



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

TEMPO, MEMORIA E DIRITTO PENALE



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

Bologna - Febbraio / Dicembre 2018

ISSN 2240-7618

4/2018

EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

EDITORIAL BOARD

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

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

EDITORIAL STAFF

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

EDITORIAL ADVISORY BOARD

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

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

Non si può fare memoria con la giustizia

No se puede hacer memoria con la justicia

We Cannot Make Memory Through Justice

MARCO DUGATO

*Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Alma Mater Studiorum Università di Bologna
marco.dugato2@unibo.it*

GIUSTIZIA PENALE DI TRANSIZIONE

JUSTICIA PENAL TRANSICIONAL

TRANSITIONAL CRIMINAL JUSTICE

ABSTRACTS

Il presente contributo assume una posizione netta circa il rapporto fra memoria e giustizia: non si può fare memoria con la giustizia e non si può perché memoria e giustizia sono concetti concorrenti; sono, per molti aspetti, l'una la negazione dell'altra. Tale affermazione viene giustificata attraverso la proposizione di sette paradossi. Tramite essi, l'autore giustifica l'alternatività del sistema basato sulla memoria rispetto a quello basato sulla giustizia, pur dichiarando un certo scetticismo nei confronti dell'uno e dell'altro.

El presente trabajo toma una clara posición acerca de la relación entre memoria y justicia: no se puede construir memoria a través de la justicia, y no se puede porque memoria y justicia son conceptos en competencia; en muchos aspectos, una es la negación de la otra. A través de la propuesta de siete paradojas, el autor justifica la alternatividad del sistema basado en la memoria respecto a aquel basado en la justicia.

The present contribution takes a clear position on the relationship between memory and justice: we cannot build memory through justice and we cannot because memory and justice are competing concepts; they are, in many respects, the negation of one another. This statement is justified through the proposition of seven paradoxes. Through them, the author justifies the alternativeness of the memory-based system over that based on justice, while confessing a certain skepticism towards both of them.

SOMMARIO

1. Non si può fare memoria con la giustizia. – 2. Primo paradosso. – 3. Secondo paradosso. – 4. Terzo paradosso. – 5. Quinto paradosso. – 6. Quinto paradosso. – 7. Sesto paradosso. – 8. Il paradosso dei paradossi.

1.

Non si può fare memoria con la giustizia.

Mi si consenta di partire da una conclusione opposta a quella a cui è giunto Fulvio Cortese, e che può apparire provocatoria: *non* si può fare memoria con la giustizia e non si può perché memoria e giustizia sono concetti *concorrenti*.

Sono, per molti aspetti, l'una la negazione dell'altra. Per giustificare l'affermazione, muoverò per alcuni paradossi, che appariranno poco più che suggestioni e che richiedono una premessa.

Memoria e giustizia sbagliano, hanno oggetti falsi. Per la giustizia è facile comprenderlo: quante sentenze pongono alla base della decisione fatti che non corrispondono ai fatti reali?

Per la memoria il discorso è certo più complesso e più delicato perché, mentre la sentenza sa di poter sbagliare e lo accetta (è per questo che esistono più gradi di giudizio), la memoria pretende di rappresentarsi come infallibile. Eppure, la memoria sbaglia e sbaglia spesso.

Per molti secoli si è costruito l'odio razziale sulla base di falsità poi emerse come oggettive ma a lungo rappresentate come verità tramandate dalla memoria. È addirittura accaduto che, approfittando di memorie false, siano stati redatti documenti che hanno contribuito ad alimentarne la percezione di verità. Memoria falsa che, per mezzo di documenti falsi, ha rafforzato l'errata percezione della sua oggettiva verità.

Venendo ai paradossi, con cui tenterò di giustificare la fermata alternativa del sistema basato sulla memoria rispetto a quello basato sulla giustizia, non posso che dichiarare che, di fondo, nutro un certo scetticismo nei confronti dell'uno e dell'altro.

Penso, ad esempio, alla memoria celebrata come la più in contestata e la più oggettiva: la memoria scientifica. Non tutti i risultati costruiti vuoi sul positivismo, vuoi sull'empirismo, sono in risultato di memorie "vere". Si sono costruiti assiomi su memorie false, ancor prima che su dati falsi.

Vi è poi il ruolo della cattiveria, della malvagità dei dogmi della memoria e del processo. Una sentenza sbagliata, fondata su fatti falsi, lascia in galera persone innocenti, così come una memoria sbagliata, se collettiva o diffusa, può distruggerle.

Il diritto all'oblio, a cui molti anelano nel mondo di Internet, lo dimostra e forse, in questo, la memoria della rete offre più garanzie di quelle offerte dalla memoria tradizionale, che non può arrestarsi cancellando falsi ricordi e false rappresentazioni della mente. Come l'oblio imposto come punizione cancella le memorie giuste e meritate.

