l'esperienza costituzionale statunitense che è opposta a quella *liberal*. In quest'ultima la tradizione costituzionale americana è "diritti ed eguaglianza"; per l'altra è "*self-government by a virtuous people deliberating under God*"²¹⁸. Proprio la tradizione così intesa sarebbe stata alterata, se non addirittura rovesciata, molti anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione e solo con il *Gettysburg address* di Lincoln²¹⁹. L'originalismo giuridico americano (che è appunto di stampo conservatore) usa questa ricostruzione storica avendo bisogno di interpretare la Costituzione "secondo l'intenzione dei Padri Fondatori" ricostruita proprio da questa prospettiva. La polemica contro la *judicial prevarication*²²⁰ va letta, negli USA, esattamente in questa chiave.

²¹⁴ M. LUCIANI, *L'indipendenza del giudice e le sue condizioni*, in AA. VV., *Cultura costituzional y derecho viviente – escritos en honor al profesor Roberto Romboli*, Lima, Tribunal Constitucional – Centro de estudios constitucionales, 2021, t. II, 1597 sgg.

²¹⁵ M. BIGNAMI, *Introduzione. La Corte costituzionale nel XXI secolo: ritorno al futuro*, in *Questione giustizia*, n. 4/2020, 8.

²¹⁶ H. KELSEN, *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, in *Zeitschr. für schweiz. Recht* (N.F.), XLII (1923-1924), 173 sgg., trad. it. di C. Geraci, *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 41.

²¹⁷ Il collegamento fra originalismo e tradizionalismo è colto da, A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *Riv. del Gruppo di Pisa*, n. 3/2022, spec. 31.

²¹⁸ G. W. CAREY, *Preface*, in W. KENDALL – G. W. CAREY, *The Basic Symbols of the American Political Tradition*, Washington, D.C., The Catholic University of America Press, 1995, IX.

²¹⁹ G. W. CAREY, *Preface*, cit., XIV. Il *Gettysburg address* si può leggere online all'indirizzo <http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>.

²²⁰ A. SCALIA, *Modernity and the Constitution*, in AA. VV., *Constitutional Justice under Old Constitutions*, a cura di E. Smith, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1995, 313.

A guardare le cose con attenzione, però, di per sé l'originalismo risulta, in realtà, ideologicamente del tutto adiaforo²²¹: l'originalismo statunitense è quasi sempre conservatore perché la Costituzione USA, concepita nel 1787, non conosce e non contempla quella dimensione giuridico-costituzionale in cui si sarebbe sviluppato, nel Novecento, lo Stato sociale; l'originalismo italiano è progressista perché la Costituzione italiana è molto più avanti della realtà politico-sociale che è stata ed è chiamata a governare. Il segno ideologico dell'originalismo, insomma, dipende dal segno ideologico della Costituzione cui si applica²²². Conseguentemente, la discussione teorica che lo riguarda, insisto, dovrebbe essere assolutamente depurata da questa ipotesi.

Lasciando dunque da parte gli ideologismi, a me sembra, in sintesi²²³, che si debba ragionare così: a) nelle costituzioni si stabiliscono delle regole del giuoco, che sono fissate "allora per ora", sicché è compito dell'interprete conservare la loro essenza di valore, che definisce l'accordo (nelle costituzioni "compromissorie") o la decisione unilaterale (in quelle "del vincitore") fondativi della comunità politica; b) le costituzioni "aspirano all'eternità ordinamentale" (solo la costituzione, non la legge, ambisce a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale unicamente perché e fino a che quelle regole, dettate da *quella* costituzione, nella sua specifica identità sostanziale, dureranno), sicché esse intendono conservare esattamente quell'essenza di valore per come determinata dai paciscenti o dal decisore; c) conseguentemente, il testo della costituzione esige un più saldo riferimento alla volontà dell'autore storico (riferimento che non manca, si badi, nell'interpretazione della legge, ma, ancora una volta, ha qui una "gradazione" diversa); d) non varrebbe obiettare che il testo *besteht* e il soggetto storico che l'ha voluto *vergeht*²²⁴, perché se una costituzione è ancora in piedi (intendo: non è solo in vigore, ma è anche condivisa e possiede vera forza prescrittiva) lo si deve al fatto che il soggetto storico cui è imputabile ha correttamente interpretato le correnti profonde della società, che permangono nonostante la scomparsa del *conditor* (la cui volontà, dunque, resta ancora significativa in ragione del collegamento col testo che prima s'è messo in evidenza).

