

LA NUOVA GIURIDICA

FLORENCE LAW REVIEW

ISSN 2974-5640

2025 2

memoria

GENERAL INFORMATION

La Nuova Giuridica - Florence Law Review is a student-run, peer-reviewed, open access journal published by the University of Florence, Department of Legal Studies. The Journal is published twice a year (all year around).

Publication number E-ISSN 2974-5640. The Journal is hosted and maintained by OJS/PKP.

ADDRESS

La Nuova Giuridica - Florence Law Review
c/o University of Florence, Department of Legal Studies

Via delle Pandette, 32

50127 Firenze (Italy)

Email

lanuovagiuridica@giurisprudenza.unifi.it

Website

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica/index>

SUBMISSIONS

La Nuova Giuridica - Florence Law Review welcomes submissions of articles, essays, and book reviews. Contributors are invited to submit their pieces via online form.

Please visit our website for further information.



Scientific Board

Prof. Chiara Cudia	University of Florence
Prof. Chiara Favilli	University of Florence
Prof. Ilaria Pagni	University of Florence
Prof. Irene Stolzi	University of Florence
Prof. Simone Torricelli	University of Florence
Prof. Giuseppe Guizzi	University of Rome “Tor Vergata”
Prof. Alfons Aragoneses	University of Barcelona
Prof. Andrea Schneider	Yeshiva University
Prof. Michal Alberstein	University of Tel-Aviv
Prof. Filippo Danovi	University of Milan-Bicocca
Prof. Tommaso Greco	University of Pisa
Advocate General of the Court of Justice of the European Union,	
Prof. Andrea Biondi	King’s College
Prof. Filippo Valguarnera	University of Gothenburg
Prof. Michele Graziadei	University of Turin
Prof. Sebastian Martin	University of Seville
Prof. emeritus Pietro Costa	University of Florence
President emeritus of the Italian Constitutional Court,	
Prof. emeritus Paolo Grossi†	University of Florence
Prof. emeritus Francesco Carlo Palazzo	University of Florence
Prof. emeritus Domenico Sorace	University of Florence
Prof. emeritus Vincenzo Varano	University of Florence
Prof. emeritus Giuseppe Vettori	University of Florence

Editorial Board

Prof. Tommaso Greco	University of Pisa
Prof.ssa Silvana Dalla Bontà	University of Trento
Prof. Andrea Simoncini	University of Florence
Prof.ssa Paola Lucarelli	University of Florence

Editorial Team

Editor-in-chief

Prof. Chiara Cudia University of Florence

Direttore responsabile

Avv. Giampaolo Di Marco

Managing editor

Ginevra Detti (founding member)	University of Florence
Giulia Lari (founding member)	University of Florence
Lapo Montelatici (founding member)	University of Florence
Francesco Maria Simoncini (founding member)	University of Rome “La Sapienza”
Duccio Bongiovanni	European University Institute
Natalia Cecconi	University of Turin
Federico Fidanza	University of Padua
Davide Graziuso	University of Florence
Marco Guglielmini	University of Florence
Giacomo Sequi	University of Campania “Luigi Vanvitelli”

Administrative and tax law

Journal editor - Giacomo Sequi	University of Campania “Luigi Vanvitelli”
Vice journal editor - Lorenzo Ricci	University of Bari
Sara Ammavuta	University of Florence
Bruno Ballerini	“Roma Tre” University
Alice Innocenti	University of Florence
Paolo Papini	University of Florence
Alessio Pastore	University of Florence

Criminal law

Journal editor - Giulia Lari	University of Florence
Vice journal editor - Lorenzo Tazzini	University of Florence
Vice journal editor - Federico Valente Bagattini	University of Florence
Gianluca Fini	University of Florence
Gaia Orlandini	University of Florence
Federica Laura Sirgiovanni	University of Florence

Giulio Zampini University of Florence

Constitutional, EU and international law

Journal editor - Duccio Bongiovanni European University Institute
Vice journal editor - Lapo Montelatici University of Florence
Lorenzo Corsi University of Florence
Nicole Fenti University of Florence
Francesca Iacopozzi University of Florence
Lorenzo Nencini University of Florence
University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Caterina Neri University of Florence

Private Law

Journal editor - Davide Graziuso University of Florence
Vice journal editor - Federico Fidanza University of Padua
Lorenzo Bacci University of Florence
Natalia Cecconi University of Turin
Ginevra Detti University of Florence
Camilla Freda University of Florence
Davide Graziuso University of Florence
Ermelinda Kurtulaj University of Florence
Alice Landi University of Florence
Francesco Maria Simoncini University of Rome “La Sapienza”
Elisa Verdelli University of Florence
Edoardo Zanasi University of Florence

History and philosophy of law

Journal editor - Marco Guglielmini University of Florence
Edoardo Giuliani University of Florence
Matteo Giuliani University of Florence
Matilde Graziani University of Florence
Matteo Paolanti University of Siena
Filippo Pasquale University of Florence
Francesco Nicola Vestrini University of Florence

Graphic Designer

Arch. Emanuele Cremona

INDICE

Editoriale..... I

*

A. TRAVI, *La memoria*..... 1

*

E. STOLFI, *Memoria, identità, tradizione. Brevi osservazioni in chiave storico-giuridica*..... 6

M. ALTIMARI, *L'esclusione dal lavoro degli ebrei italiani sotto il fascismo*..... 20

M. CECCHI, *Dimmi che iscrizioni hai e ti dirò chi sei. La memoria del casellario giudiziale e le sue ricadute giuridico-sociali. Un invito allo studio*..... 42

*

L. TOMBELLI, *Memoria, identità costituzionale e diritto penale: la funzione repressiva della giustizia nei confronti del negazionismo e dell'apologia dell'ideologia fascista*..... 56

*

M. COMPAGNUCCI, *Segretezza materna e tutela dell'identità del nato: il nodo giuridico del parto anonimo*..... 74

Spazio aperto

G. ASKITAS, *Haunted Legal Memory: Ibsen, International Law and the Ghosts of Yugoslavia*..... 88

E. GIULIANI, *Memorie di legalità. Disamina delle riflessioni mature di Piero Calamandrei sul principio di legalità declinato in chiave costituzionale*..... 103

Gli incontri de La Nuova Giuridica

M. FRAU, *Democrazia militante e democrazia aperta: due memorie storiche, due modelli costituzionali*..... 115

M. RIZZUTI, *Diritto alla memoria e diritto all'oblio*..... 132

MEMORIA

L'ottavo volume de *La nuova giuridica* conclude il percorso, inaugurato con la precedente pubblicazione, dedicato alla riflessione attorno a due concetti di preminente rilievo storico-filosofico quali la *Verità* e la *Memoria*.