Si pensi a Lucrezio, alla condanna all'oblio che ha consegnato al nulla della memoria per secoli uno dei più grandi geni del mondo classico a mo' di punizione per aver sfidato, da epicureo, lo stoicismo su cui l'impero fondava parte della propria forza.

Lo stesso era successo ad Akhenaton, cancellato nella memoria sincera e consegnato per millenni all'assenza di memoria. La memoria, a volte cattiva e a volte cattiva l'assenza della memoria. Allo stesso modo si comporta la giustizia, a volte cattiva a volte cattiva come assenza della buona giustizia.

2.

Primo paradosso.

La giustizia, per un giurista, si fonda su significanti qualificati, su parole che smettono di essere parole per divenire concetti in realtà fisiche. La memoria, invece, è libera, è fatta di parole ed anzi trasforma le parole.

"Genocidio", nell'ottica degli storici e dei depositari della memoria, è parola su cui si può discutere. Per un giurista, appurata la corrispondenza alla fattispecie, diviene, da parola, una realtà posta fuori della discussione e dell'opinione.

Sono due forme di considerazione di parole e difatti basate su costruzioni logiche radical-

mente differenti, se non opposte, come più avanti avrò modo di analizzare meglio. La giustizia ricorda “cose”, le valuta per un fine ma deve fare i conti con significanti qualificati, che non può contraddire. La memoria, al contrario, è libera di contraddire le parole (si pensi, ad esempio, a quanto è accaduto a parole come “resistenza”, “terrorismo”, “genocidio”).

3. Secondo paradosso.

Il secondo paradosso, ancora a dimostrazione che è fortissima la competizione tra memoria e giustizia. Penso al processo di Norimberga, evento che riguarda tanto la giustizia quanto la memoria e rappresenta il massimo culmine dell’armonia tra giustizia e memoria, la prima costruendo la seconda. È nel processo di Norimberga che si costruisce la memoria dell’Olocausto.

Con questo, sto forse contraddicendo quanto ho sin qui affermato? Non credo. Norimberga è un caso doloroso, in cui l’armonia è stata imposta dall’autorità, in cui la forza dei più ha imposto che la memoria fosse fatta in processo, in un unico processo. Ma cosa è accaduto davvero? Quella memoria coincide con la giustizia solo nel processo di Norimberga, che ha riguardato pochi imputati.

Gli altri, la grande parte dei correi dello sterminio, sono stati processati d’accordi nazionali negli anni successivi. E per tutti loro memoria e giustizia sono tornate ad essere ben distinte, e la memoria ha ripreso la sua autonomia dalla giustizia. Come sono stati i processi italiani tedeschi? La memoria è stata dolorosissima per i tedeschi e la giustizia è stata talvolta impiegata per mitigare quella memoria dolorosa, costruendo fatti meno abominevoli di quelli oggetto della memoria.

4. Terzo paradosso.

Se si riconosce alla memoria un carattere di oggettività, la sentenza è la contraddizione di quella memoria, perché la sentenza non è che un’interpretazione dei fatti ma quando è resa, soprattutto quando passa in giudicato, diventa un fatto essa stessa.

La sentenza è la memoria che si crea da sola, una memoria processuale artificiale ed auto-genetica. È singolare, al riguardo, che le sentenze distinguano tra “fatto” e “diritto” quasi a voler rimarcare l’oggettività della descrizione del fatto. In realtà, il fatto della sentenza non è un fatto, ma un percorso interpretativo che ha soggetto un fatto.

Personalmente non ritengo questo pericolo, perché considero pericolosa anche la memoria, ma va considerato come un dato. Se una sentenza assume per “fatto” un evento falso ed in processo si ragiona di un fatto falso, si produce un “fatto vero” (quello processuale) da un “fatto falso” (non coincidente con il reale evento). Allo stesso modo, la memoria produce fatti veri da fatti falsi.

5. Quarto paradosso.

La giustizia, intesa come processo o sentenza, contraddice la memoria anche sotto il profilo dell’alterazione del tempo. In questo, la memoria vince. La recrudescenza delle contrapposizioni non è la loro rinascita perché la memoria le rappresenta rispettando il tempo del fatto. Rappresenta onestamente ora un fatto di allora.

Nella giustizia tutto viene alterato perché il fatto, sebbene raccontato nella sua prospettazione cronologica, allo svolgimento e un limite nel processo. Il processo è come una favola e racconta una storia nei limiti temporali non della storia raccontata ma del processo. Ciò che viene dopo, ciò che si trascina oltre la conclusione del processo non conta nulla.

Nella favola il “vissero felici e contenti” è la cesura ed è totale e violenta. “Vissero felici e contenti” non è un fatto, ma la sostituzione dei fatti (magari la malattia di Biancaneve) con una formula violenta. Il dispositivo della sentenza è uguale.