4. Il tempo nella dimensione soggettiva. In particolare il diritto all'oblio e il diritto alla verità.

Le questioni che abbiamo esaminato sinora si riferiscono tutte al tempo e alla memoria nella loro dimensione sociale, collettiva. Ci sono tuttavia profili del tempo e della memoria che

²²¹ Analogamente, da ultimo, L.P. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, che può leggersi al Sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti.

²²² Analoga osservazione in O. CHESSA, *Originalismo moderato e neutralità costituzionale*, leggibile al Sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti.

²²³ Per una dimostrazione più distesa mi permetto di rinviare al mio *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, 1 sgg.

²²⁴ Nel testo riprendo, ovviamente, il celebre *dictum* (relativo al rapporto fra diritto amministrativo e diritto costituzionale) di O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1961 (rist. anast. della 3^a ed., 1924), vol. I, *Vorwort*.

attengono anche e soprattutto (ma non esclusivamente, perché pure qui l'aspetto collettivo è presente con forza) alla dimensione individuale, tant'è vero che taluni ordinamenti riconoscono un "diritto alla memoria" e che la dottrina ne discute²²⁵. Si aprirebbe, qui, un altro amplissimo campo d'indagine, che non v'è modo di sondare in queste pagine. Mi limito, allora, a segnalare che, nella società digitalizzata nella quale viviamo, di questo "diritto complesso"²²⁶ – e invero difficilmente inquadrabile – appaiono particolarmente rilevanti il profilo del diritto all'oblio e quello del diritto alla verità, ai quali faccio dunque qualche rapidissimo cenno²²⁷.

Cenno che non potrà non toccare la disciplina positiva di quei due diritti, perché, come accennavo in apertura, dimensione oggettiva e dimensione soggettiva sono strettamente legate: come immaginare che contenuti, livello e modalità della protezione giuridica delle situazioni soggettive collegate alla memoria non incidano nel trattamento della memoria nella sua dimensione oggettiva? E come immaginare che la regolazione giuridica della dimensione oggettiva non sia a sua volta influenzata dalle variegate sensibilità per i risvolti soggettivi delle questioni memoriali?

4.1. Il diritto all'oblio.

Precisati, dunque, i ristretti confini delle notazioni che seguono, basterà dire che il c.d. "diritto all'oblio" è stato oggetto di importanti pronunce della Corte di giustizia e della Corte EDU. La prima ne ha affermato l'esistenza nella sent. Grande Sezione, 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain*²²⁸. La seconda ha seguito il medesimo indirizzo, ma precisando che tale diritto non può essere opposto da personaggi pubblici in riferimento a notizie di pubblico interesse (Corte EDU, Quinta Sezione, 19 ottobre 2017, ric. n. 71233/12, *Fuchsmann c. Germania*).

Questo diritto (che si lega all'affievolimento dell'interesse all'informazione, perché la notizia è risalente nel tempo)²²⁹, trova ora esplicito riconoscimento a livello normativo all'art. 17, comma 1, del Regolamento UE 2016/679, ove si dispone che "*L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato*

²²⁵ Per tutti, J. LUTHER, *Il diritto alla memoria*, cit., 2091 sgg.

²²⁶ J. LUTHER, *Il diritto alla memoria*, cit., 2091.

²²⁷ Del diritto all'oblio, per vero, mi sono occupato con relativamente maggiore ampiezza in M. LUCIANI, *Italia*, in AA. VV., *Il diritto al rispetto della vita privata: le sfide digitali, una prospettiva di diritto comparato*, a cura del Servizio Ricerca del Parlamento europeo – Unità Biblioteca di diritto comparato, Bruxelles, Unione Europea, 2018, 20 sgg.

²²⁸ Si tratta di una pronuncia commentata favorevolmente da S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014, 92 sg., secondo il quale essa sarebbe il segno di come anche il mondo globale possa e debba essere retto non dalla logica del profitto, ma da quella della solidarietà fondata sui diritti, e criticamente da O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. dell'Informazione e dell'Informatica*, 2014, 569 sgg., che vi ha letto rischi per la libertà di informazione.

²²⁹ M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, ESI, 2009, 121.

ritardo i dati personali [...], in presenza di una nutrita serie di condizioni elencate alle lett. a-f dello stesso comma 1²³⁰.