Il diritto è per sua natura una pratica temporale, all'interno della quale alla memoria è riservato un posto speciale che informa la stessa normatività giuridica. Come il Giano Bifronte, il diritto opera nel presente ma è costantemente e contemporaneamente orientato al passato, per un verso, e al futuro, per un altro. Per dirla con Luhmann, il diritto si muove «all'indietro nel futuro» nel tentativo di fronteggiare la complessità sociale mediante risposte istituzionali che concorrono, in ultima istanza, ai processi di elaborazione e rielaborazione delle memorie collettive. Le intersezioni tra memoria e diritto si manifestano in una pluralità di ambiti. Esse emergono, anzitutto, nella legislazione, che incorpora esperienze storiche traducendole in precetti normativi; nella giurisprudenza, che ricerca una continuità interpretativa attraverso la riaffermazione e il consolidamento dei precedenti; nonché, in modo particolarmente significativo, nei processi di giustizia transizionale, volti a confrontarsi con traumatiche eredità storiche. In ciascuna di queste dimensioni, il diritto è chiamato a selezionare, organizzare e attribuire significato al passato, contribuendo così alla produzione – o alla cristallizzazione – di una memoria condivisa.

Interrogarsi sul rapporto tra memoria e diritto significa, in buona sostanza, riflettere sulla funzione stessa della normatività: il diritto non serve soltanto a regolare i comportamenti dei consociati ma contribuisce anche alla costruzione del tempo e dello spazio sociale definendo ciò che una comunità decide di ricordare e di dimenticare.

Aprire il volume uno scritto di Aldo Travi il quale, ricordando che di memoria – in quanto testo – si parla in ogni «ordine processuale», si occupa di indagare le sue corrette modalità di redazione affinché «risulti funzionale all'obiettivo generale al quale è indirizzata nel processo».

Emanuele Stolfi dedica il suo contributo ai diversi modi in cui il giurista si relaziona con il passato, esplorando in tal modo il significato che, nel campo della teoria e della storia del diritto, assumono i concetti di memoria, di identità e di tradizione.

Mirko Altimari, invece, si sofferma sul fenomeno dell'esclusione dal lavoro degli ebrei italiani durante il periodo fascista analizzando criticamente i meccanismi introdotti dalle leggi razziali del 1938 e le misure riparatorie adottate nel dopoguerra.

Marco Cecchi declina il tema della memoria in relazione al casellario giudiziale ed alle sue conseguenze sociali segnalando, da un parte, la rilevanza di questo strumento ai fini del controllo sociale ma anche, dall'altra, i potenziali rischi di lesione dei diritti e delle libertà fondamentali per chi vi viene iscritto.

Nella sezione destinata alle riflessioni dei dottorandi e degli studenti troviamo il contributo di Lorenzo Tombelli che riflette sul complesso rapporto tra la tutela della memoria storica ed il diritto penale, con riguardo speciale al valore costituzionale dell'antifascismo. Margherita Compagnucci, invece, affronta il tema del parto anonimo e del difficile intreccio dei diritti all'anonimato della madre ed alla conoscenza delle proprie origini del figlio.

Nella sezione "Spazio aperto", Giorgos Askitas propone un'originale lettura in chiave teatrale del contesto giuridico e memoriale post-jugoslavo, avvalendosi dei personaggi della pièce "Gli spettri" di Henrik Ibsen quali strumenti ermeneutici attraverso cui analizzare le risposte, tanto nazionali quanto internazionali, a quella complessa e drammatica esperienza storica. Edoardo Giuliani ripercorre la riflessione sul concetto di legalità, in particolare di legalità costituzionale, di Piero Calamandrei attraverso la lettura degli atti processuali del processo Dolci e delle opere del giurista fiorentino.

In chiusura del presente volume, siamo lieti di pubblicare alcuni degli interventi tenuti all'incontro di presentazione e discussione dell'opera qui introdotta che nel maggio 2025 ha visto un'ampia e qualificata partecipazione della comunità giuridica fiorentina. Nella sezione che raccoglie gli atti degli *Incontri de La Nuova Giuridica*, Matteo Frau ricostruisce il concetto di democrazia militante elaborato da Karl Loewenstein, come tecnica di sovversione delle democrazie, in risposta al fascismo. Marco Rizzuti riflette, invece, sulla categoria giuridica del diritto all'oblio – inteso come diritto alla non conservazione ed alla cancellazione di informazioni relative al passato – di centrale attualità nell'epoca della nuove tecnologie.

Duccio Bongiovanni
Natalia Cecconi
Ginevra Detti
Federico Fidanza
Davide Graziuso
Marco Guglielmini
Giulia Lari

Lapo Montelatici
Giacomo Sequi
Francesco Maria Simoncini
Lorenzo Tazzini

LA MEMORIA

ALDO TRAVI*

Una memoria è, in ogni ordine di processo, un testo nel quale la parte, in genere rappresentata dal suo difensore, illustra le proprie ragioni e le proprie istanze o conclusioni. Col termine ‘memoria’ viene pertanto designato un atto che può assumere pertanto connotazioni diverse, in relazione al tipo di procedimento giurisdizionale, al grado del giudizio, alla fase del suo svolgimento: la legge processuale, o, nei casi in cui la presentazione di una memoria sia richiesta o sollecitata dal magistrato, il provvedimento che ne prevede la presentazione, consentono di stabilire quale debbano essere i contenuti rilevanti. Di conseguenza, per esempio, una memoria conclusionale rappresenta nel giudizio civile ordinario e nel giudizio amministrativo una difesa alla quale in genere viene riconosciuto un particolare rilievo, nella quale la parte è chiamata ad illustrare con puntualità tutte le sue ragioni e tutti gli argomenti che possono sostenerle. La successiva memoria di replica, negli stessi giudizi, è la difesa finale nella quale la parte può prendere posizione in modo organico rispetto a quanto esposto nella memoria conclusionale avversaria. La memoria è uno strumento di comunicazione nel processo, ma quale sia l’oggetto della comunicazione può essere molto vario.

Le riflessioni, in questa prospettiva, potrebbero indirizzarsi sui diversi tipi di memorie, in base alla loro collocazione nel processo o addirittura in un certo processo. Un’indagine del genere finirebbe, però, col riprodurre semplicemente l’andamento del processo alla luce della sua disciplina propria: in definitiva si risolverebbe in un corollario dello studio di quel determinato processo (civile, penale, amministrativo, con le ulteriori specificazioni che li caratterizzano). Studiare le memorie in questa prospettiva equivale ad effettuare una ricognizione delle regole processuali, ponendo in evidenza le interlocuzioni fra le parti e col magistrato, i principi che le caratterizzano (riconducibili, in primo luogo, alla garanzia del contraddittorio e al canone della terzietà del giudice), gli effetti che producono (si pensi, per esempio, all’importanza che può assumere la deduzione di una circostanza in una certa memoria, con riferimento a circostanze di fatto o di diritto che il magistrato non possa introdurre d’ufficio). Mi sembra più interessante, però, esaminare i profili comuni alle diverse tipologie di memorie, ossia ciò che, prescindendo dal particolare contesto processuale, deve essere

* Professore emerito di Diritto amministrativo presso l’Università Cattolica di Milano.

considerato in termini generali ai fini della redazione di una memoria. In altre parole mi sembra interessante indagare su come debba essere redatta una memoria, perché essa risulti funzionale all'obiettivo generale al quale è indirizzata nel processo.

La redazione di una memoria, in questa prospettiva, va inquadrata in un contesto di comunicazione di dati o di convinzioni che è diverso rispetto al contesto di comunicazione che deve essere considerato da chi, per esempio, affronta una questione rilevante per il diritto in un'indagine di tipo accademico o puramente scientifico, e ciò vale anche se ricorrono alcuni significativi profili comuni. Può essere interessante, a questo punto, porre in evidenza sia gli elementi di diversità, che gli elementi comuni.