La memoria, invece, si comporta diversamente ed è più onesta. Il *Sein und Zeit* del processo e pura alterazione: il tempo si colloca nel processo e nella giustizia in modo totalmente

alterato. Al processo, quello che è stato prima com'è fatto statico e morto, non interessa E non interessa quello che accade dopo. Il fatto del processo è un fotogramma, non un filmato, e la pretesa è che quel fotogramma rappresenti il tutto. È inconciliabile, questa prospettiva, con quella della memoria, che lavora in un *continuum* inalterato ed inarrestato, tramandato e dinamico come quello dell'acqua in un fiume portata dalla corrente di città in città.

6. Quinto paradosso.

La giustizia è anche un'alterazione della memoria sotto il profilo della vendetta. Rappresenta la memoria che si vendica. La memoria, quando vuole vendicarsi, usa la giustizia.

La negazione della memoria di Cadorna con la rimozione delle sue statue non la fai se non hai una norma ed un atto giuridico che la eseguono (un provvedimento o una sentenza). La rimozione della memoria, che è essa stessa memoria, ha bisogno della giustizia perché rappresenta la vendetta della memoria.

Ne ha bisogno, la memoria, anche quando si protegge. Napoleone rimuove la religione e suoi simboli non con la forza, ma con le norme e i provvedimenti (si pensi alle norme sui beni pubblici). La legge polacca sulla ridefinizione dei campi di concentramento altro non è che la giustizia con cui la memoria si protegge attraverso il diritto da possibili future sue alterazioni che alla espressione "campi di concentramento polacchi" diano un colore diverso da quello che oggi si conserva, trasformando la Polonia, da mero luogo ospite del campo, nell'attore della tragedia del campo.

7. Sesto paradosso.

Il sesto paradosso, ovvero la pazienza della memoria. La memoria ha pazienza e torna. Ancora una volta, il caso di Lucrezio è emblematico. Per secoli è ignorato, cancellato. La memoria, però, ha pazienza. Basta un caso, basta che qualcuno trovi un manoscritto miniato da un consapevole abate perché la memoria torni e Lucrezio riviva dal nulla.

La giustizia, no. La giustizia non ha pazienza e non torna. Intanto, perché una sentenza può contraddire una sentenza del giorno prima anche negli ordinamenti di *Common Law*, checché se ne dica, pur se in forma più educata. In secondo luogo, perché la giustizia si contraddice da sola. La riforma in appello o la cassazione di una sentenza altro non sono se una prova della contraddizione manifesta della memoria processuale e della giustizia. Non rappresentano un'opinione diversa che si costruisce pian piano, ma la cancellazione della memoria precedente appena finita. La giustizia si suicida.

8. Il paradosso dei paradossi.

Memorie giustizia, che ho disegnato come concetti inconciliabili, hanno bisogno l'una dell'altra, perché la memoria, come vendetta o protezione, ha bisogno della giustizia per imporsi e la giustizia ha bisogno della memoria perché la memoria custodisce i simboli e il diritto si serve dei simboli.

La "resistenza" non è *copyright* ma è un simbolo. Il diritto ha bisogno dei simboli che prende dalla memoria storicizza sotto il profilo giuridico. Il rito della individuazione della salma del milite ignoto è particolarmente evocativo del tema che tratto. È fatto di una madre che ha perso il figlio in battaglia e che viene chiamata a scegliere tra molte bare senza nome. È fatto del viaggio della salma, della celebrazione ad Aquileia. Il diritto, che ha bisogno di giuridicizzare l'evento e di perpetuarlo come obbligo, si serve dei simboli che solo la memoria sa creare e custodire. È straordinario che ogni paese abbia un milite ignoto e che il processo sia comune a tutti paesi. In America esiste il milite ignoto, anche se gli hanno inventato un nome. È comunque la giuridicizzazione di un simbolo.

È curioso come le due grandi ingannatrici in concorrenza tra loro, memoria e giustizia, non solo siano legate dal bisogno reciproco, ma facciano dell'inganno il proprio fondamento. Loggettivizzazione dei fatti è un inganno a cui entrambe tendono e che entrambe difendono

con sanzioni. La giustizia muove per sanzioni e la memoria muove per sanzioni (la rimozione dell'estate di Cadorna, Caporetto che si fa' simbolo di disfatta).

A ben vedere, le sanzioni della memoria sono più afflittive di quelle della giustizia, come potrebbe testimoniare Günther Grass, punito per aver svelato l'inganno della memoria. Egli non è sanzionato perché a diciassette anni aveva fatto parte della Hitlerjugend, ma perché, rivelandolo, ha svelato l'inganno della memoria che l'aveva costruito come archetipo dell'intellettuale di sinistra del secondo dopoguerra. La memoria è durissima nel sanzionare chi svela i suoi inganni. Certo, quest'ultimo esempio ci serve ad essere più sereni, perché è evidente che in Italia la memoria è meno permalosa e le sue sanzioni, come accade per le sanzioni della giustizia, sono più miti e blande.