Si deve poi considerare che, anche se ci riferiamo alla sola cancellazione dei dati personali, di diritto all'oblio si può parlare unicamente quando si prevede che lo si faccia valere anche nei confronti del titolare del trattamento dei dati e non solo nei confronti di coloro che ne consentono la diffusione, in particolare in rete. Quando (come accaduto nella sentenza della Corte di giustizia sopra citata) ci si preoccupa solo di imporre ai motori di ricerca la “cancellazione”, in realtà, non si tratta di vera e propria cancellazione, bensì di semplice deindicizzazione, perché sebbene il dato non sia più indicizzato e rilanciato sul *web* esso resta pur sempre nella disponibilità del sito-sorgente²³¹.

Anche in questo caso il diritto italiano ha subito l'influenza decisiva di quello europeo. Relativamente di recente, infatti, il diritto alla cancellazione dei dati è stato previsto dall'art. 12 del d. lgs. 18 maggio 2018, n. 51, ma questo decreto legislativo non ha fatto altro che attuare la Direttiva (UE) 2016/680, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016. Il riconoscimento del diritto, poi, è stato limitato, perché non ha compreso il suo aspetto forse più importante, che è quello alla cancellazione (anche in assenza di un concreto pregiudizio alla reputazione del richiedente) dei dati non più attuali, diritto previsto – invece – dalla lett. a) dell'art. 17, comma 1, del Regolamento UE 2016/679, che riconosce il diritto alla cancellazione de *“i dati personali [che] non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati”*.

Quanto alla giurisprudenza, una compiuta sistemazione della materia si trova nell'ord. Cass. civ., Sez. I, 20 marzo 2018, n. 6919, nella quale, preso atto della natura multiforme del diritto all'oblio e della sua connessione alla perdita di attualità delle informazioni) si enuncia un vero e proprio “pentacolo” di principi²³², che devono trovare sicura applicazione anche alla luce del più volte citato Regolamento UE 2016/679. La lettura di questi principi, peraltro, rende dubbiosi sul fatto ch'essi riguardino un vero e proprio diritto autonomo e convince

²³⁰ È interessante notare, comunque, che di diritto all'oblio non si parla solo in riferimento alla cancellazione dei dati, ma anche ad altri istituti. In particolare, come ha ricordato di recente la Corte costituzionale nella cit. sent. n. 115 del 2018, *“La prescrizione [...] deve essere considerata un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno”* (analogamente, sent. n. 112 del 2018).

²³¹ In questo senso, C. COLAPIETRO – A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in AA. VV., *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, a cura di L. Califano e C. Colapietro, Milano, ES, 2017, 133.

²³² Si tratta, in particolare, dei seguenti: *“il diritto fondamentale all'oblio può subire una compressione, a favore dell'ugualmente fondamentale diritto di cronaca, solo in presenza di specifici e determinati presupposti: 1) il contributo arrecato dalla diffusione dell'immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; 2) l'interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia (per ragioni di giustizia, di polizia o di tutela dei diritti e delle libertà altrui, ovvero per scopi scientifici, didattici o culturali), da reputarsi mancante in caso di prevalenza di un interesse divulgativo o, peggio, meramente economico o commerciale del soggetto che diffonde la notizia o l'immagine; 3) l'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica e, segnatamente, nella realtà economica o politica del Paese; 4) le modalità impiegate per ottenere e nel dare l'informazione, che deve essere veritiera (poiché attinta da fonti affidabili, e con un diligente lavoro di ricerca), diffusa con modalità non eccedenti lo scopo informativo, nell'interesse del pubblico, e scevra da insinuazioni o considerazioni personali, sì da evidenziare un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione; 5) la preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia o dell'immagine a distanza di tempo, in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della sua divulgazione al grande pubblico”*.

dell'esattezza dell'opinione contraria²³³, cioè che non si tratti d'altro che di un profilo particolare del generale diritto alla protezione dei dati personali, il quale, a sua volta, non è altro che un profilo del diritto alla riservatezza.

4.2. Il diritto alla verità.

Esattamente specularmente al diritto all'oblio appare quel "diritto alla verità" che è andato affermandosi in non poche esperienze costituzionali segnate da un radicale passaggio di regime, in particolare dal totalitarismo (o dall'autoritarismo) alla democrazia. In casi del genere si riconosce sempre più frequentemente il diritto delle vittime dei soprusi del vecchio regime a conoscere il nome dei responsabili, quello dei parenti delle vittime scomparse a conoscerne la sorte, quello di tutti i cittadini a conoscere le responsabilità politiche sottese all'instaurazione e alla stabilizzazione del regime ormai superato. Mentre per il diritto all'oblio si tratta di non (far) conoscere, qui si tratta di conoscere. E si capisce bene che gli ordinamenti tendano a garantire la tutela della relativa situazione soggettiva, trattandosi di un diritto generato da eventi estremi, quali sono le "*gross violations of human rights*" e le "*serious violations of international humanitarian law*" di cui dice la nota Risoluzione n. 12/12 adottata il 12 ottobre 2009 dallo Human Rights Council delle Nazioni Unite.