Una memoria in qualsiasi ordine processuale non può tradursi soltanto nell'illustrazione di una soluzione di una certa questione rilevante per il diritto, ma deve avere un carattere ulteriore: deve cercare di essere persuasiva. Ciò significa che l'esposizione deve perciò essere 'calibrata' sulle caratteristiche (di preparazione, di esperienza, ecc.) del lettore cui è destinata.

Questo punto merita di essere precisato. La memoria è opera di una parte, ma non si risolve mai in un monologo: deve contenere argomenti che convincano il magistrato e che lo inducano a ritenere preferibile la ricostruzione delle ragioni di fatto e di diritto della parte che presenta la memoria stessa. Questa esigenza di persuasione si esprime nel modo con cui sono esposte le ragioni della parte: per esempio, seguendo un ordine che conduca, sulla base di ragioni logiche o di argomenti senso comune, ad accogliere come necessaria la soluzione proposta da quella parte; ponendo in evidenza, rispetto ad ogni tesi, gli argomenti di fatto e di diritto che la sostengono; sottolineando le smagliature delle tesi avversarie o le incongruenze cui condurrebbe la loro condivisione. Si può obiettare, certamente, che elementi analoghi si riscontrano anche in uno studio di carattere scientifico: sostenere una tesi scientifica implica normalmente anche misurarsi contro tesi divergenti e richiede perciò un confronto argomentato con queste altre tesi. Il valore di uno scritto scientifico, anzi, emerge proprio da questo confronto e nello stesso tempo il confronto con tesi differenti rappresenta sempre uno stimolo straordinario per approfondire una tesi e per farne emergere il valore. Anche uno studio che sia veramente scientifico non è mai un monologo: spesso avvia un dialogo di straordinaria ricchezza, che prosegue nel tempo e che consente anche a lettori di epoche diverse di misurarsi in un'appassionante contemporaneità con l'autore e con la sua opera.

Una memoria processuale ha però un lettore privilegiato, il magistrato, e perciò deve essere calibrata sulla sua tipica preparazione professionale, sulla sua sensibilità - che può cogliersi da precedenti pronunce sue o di altri giudizi - sulla sua cultura. Mi sembra che un esempio possa aiutare a comprendere meglio questo punto. In una memoria processuale l'argomentazione molto spesso è pienamente efficace quando viene sostenuta da un precedente giurisprudenziale

congruente, la cui autorevolezza può essere riconosciuta in base a vari fattori: la posizione del giudice che l'abbia pronunciata; il fatto che si tratti di una pronuncia recente; la circostanza che trovi un ampio consenso nella giurisprudenza; la specifica coerenza con l'oggetto della vertenza in corso; ecc. Rispetto alla memoria processuale, il precedente giurisprudenziale è dotato perciò di una specifica carica persuasiva, e ciò vale anche nel nostro Paese, in cui il precedente non costituisce diritto (anche se le soluzioni accolte più di recente dal legislatore tendono a limitare, nell'ambito delle giurisdizioni superiori, l'eventualità di orientamenti contrastanti). Invece rispetto a uno scritto scientifico il precedente giurisprudenziale è dotato di un'autorità minore: non può rappresentare la chiave di volta dell'argomentazione, ma l'attenzione dell'autore deve semmai indirizzarsi verso la bontà degli argomenti che ricorrono in quella pronuncia. Riconoscere che l'attenzione deve indirizzarsi verso la bontà degli argomenti significa che, in uno scritto scientifico, non è la pronuncia in quanto tale che possa avere un reale valore persuasivo, come invece si verifica spesso in una memoria processuale.

Si è precisato che la memoria è un testo indirizzato al magistrato: ciò vale non solo in termini formali (si pensi alla necessità di indicare, in ogni memoria, l'ufficio giudiziario cui è diretta), ma anche in termini sostanziali (la persuasività della memoria va misurata rispetto al magistrato). A questa considerazione si potrebbe forse obiettare che in genere, nel processo, la presentazione di una memoria si inserisce in una dialettica ispirata alla garanzia del contraddittorio: dunque il primo 'lettore' è costituito dalla controparte. Penso, però, che questa obiezione non sia fondata. Una memoria processuale non ha l'ambizione di convincere la controparte della bontà di tesi contrarie a quanto da lui sostenuto; anzi, anche la 'misura' su cui va calibrata la capacità persuasiva di una memoria non è mai la cultura dell'avversario. Nel processo rileva un'unica cultura, quella del magistrato, ed è ad essa che devono adeguarsi tutte le parti. Chi non si adegua, è destinato a non essere capito. Se la memoria è destinata a non essere capita dal magistrato, anche il suo obiettivo fondamentale non può essere conseguito.

La capacità persuasiva di una memoria deve, però, essere sostenuta anche dalla capacità di chi la redige di comunicare adeguatamente le proprie argomentazioni. Il tema non è più quello che abbiamo appena esaminato e che è rappresentato dalla obiettiva condivisibilità di una certa tesi, ma è rappresentato dal modo con cui un'argomentazione è presentata. Da questo punto di vista diventano decisivi i canoni di chiarezza e di sinteticità nella redazione della memoria.

Chiarezza e sinteticità sono due termini che vengono ormai richiamati anche dalla legge come canoni per la redazione degli atti processuali e la loro rilevanza sembra accresciuta nei tempi più recenti dalla previsione di penalizzazioni (soprattutto in termini di liquidazione delle spese processuali) a carico della parte che li abbia disatteso. I due termini in effetti documentano anche un intervento più pervasivo della legge processuale rispetto ad un ambito – quello

delle modalità di redazione dell'atto processuale – che tradizionalmente era riservato alle scelte e all'individualità del difensore. Lo 'stile' nella redazione di una memoria sembrava in passato uno spazio rispetto al quale il magistrato avrebbe dovuto mantenere un atteggiamento 'passivo', con esclusione di qualsiasi possibilità di critica. Oggi, entro certi limiti, non è più così: la codificazione dei canoni di chiarezza e di sinteticità lo dimostra. Nello stesso tempo chiarezza e sinteticità non possono essere considerati soltanto come parametri imposti dalla norma processuale, ma di per sé irrilevanti rispetto alla stessa funzionalità di una memoria processuale. Una memoria che sia conforme a canoni di chiarezza e sinteticità è di per sé più efficace di una memoria ripetitiva e prolissa, ossia di una memoria che non rispetti questi canoni.

Per capire meglio questa affermazione è utile riepilogare quali elementi siano identificati dai caratteri di chiarezza e di sinteticità.

La chiarezza implica la circostanza che la tesi esposta nella memoria sia agevolmente comprensibile. Utilizzare espressioni gergali, introdurre espressioni che lasciano spazi a dubbi, seguire un'esposizione disordinata sono fattori che contraddicono il canone della chiarezza. E una difesa che non sia chiara o che richiede una attività di 'decifrazione' da parte del magistrato ha minori probabilità di essere accolta. Un ragionamento chiaro è anche più efficace, perché è in grado di far presa più facilmente. L'esposizione degli argomenti in modo disordinato, senza rispettare un ordine evidente, rende meno agevole la comprensione della tesi che si vuole sostenere. Per esempio, un errore che si riscontra con una certa frequenza nelle memorie è rappresentato dalla ripetizione degli stessi argomenti: ripetere uno stesso argomento (a maggiore ragione se la ripetizione si riscontra in parti diverse della memoria) non sottolinea in alcun modo l'importanza di quell'argomento, ma svilisce la sua illustrazione. Un argomento efficace, se viene espresso in modo chiaro, va espresso nel punto giusto di una memoria, ma una volta sola.

Scrivere una memoria richiede pertanto una capacità di esprimersi in modo appropriato nella lingua italiana. L'utilizzo di espressioni oscure rispecchia molte volte una scarsa preparazione dal punto di vista linguistico (esattamente come si riscontra nel caso di ricorso a formule gergali: si pensi al "di cui all'art. ...", che costella un gergo giuridico obiettivamente mediocre). Inoltre di fronte ad espressioni oscure il magistrato sarà facilmente condotto a convincersi che l'oscurità non sia solo un dato formale, attinente all'esposizione di quella tesi, ma sia un dato anche sostanziale, che rispecchia la debolezza intrinseca di quella tesi. Chi scrive deve farsi capire, anzi, deve farsi capire subito, senza la necessità di obbligare il magistrato (e l'avversario) a defatiganti 'riletture'.

La sinteticità richiama, a mio parere, un altro ordine di criteri. La sinteticità viene identificata comunemente con l'esigenza di evitare parole inutili: si tratta in genere di note di colore, rappresentate da aggettivi o attributi che nulla aggiungono a un'argomentazione rigorosa svolta nella memoria. L'esigenza di

sinteticità richiama la necessità di evitare parole inutili: un argomento deve essere illustrato in modo completo, ma senza una parola in più rispetto a quanto necessario. Il modello matematico dell'argomentazione si coglie con evidenza: la dimostrazione di un teorema di geometria è rappresentata da un'argomentazione che evita passaggi superflui.

In realtà la sinteticità ha anche altre, e più profonde, ragioni. Riuscire ad esporre, in una memoria processuale, una tesi in modo sintetico significa, innanzi tutto, essere in grado di cogliere i profili veramente rilevanti (sul piano giuridico) di una certa questione. Ciò che va omesso è tutto ciò che non è giuridicamente rilevante rispetto a quella questione. In questo modo, a ben vedere, il ragionamento diventa più trasparente e più facilmente comprensibile: dunque, diventa più efficace. La memoria non è un 'memoriale'.

È evidente come questo modo di procedere sia opposto rispetto a certe convinzioni diffuse, secondo cui la lunghezza di una difesa rappresenterebbe un elemento di per sé apprezzabile e testimonierebbe l'impegno e la serietà del difensore che l'ha redatta. Si tratta di una convinzione del tutto erronea. Anzi, si tratta di una convinzione che può indurre facilmente a dubitare che la lunghezza della difesa sia un espediente di una strategia condotta dal difensore per acquisire, nei confronti del cliente, un merito che non gli spetta.

**MEMORIA, IDENTITÀ, TRADIZIONE.
BREVI OSSERVAZIONI IN CHIAVE STORICO-GIURIDICA**

EMANUELE STOLFI*

Questo contributo è dedicato ai diversi modi in cui il giurista si relaziona col passato, e quindi al significato che, nel campo della teoria e storia giuridica, assumono memoria (in particolare memoria culturale), identità e tradizione. Una specifica attenzione è rivolta al rapporto fra memoria e oblio, fra tradizione e analisi storiografica, fra selezione del passato e costruzione dell'identità.

This paper focuses on the different ways in which the jurist relates to the past, and therefore on the meaning that memory (particularly cultural memory), identity and tradition assume in the field of legal science. Specific attention is dedicated to the relationship between memory and oblivion, between tradition and historiographical analysis, between selection of the past and construction of identity.

SOMMARIO: 1. Non solo memoria. – 2. Mnemosyne e Lete. – 3. Le insidie dell'identità (e della rinuncia a parlarne). – 4. Un tramonto della tradizione?

1. *Non solo memoria.* – Col passato ogni uomo, e ogni società, può entrare in contatto in molteplici forme¹. Il giurista non fa certo eccezione, e così il mondo del diritto nel suo insieme. Realtà ed eventi trascorsi – inclusi i regimi normativi vigenti in un tempo ormai concluso, nonché l'esperienza e la cultura giuridica che allora presero vita – costituiscono per definizione «una 'cosa che non c'è'»²: sottratta, oggi, alla nostra diretta percezione e ricomponibile solo attraverso una trama complessa di testimonianze e ipotesi. La facoltà (o esercizio) della memoria salva il passato³, risparmiandogli di scivolare nell'oblio – l'autentico “nulla” a cui altrimenti sarebbe naturalmente destinato.

¹ Un loro censimento, rapsodico ma suggestivo, è ad esempio in M. BRETONE, *Dieci modi di vivere il passato*, Roma-Bari, 1991.

² Cfr. P. COSTA, *'Dire la verità': una missione impossibile per la storiografia?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2020, XLIX, p. 11 (ma l'intero saggio è da meditare con attenzione).

³ Più propriamente una sua porzione: quella stimata più meritevole di essere tramandata, o anche solo favorita da fortuite contingenze: vi tornerò al § 2.

* Professore ordinario presso l'Università di Siena.

Quando, due millenni e mezzo fa, irruppe un sapere nuovo⁴ – dedito alla “indagine” (*historie*, appunto) attorno a una serie di accadimenti, pur se in quel caso recenti, e dei loro più lontani presupposti – proprio questo veniva indicato da Erodoto come il proprio obiettivo: «affinché le azioni degli uomini non vadano perdute con il tempo e le imprese grandi e meravigliose, compiute sia dai Greci che dai barbari, non rimangano prive di fama»⁵. Fin troppo ovvio osservare, allora, che senza memoria nessuna storiografia sarebbe pensabile: che la prima ne sia, al tempo stesso, condizione di esistenza e finalità essenziale.

Eppure la memoria può realizzarsi, e anche farsi “letteratura”, tramite molte altre strade – a cominciare dalla poesia, che sin dall’epica omerica mirava ad assolvere una funzione analoga: perpetuare il ricordo di gesta eroiche, così da assicurare *mnemosýne* e buona *dóxa* a chi avesse dato prova della propria *areté*. D’altra parte, per aversi storiografia non è sufficiente rievocare quanto ci ha (o si dice ci abbia) preceduto⁶: è richiesta una severa «ricerca della verità» (la tucididea *zétesis tes alethéias*)⁷, sorretta da una minuziosa raccolta e cernita delle informazioni⁸. Occorre inoltre una spiccata capacità di procedere in via congetturale, soppesando la plausibilità delle diverse versioni: così da ricostruire, sulla scorta degli esiti a noi prossimi e più agevolmente conoscibili, i loro antefatti e le rispettive cause⁹.