È tuttavia evidente che il riconoscimento del diritto alla verità, se corrisponde a un'esigenza minima di equità e di giustizia, comporta rischi non indifferenti sul piano del processo di riconciliazione nazionale che – come s'è visto – sovente si cerca di far seguire al rovesciamento di un precedente regime politico. Spetta, pertanto, alla prudente decisione del legislatore stabilire la misura non tanto del riconoscimento (che dovrebbe essere sempre pieno), quanto delle conseguenze che se ne possono tirare, in particolare sul piano della responsabilità penale, civile e amministrativa degli autori dei misfatti commessi durante il vecchio regime. Intatto, invece, dovrebbe rimanere il meccanismo della loro responsabilità politica e morale, perché abbiamo visto come nessun provvedimento clemenziale possa far venir meno la verità storica e l'apprezzamento del suo (dis)valore.

Inutile dire, infine, che il "diritto alla verità" di cui ora si è detto non ha nulla a che vedere con diritti che, pur avendo la stessa denominazione, sono propri della vita ordinaria di un ordinamento democratico. Si pensi, in Italia, al "diritto alla verità" vantato dai partecipanti a un procedimento amministrativo, che è stato riconosciuto dal Consiglio di Stato²³⁴; al diritto al risarcimento dei danni subiti da coloro che sono stati "*bersagliati dalle falsità*" altrui²³⁵, che è stato riconosciuto dalla Corte di cassazione; al diritto alla verità processuale, la cui risarcibilità nel caso di un'eventuale violazione (da parte, in particolare, di chi ha commesso il reato di favoreggiamento dei colpevoli di un illecito) sembra essere stata sostanzialmente negata dalla

²³³ C. COLAPIETRO – A. IANNUZZI, *I principi generali*, cit., 128.

²³⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2005, n. 5903.

²³⁵ Cass. pen., Sez. V, sent. 4 agosto 2009, n. 31858.

stessa Corte di cassazione²³⁶; al “diritto alla verità del rapporto di filiazione”, riconosciuto dalla Corte costituzionale²³⁷, etc.

5. Cenni di conclusione.

Le costituzioni lavorano sul tempo. Sul presente, che è il loro contesto di iniziale legittimazione; sul futuro, che è il dominio della loro intenzione progettuale; sul passato, che è l’oggetto di un’opera di rielaborazione, con finalità ora di superamento ora di conservazione. Il *Verfassungsverstreit*, pertanto, vede il tempo come terreno di scontro e di incontro tra le forze che combattono e quelle che sostengono una determinata costituzione.

La dimensione dello scontro è ora venuta in particolare evidenza a fronte di un’operazione puramente politica qual è quella della “cultura” della cancellazione (un vero ossimoro: non dandosi alcuna cultura nella mera negazione della memoria o addirittura della storia). Un’operazione di una radicalità senza precedenti, che non contesta solo specifici ordinamenti costituzionali, ma intende mettere in discussione l’intera civiltà occidentale e il posto dell’Europa nel mondo, usando strumenti particolarmente efficaci quali la colpevolizzazione o il richiamo all’eguaglianza. Sennonché non si intende perché mai la colpevolizzazione, ammesso che sul terreno della storia abbia un senso, dovrebbe essere unidirezionale e dovrebbe evidenziare solo gli orrori della civiltà occidentale e non quelli delle altre (che certo non mancano). Né s’intende cosa mai abbia a che fare con l’eguaglianza una “cultura” che tocca la superficie dei fenomeni e non incide nelle loro radici (nelle diseguaglianze educative e distributive, in particolare, derivanti da un sistema economico-sociale profondamente iniquo).

Diversa sarebbe la prospettiva dell’arricchimento, non dell’impoverimento, dell’apparato memoriale delle comunità politiche, che si muove nella logica del pluralismo ch’è propria delle costituzioni del Novecento: una maggiore valorizzazione degli apporti femminili alla sua costruzione, ad esempio, si potrebbe avere per addizione, non certo per sottrazione²³⁸. La stessa addizione, tuttavia, non è senza rischi, come dimostra l’inflazione di giornate memoriali, che per un verso indebolisce il senso stesso della memoria collettiva e per l’altro aumenta le probabilità di divisione, non di integrazione.