Quello dello storico, notoriamente, non è solo un lavoro di asettica registrazione dell’accaduto¹⁰ (e neppure di acritico accumulo di notizie), ma di autentica interpretazione di quanto si dispiega nella diacronia: un “trovare” (*heuriskein*) i fatti – ma nel senso, ancora tucidideo, della loro piena e profonda comprensione¹¹, proiettata sino al proprio tempo e ai suoi possibili sviluppi. A sua

⁴ Incisivo A. MOMIGLIANO, *Lo sviluppo della biografia greca*, Torino, 1974, p. 41, secondo il quale «la storiografia colse i Greci di sorpresa nel V secolo».

⁵ Così nel noto proemio delle *Storie*.

⁶ Il cui suono, per chi ne rimanesse incantato – e dunque distolto da «ciò che sarà» –, potrebbe riuscire narcotico e persino letale, come nel canto delle sirene odissiache: D. SUSANETTI, *Luce delle Muse. La sapienza greca e la magia della parola*, Milano, 2019, p. 66.

⁷ Già Erodoto, peraltro, considerava suo compito riferire quanto a lui comunicato (*léghein ta legómena*), ma senza «l’obbligo di credere a tutti». Così in *Storie* 7.152.3, ove è precisato che non si tratta di un atteggiamento inerente solo ai fatti di cui si sta narrando in quel momento: «questa affermazione valga per tutta la mia opera».

⁸ Per cui, sin dai tempi di Ecateo ed Erodoto, «every story produced by a historian implies the elimination of alternative stories» (in quanto dell’una si mostra l’essere «in agreement with the evidence», delle altre l’essere «in conflict with the evidence»): A. MOMIGLIANO, *The Rhetoric of History and the History of Rhetoric: On Hayden White’s Tropes*, ora in Id., *Settimo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, Roma, 1984, p. 51.

⁹ Sul modo in cui questi cruciali profili di metodo iniziarono a essere tematizzati proprio con Erodoto e Tuciddide, nel V secolo a.C., posso ora rinviare a E. STOLFI, *Indizi e indagini in Grecia antica. Attività giudiziarie, storiografia, medicina*, Milano-Udine, 2025, pp. 107 ss. e 224 ss. ove bibl.

¹⁰ Come avrebbe voluto la fortunata ingenuità di Ranke, dedito a esporre «cosa veramente accadde». Su questa formula, risalente a uno scritto del 1824, cfr. già M. BLOCH, *Apologia della storia o mestiere di storico*, trad. it., Torino, 1969 [ed. or. 1949], p. 123 e poi almeno L. CANFORA, *Noi e gli antichi. Perché lo studio dei Greci e dei Romani giova all’intelligenza dei moderni*, Milano, 2002, p. 66 e COSTA, *Dire la verità*, cit., pp. 16 ss.

¹¹ Importante, al riguardo, L. CANFORA, «Trovare» i fatti storici, in *Quaderni di storia*, 1981, XIII, pp. 211 ss.

volta, è altrettanto evidente che l'opera degli storici (o almeno dei più influenti fra loro) condiziona la memoria collettiva.

Pensiamo a come il nostro immaginario sia ancora influenzato dalla valutazione che certi autori, con le loro evidenti visioni "di parte", formularono attorno a eventi o figure che erano in realtà, presso i loro contemporanei, al centro di ben altri giudizi. Esempio il caso di Nerone: uno degli imperatori più amati dalla plebe romana e oggetto invece di un'autentica *damnatio memoriae* nella lettura filosenatoria di Tacito, che abbiamo in larga misura ereditato. Già da questo punto di vista, dunque, le cose si complicano, i percorsi di memoria ed esercizio storiografico si discostano, i loro rapporti assumono direzioni biunivoche. E naturalmente ho fin qui semplificato molto (forse troppo) il discorso. Impossibile, in particolare, addentrarsi sulla distinzione fra memoria e ricordo – che pure riveste grande importanza, sia a livello di funzioni psicologiche che su un piano di storia delle idee¹².

Fondamentale riesce, inoltre, la categoria di «memoria culturale». Di essa – che in ogni contesto «ha sempre i suoi detentori speciali» (sacerdoti, studiosi, artisti e svariati altri «delegati al sapere») – è stato osservato che «si orienta in base a punti fissi nel passato», il quale «si coagula [...] in figure simboliche a cui viene agganciato il ricordo» e che spesso risalgono a un'età remota, in ciò distinguendosi nettamente dalla «memoria comunicativa» (che «comprende i ricordi che si riferiscono al passato recente», a cominciare da quelli «che un essere umano condivide con i suoi contemporanei», come nel caso della «memoria generazionale»)¹³. Così configurata, la «memoria culturale» risponde evidentemente «alle aspettative di un determinato gruppo»¹⁴. Anziché esaurirsi nella mente del singolo o incanalarsi nei protocolli di una disciplina scientifica, essa è chiamata a fondare o cementare il senso di appartenenza di (e a) una collettività; attenua o elide «la differenza tra mito e storia» – al punto che «la storia *de facto* viene trasformata in storia ricordata e dunque in mito», il quale è a sua volta «una storia fondante, [...] raccontata per chiarire il presente alla luce delle origini»¹⁵.

Occorre non perdere di vista questa nozione, perché mi sembra di una certa fecondità anche per comprendere come il passato – più precisamente, un determinato passato, più spesso lontano che vicino, ma comunque accuratamente scelto e ridefinito – abbia concorso a fissare certi caratteri di fondo del nostro

¹² Basti pensare a Bergson, con la distanza da lui tracciata fra la selettività del ricordo e la memoria che fa invece dell'intero passato qualcosa che è in ogni momento «incalzante alla porta della coscienza».

¹³ Traggo le citazioni dall'autore a cui si devono le riflessioni più penetranti sul tema, ossia J. ASSMANN, *La memoria culturale. Scrittura, ricordo e identità politica nelle grandi civiltà antiche*, trad. it., Torino, 1997, pp. 24 ss. (in precedenza [pp. XV ss.] egli evoca altre due forme di memoria: quella «mimetica» e quella «delle cose»). Ulteriori indicazioni, anche bibliografiche, in M. BETTINI, *Roma, città della parola. Oralità Memoria Diritto Religione Poesia*, Torino, 2022, spec. pp. 44 e 316.

¹⁴ BETTINI, *Roma*, cit., p. 44.

¹⁵ Sono ancora parole di ASSMANN, *La memoria*, cit., pp. 26 ss.

diritto: la sua identità, nella composita valenza che questo concetto immancabilmente esibisce¹⁶. Prima di dedicarci a tale aspetto, vi è almeno un ultimo punto che vorrei toccare, poiché in campo giuridico si carica probabilmente di significati più incisivi che in altri. Si tratta del concetto di “tradizione”.

Anche quest’ultima – legata al vivido senso della persistenza del passato – trova punti d’intersezione con l’esame storico, ma non vi coincide affatto e neppure è così scontato che lo incoraggi e valorizzi. Può anzi accadere che tanto più forte e costitutivo è il ruolo della tradizione, tanto più venga inibita un’autentica diagnosi storica delle esperienze da cui essa prende avvio. Proprio il mondo giuridico ne offre una nitida testimonianza, laddove il salvataggio giustiniano di quanto (stimato) più rilevante nell’apporto di giuristi e imperatori dei secoli precedenti dette vita a un testo normativo – il *Corpus iuris civilis*, come lo si sarebbe poi denominato – coeso e compatto, che si pretendeva esente da lacune o antinomie, destinato a una lunghissima vigenza.

La straordinaria fortuna di quel testo – il suo collocarsi all’origine, appunto, di tutta una tradizione che vi guardava come al proprio «momento di validità»¹⁷ e quasi non contemplava altro lascito antico al di fuori della fissità sovrastorica e “sistematica” di quella silloge – ha sì consentito d’impiantare decisivi nuclei “neoromani” nel cuore della modernità giuridica, ma per porre (l’attività normativa imperiale e soprattutto) l’elaborazione dei *prudentes* al centro di una pressione “attualizzante”, che smarriva l’individualità dei vari contributi e rinunciava a ricomporre i contesti politici e intellettuali. Insomma, proprio ove era più forte la tradizione si faceva meno intensa, sino a dissolversi, la sensibilità storica¹⁸.

Anche su quest’idea di “tradizione” – i diversi significati che può rivestire, le ripercussioni che esercita sulla morfologia di un’esperienza giuridica, la crisi (forse) irreversibile a cui sembra oggi destinata – converrà tornare¹⁹. Basti intanto, per chiudere questa sommaria rassegna circa memoria e nozioni più o meno limitrofe, segnalare un duplice dato. Il primo, più generale, concerne qualsiasi forma di tradizione; il secondo la sua peculiare semantica nell’ambito del diritto.

¹⁶ Cfr. più avanti, § 3.

¹⁷ Attingo alla terminologia di P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, spec. pp. 154 ss., che ne ha valorizzato la dialettica, nel laboratorio sapienziale apertosi a partire dall’XI secolo, con un «momento di effettività» – tale da indurre a piegare la lettera giustiniana al soddisfacimento di esigenze sociali allora avvertite con inedita urgenza.

¹⁸ Vi ha insistito più volte Aldo Schiavone. Se ne veda, da ultimo, A. SCHIAVONE, *I giuristi romani, questi sconosciuti*, in *Giuristi romani*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2024, spec. pp. X ss. Circa lo stravolgimento che la compilazione giustiniana apportò rispetto ai tratti di fondo che per secoli avevano caratterizzato l’esperienza romana cfr. anche E. STOLFI, *Prima lezione di diritto romano*, Roma-Bari, 2023, spec. pp. 34 ss. e 47 ss. Non sorprende, dunque, se M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, 1994, p. 213 indica come data inaugurale della «storia del diritto romano», intesa come disciplina, solo il 1790, ossia l’anno in cui appare in prima edizione il *Lehrbuch der Rechtsgeschichte bis auf unsere Zeiten* (poi *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*) di Gustav Hugo.

¹⁹ Più avanti, § 4.

Consideriamo, infatti, come il concetto in questione evochi, fin dalla sua etimologia (da *tradere*, “consegnare”), un atto di trasmissione: più propriamente, una catena di passaggi che si realizza sull’arco di molteplici generazioni, ciascuna delle quali opera (si percepisce come operante) quale anello di un’unica catena entro cui un sapere – talora dai tratti quasi impersonali – transita, si consolida, accresce e rinnova (pena, altrimenti, il suo decadere a inerte erudizione). E tuttavia non si tratta di un fenomeno oggettivo e “naturale”, frutto di necessarie determinazioni che ci si limiti a registrare. Anche la tradizione – si usa ripetere²⁰ – è una “invenzione”, frutto di scelte e interventi più o meno discrezionali. Se preferiamo, di essa possiamo dire con Eliot che «non si eredita, si conquista»²¹. Anche in tal caso, pertanto, la memoria ha ben poco di spontaneo e necessario; non è affatto “innocente” o senza alternative. Anzi è proprio il suo esercizio, costitutivo del delinarsi della stessa tradizione, che lo storico ha sempre il dovere d’interrogare a fondo, decostruendone ogni presunta neutralità.

Vi è poi, come dicevo, la specificità del giuridico. Nel suo spazio – e qui di nuovo appare emblematico il caso del *Corpus iuris* giustiniano – oggetto di *traditio* non sono solo conoscenze, attitudini, tecniche. Spesso essa concerne anche, se non soprattutto, istituti e relativi regimi, regole e soluzioni normative. La loro provenienza dal passato – un passato tanto più prestigioso quanto più risalente – è percepita come un punto di forza: ne accresce l’autorevolezza e può persino ammantarle di un (illusorio) carattere di perennità, quasi fossimo di fronte a «dogmi»²² o *a priori* sottratti a ogni mutamento. Ma a loro volta, in realtà, le soluzioni immesse in quest’ininterrotta catena sono via via – come inevitabile – le più consone alle esigenze dei vari segmenti storici che ne formano gli anelli, e debitamente reinterpretate. La funzione pragmatica che costituisce la cifra essenziale di quanto viene così a stratificarsi intensifica le pressioni che si esercitano nella scelta di *tradere(/recipere)* o *non tradere(/recipere)* qualcosa: ne accentua ulteriormente il carattere di “costruzione” anziché di passiva e scontata ricezione.

E di nuovo non basta «credere alla tradizione», sentendosene in tutto partecipi, per accostarsi al passato in chiave effettivamente storica. In quell’approccio finiscono con l’esserne valorizzate solo persistenze e omologie rispetto agli esiti attuali. Esso interessa, in definitiva, proprio nel suo non essere

²⁰ Soprattutto dopo E.J. HOBBSAWN e T. RANGER, *L’invenzione della tradizione*, trad. it., Torino, 1987 [ed. or. 1983]. Ma si veda già, ad esempio, quanto a proposito dei Greci scriveva M.I. FINLEY, *Uso e abuso della storia. Il significato, lo studio e la comprensione del passato*, trad. it., Torino, 1981 [ed. or. 1971], p. 25: «la ‘tradizione’ non si è limitata a tramandare il passato: lo ha creato».

²¹ Come ricorda O. DILIBERTO, *La tradizione non si eredita, si conquista. Il diritto non è stasi, ma capacità di vivere il divenire*, in *Fondamenti del Diritto Europeo. Lezioni*, a cura di M.P. Baccari, Modena, 2008, pp. 71 ss., spec. 78.

²² Nel senso che ho cercato di chiarire in E. STOLFI, *I casi e la regola. Una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC. Roma, 22-23 febbraio 2013*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2014, pp. 40 ss. ove bibl. Affine l’accezione in cui ne parla M. BRUTTI, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di M. Brutti e A. Somma, Frankfurt am Main, 2018, pp. 55 ss.

pienamente altro da noi, per il suo pieno insinuarsi nell'oggi e quindi per quanto ne resta di più immediatamente spendibile, talvolta persino perché chiamato a legittimare gli assetti odierni, ospitandoli nel proprio alveo rassicurante. Uno spiccato tradizionalismo caratterizza da millenni il giurista – per quanto, ovviamente, declinato in forme assai diverse entro le varie esperienze, e in misura oggi assai meno scontata. Ma non reca con sé, necessariamente, interesse o talento per la comprensione storica: non da parte dei cultori del diritto vigente²³ ma neppure – sebbene ciò possa apparire paradossale – di quanti per professione siano dediti ad esperienze lontane.