Il tema della cosiddetta cultura della cancellazione non è di certo il solo che interessi in prospettiva costituzionalistica, ma è il più urgente e delicato. A fronte di minoranze sempre più aggressive e *demanding* sta una maggioranza in grave crisi di identità, che ha perso la maggior parte dei suoi punti di riferimento (politico-partitici, politico-sindacali, religiosi, etc.) e che subisce passivamente il tentativo di instillazione di sensi di colpa pseudostorici (di una

²³⁶ Cass. pen., Sez. V, sent. 29 novembre 2012, n. 46340, anche in base al “*principio che il danno risarcibile in sede penale deve essere conseguenza immediata e diretta del reato e deve derivare dalla lesione di un diritto soggettivo [...], o, come pure è stato affermato, anche dalla lesione di un interesse legittimo [...]*”.

²³⁷ Sent. n. 112 del 1997.

²³⁸ Il caso recente di una statua eretta in memoria di Margherita Hack è stato analizzato da A. MASTROMARINO, *Anche la memoria pubblica ha genere*, in *Diritti comparati*, 22 giugno 2022.

“mauvaise conscience pestilentielle”²³⁹ che da quelle minoranze proviene, reagendo o con il cedimento a qualsivoglia pretesa rivendicativa o con la fuga in ormai opache memorie del passato e in tentazioni autoritarie e cesaristiche. Se non si vuole la dissoluzione delle nostre comunità politiche (gli Stati Uniti continuamente sull’orlo di una nuova guerra civile dimostrano la serietà del pericolo)²⁴⁰ o l’avverarsi della profezia spengleriana dell’avvento di un nuovo Cesare nel momento della crisi della *Kultur*²⁴¹, la reazione dev’essere pronta e decisa. Dalla miserevole politica attualmente dominante in larga parte del pianeta c’è ben poco da attendersi. Chissà cosa attendersi dalla classe degli intellettuali, però, della cui volontà e capacità di osservare l’obbligazione di “verità” che Julien Benda aveva enunciato quasi cent’anni addietro²⁴² s’ha fondata ragione di dubitare.

²³⁹ C. DELSOL, *La fin de la Chrétienté*, cit., 147.

²⁴⁰ La questione di una possibile nuova guerra civile (ovviamente in forme diverse da quelle del conflitto del 1861-1865) è oggetto di un ampio dibattito negli Stati Uniti. V., ad es., l’intervista di H. Kahn a Barbara F. Walter (autrice del fortunato *How Civil Wars Start: And How to Stop Them*), *Is America at Risk of a Civil War?*, leggibile all’indirizzo web <https://nationalpress.org/topic/barbara-walter-america-civil-war-jan-6/>.

²⁴¹ Come ho cercato di dimostrare nel mio *Bonapartismo, oggi?*, in *Teoria politica*, n. 9/2019, 139 sgg., la lettura delle pagine di Spengler mette, oggi più di quando furono scritte, i brividi: solo l’imbarazzante modestia degli aspiranti Cesari tempera (per quanto non cancelli) il sentimento d’una catastrofe politica imminente ch’esse alimentano.

²⁴² J. BENDA, *La trahison des clercs*, Paris, Grasset, 2003 – 1^a ed. 1927 –, *Préface* all’ed. 1946: “les hommes dont la fonction est de défendre les valeurs éternelles et désintéressées, comme la justice et la raison, et que j’appelle les clercs, ont trahi cette fonction au profit d’intérêts pratiques”. Nonostante la grandezza dei suoi critici, le contestazioni che a Benda sono venute da Gramsci (A. GRAMSCI, *Quaderni dal Carcere*, Quaderno III – XX –, § 2: “il Benda, come il Croce, esamina la questione degli intellettuali astraendo dalla situazione di classe degli intellettuali stessi e dalla loro funzione”) e da Nizan (P. NIZAN, *Les chiens de garde*, Paris, Maspero, 1965 – 1^a ed.: 1932 –, 23: “Il serait temps enfin de renoncer à la vieille croyance au retranchement, à l’éloignement des philosophes s’endormant au milieu du calme plat de leurs contemplations”) non mi hanno mai convinto: se un intellettuale non avesse un’obbligazione di verità cosa mai gli consentirebbe di farsi chiamare così?