Il modo in cui, come ricordato, per oltre un millennio ci si è accostati all'eredità testuale veicolata da Giustiniano – persino quando ormai priva di immediata vigenza – sta lì a dimostrarlo. Dai Glossatori ai maestri della Pandettistica (e per molti aspetti già della Scuola Storica, nonostante il nome), sino a certe correnti della giusantichistica novecentesca (Emilio Betti in testa), proprio il senso di una continuità senza cesure ha consegnato i materiali romani a uno studio in chiave esclusivamente giuridica e teorica. Ma qualcosa di analogo potrebbe già dirsi per i protagonisti di quell'esperienza: contraddistinti dal bisogno costante di confrontarsi coi propri predecessori²⁴, così da inscrivere le nuove dottrine nel solco delle vecchie, e tuttavia solo in qualche occasione (pur se da non sottovalutare, come invece è accaduto)²⁵ in grado di esercitare una compiuta «intelligenza storica»²⁶.

2. *Mnemosyne e Lete* – Ricordare, a livello sia personale che collettivo, significa selezionare. Dà la vertigine anche solo l'idea di poter conservare nella mente la totalità dell'accaduto – la vertigine che coglie il lettore del *Funes* borgesiano, per il cui protagonista persino «ciò che aveva pensato una sola volta non si cancellava mai più»²⁷. In ogni ambito la memoria non può prescindere

²³ Ha peraltro insistito sull'«uso cognitivamente forte della storia» quale caratteristica di alcuni filoni della scienza giuridica del secondo Novecento – uno dei principali risultati in cui, a suo avviso, si sarebbe esplicitato «il contributo della 'scuola' marxista al rinnovamento degli studi civilistici» – L. NIVARRA, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, 2015, pp. 78 ss. Ne ho discusso in E. STOLFI, *A proposito di clausole generali e 'guerra' tra Corti. Appunti da due incontri senesi*, estr. da *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2023, XVI, pp. 5 ss.

²⁴ Giusto quel «tradizionalismo» così tipico di tutta la vita romana, ma persino più marcato nei *prudentes*. Sul punto, fra i molti, F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it., Firenze, 1995 [ed. or. 1934], pp. 74 ss. e D. NÖRR, *I giuristi romani: tradizionalismo o progresso? Riflessioni su un problema inesattamente impostato*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja»*, 1981, LXXXIV, pp. 9 ss. Vede nella scienza giuridica romana una «tradizione vivente» M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1938, p. 282.

²⁵ Alludo in particolare a SCHULZ, *I principii*, cit., pp. 89 ss., che alla giurisprudenza romana attribuiva una «completa assenza di riflessione storica».

²⁶ Nel senso della «Geschichtsverständnis» di cui parlava D. NÖRR, *Pomponio o «della intelligenza storica dei giuristi romani»* [1976], trad. it. (con integrazioni e aggiornamenti a cura di M.A. Fino ed E. Stolfi), in *Rivista di diritto romano*, 2002, II, pp. 171 ss. Già insisteva sulla «prospettiva storica» dei giuristi romani C.A. MASCHI, *Il diritto romano. I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, Milano, 1966.

²⁷ Così appunto J.L. BORGES, *Funes, l'uomo della memoria* [1942], in Id., *Finzioni*, trad. it., Milano, 2003, p. 101.

dall'oblio: lo esige persino. L'uomo è anche, fra le sue molte ed enigmatiche prerogative, un *animal obliviscens*: dedito a esercitare, appunto, l'*ars oblivionalis* o, più precisamente, a sacrificare a Mnemosyne e a Lete assieme²⁸. Già in apertura delle *Considerazioni inattuali* dedicate a *L'utilità e il danno della storia per la vita*, Nietzsche lo aveva avvertito: «per ogni agire ci vuole oblio: come per la vita di ogni essere organico ci vuole non soltanto luce, ma anche oscurità»²⁹.

In che modo, possiamo allora domandarci, il giurista è interessato da questo fenomeno – che può avere ragioni casuali, con contingenze che precludono la trasmissione di opere e notizie, a tutto beneficio di altre³⁰, ma è talora anche frutto di scelte? Come partecipa il diritto a un simile gioco, per così dire, di intermittenze nella conservazione del passato? Certo vi si trovano formalmente sanciti elementi che attengono alla nostra polarità: dall'obbligo (o diritto, in certi casi) di conservare traccia di quanto avvenuto all'ipotesi inversa, che si esplica in figure quali l'amnistia – rivelatrice già sul piano etimologico –, la «cancellazione» di determinate notazioni soggettive o più in generale il «diritto all'oblio», tanto più avvertito nell'attuale proliferazione di dati e archivi informatici³¹. Ma non vi è solo questo. Soprattutto interessa, in questa sede, come la luce posta su certe matrici storiche, e l'ombra da cui altre sono state inghiottite, abbiano concorso a delineare tratti essenziali della «Western Legal Tradition»³².

Ricordo solo un interrogativo di fondo, spesso eluso e col quale invece mi sembrerebbe doveroso confrontarsi³³. Perché il diritto dei Romani – e tanto più il

²⁸ Riprendo l'immagine con cui si chiude la ricerca di H. WEINRICH, *Lete. Arte e critica dell'oblio*, trad. it., Bologna, 1999, p. 301. Sull'arte di «imparare a dimenticare», U. ECO, «*Ars oblivionalis*». *Sulla difficoltà di costruire un'«ars oblivionalis»*, in *Kos*, 1987, III, pp. 40 ss.; P. ROSSI, *Il passato, la memoria, l'oblio. Sei saggi di storia delle idee*, Bologna, 1991, spec. pp. 13 ss., 155 ss., 168 ss. e 195 ss.; U. ECO, *Dall'albero al labirinto. Studi storici sul segno e l'interpretazione*, Milano, 2007, pp. 79 ss. Cfr. anche M. BRETONE, *In difesa della storia*, Roma-Bari, 2000, pp. 45 ss.; M. BRUSATIN, *Arte dell'oblio*, Torino, 2000, pp. 3 ss. (ove ampia disamina di Lete, anche nelle sue molteplici connessioni con altre figure della mitologia greca); P. RICOEUR, *La memoria, la storia, l'oblio*, trad. it., Milano, 2003, spec. pp. 589 ss. (con la distinzione fra vari tipi di oblio, tra cui [pp. 642 ss.] le «forme istituzionali» dell'amnistia e del diritto di grazia); G. PEDULLÀ, *Introduzione* a N. LORAUX, *La città divisa. L'oblio nella memoria di Atene*, trad. it., Vicenza, 2006, spec. pp. 31 ss. Ulteriori indicazioni in E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010, spec. pp. 57 ss. e F. D'IPPOLITO, *Diritto memoria oblio nel mondo romano*, Napoli, 2010.

²⁹ Così F. NIETZSCHE, *Sull'utilità e il danno della storia per la vita*, trad. it. (con una *Nota introduttiva* di G. COLLI), Milano, 1973, rist. 1991, p. 8.

³⁰ In tal senso ho altrove segnalato, sfruttando un altro indimenticabile artificio letterario di Borges, come ogni storico (anche del diritto) percorra spesso, senza rendersene conto, intere biblioteche di libri dalle pagine bianche, o riempite da una scrittura indecifrabile – per cui solo a tratti sorprende qualche riga di senso compiuto e su di essa edifica le proprie teorie: E. STOLFI, *Tithasus*, in *Signa Amicitiae. Scritti offerti a Giovanni de Bonfils*, Bari, 2018, pp. 61 ss.

³¹ Un tema caro, come noto, soprattutto a Stefano Rodotà (alcuni ragguagli, anche bibliografici, nel suo S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009, spec. p. 64). Più di recente cfr. V. BELLOMIA, *Diritto all'oblio e società dell'informazione*, Padova, 2020.

³² Non troppo diversamente da come – si direbbe con Renan – «l'oblio, se non l'errore storico», sono essenziali alla nascita di una nazione». Cfr., in proposito, A. GIARDINA, *L'Italia romana. Storie di un'identità incompiuta*, Roma-Bari, 1997, p. 54 e Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, trad. it., Milano, 2000, p. 166.

³³ Ho cercato di farlo in varie occasioni: fra le più recenti in E. STOLFI, *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma, 2020, pp. 249 ss. ove bibl. e ID., *Attorno a cultura giuridica*

suo spesso nucleo di matrice giurisprudenziale – ha tanto inciso sull’edificazione giuridica dell’Occidente³⁴, mentre quasi nulla di simile è riscontrabile per i Greci? Perché l’apporto di questi ultimi è stato, dal Medioevo sapienziale alla tarda modernità, essenzialmente confinato a settori limitrofi – filosofia etica e politica, analisi della giustizia, teoria di retorica (anche giudiziaria) e dialettica –, essi si assiduamente innervati di dottrine e categorie tratte dall’Atene classica, ma senza varcare la soglia propriamente tecnico-giuridica?

I pochi che abbiano esaminato la questione si sono concentrati sull’impatto di alcuni fattori, che senza dubbio avranno avuto qualche influenza. Sembra difficile, tuttavia, che essi abbiano potuto, da soli, determinare opzioni tanto drastiche. In particolare, si è insistito su un momento determinante quale la formazione medievale del *ius commune*. Entro quel laboratorio sono stati ritenuti decisivi due elementi: uno linguistico e uno politico. Il lascito greco sarebbe stato estraneo al recupero dei giuristi – si è sostenuto – sia perché era loro precluso un diretto accesso alla sparsa messe testuale in cui reperirne i dati (*Graeca non leguntur...*), sia perché proveniente da esperienze istituzionali, come la democrazia ateniese, per le quali la consonanza ideologica era decisamente inferiore rispetto a quella avvertita con la Roma imperiale³⁵.

Eppure in altri ambiti della cultura medievale la difficoltà linguistica non costituì un ostacolo insormontabile³⁶. Basti pensare al peso che vi esercitò l’*auctoritas* di Aristotele, anche tramite laboriose catene di traduzioni. Quella difficoltà fu poi decisamente superata con la filologia umanistica: si ricordi solo il lavoro di Marsilio Ficino su Platone, con quanto ne seguì nella storia della filosofia rinascimentale. Più che una possibilità di comprensione, ai giuristi mancò sempre lo stimolo a integrare la propria prospettiva con quanto desumibile dal contesto greco, che tanto fascino esercitava invece su altri intellettuali. In definitiva, il diritto romano, consegnato all’organica testualità giustiniana, esauriva l’orizzonte di chi – volgendosi al passato, ma non certo con occhi di storico – intendeva attingerne materiali normativi utilizzabili nella propria società.

In questo il dato strettamente politico ebbe certo un peso. In un mondo che si pensava in forte continuità istituzionale con Roma (pensiamo all’idea stessa di Sacro Romano Impero) la disciplina giuridica risalente alle costituzioni degli antichi imperatori o ai frammenti giurisprudenziali selezionati dai compilatori giustinianeî costituiva un modello autorevolissimo: tale da assurgere a punto di riferimento di ogni *interpretatio*, e legittimarne gli esiti anche più audaci. Ma il dato, di per sé, non autorizza a escludere che qualsiasi spazio dovesse essere

greca e tradizione occidentale. *Democrazia, giustizia, produzione del diritto*, in *Certezza del diritto e fondamenti del diritto europeo*, a cura di G. Falcone, Torino, 2025, pp. 3 ss.

³⁴ In particolare dell’Europa continentale, e con riguardo soprattutto al diritto privato – ma spesso inteso come costitutivo della stessa ragione civile delle diverse società.

³⁵ In tal senso cfr. soprattutto R.C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, trad. it., Bologna, 2003, pp. 98 ss. ove bibl. Si vedano anche J.M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, trad. it., Bologna, 1996, pp. 71 ss. e STOLFI, *Il diritto, la genealogia*, cit., spec. pp. 59 ss.

³⁶ Lo riconosce anche VAN CAENEGEM, *I sistemi*, cit., pp. 99 ss.

necessariamente negato ai materiali greci. La diversa provenienza, quanto al contesto politico di elaborazione, non preclude di guardare ad altri saperi – dalla teoria retorica alla speculazione politica – che da quel contesto erano altrettanto (se non più) dipendenti; così come quello della *polis* non mancò di rappresentare un autentico paradigma della cultura moderna³⁷. Ma senza che ciò, ancora una volta, destasse una specifica attenzione da parte dei giuristi.

Più che un'esclusione determinata da fortuite vicende della tradizione testuale o da condizioni oggettive – o almeno accanto a queste ultime – vi è stata una scelta: più o meno consapevole, ma tenace e stringente, costitutiva della ragione civile dell'Occidente. Tale opzione si lega al modo stesso in cui veniva inteso il diritto (soprattutto privato). L'assetto messo a punto, essenzialmente tramite leggi, ad Atene e nelle altre città greche fu sottratto a ogni lettura attualizzante non solo per la specifica realtà politica da cui proveniva, ma perché inestricabilmente connesso – assai più di quanto riscontrabile per Roma – a quella dimensione della vita comunitaria: da essa pressoché indistinguibile.

Lasciare quelle fonti ai margini del discorso giuridico deve essere stato la conseguenza soprattutto di una percezione, tutt'altro che infondata: ossia che solo con la giurisprudenza romana si fosse espressa un'autentica vocazione a tradurre atti di potenza in tecniche cognitive, sorrette da un apparato di categorie tale da alimentare una dinamica di pure forme, disintegrata dai condizionamenti delle istituzioni pubbliche, provvista di una sua (vera o più spesso asserita) "neutralità": una sintassi sociale compiutamente altra dalla dimensione politica, etica e religiosa, pur se con esse in costante dialogo. Tutto ciò, appunto, consentì che figure e regole messe a punto dai Romani potessero essere trapiantate in ambiti lontanissimi: dal mondo feudale agli Stati assoluti seicenteschi o alla Germania del XIX secolo. Ma questo non poteva accadere per quanto si era delineato in Grecia, con un giuridico totalmente inscritto nella sfera del *politikón*³⁸, rispetto al quale quasi non si dava un autonomo spazio del «sociale»³⁹.

3. *Le insidie dell'identità (e della rinuncia a parlarne)*. – Ovviamente quella appena ripercorso è solo un esempio: ma significativo, al di là della sua afferenza agli ambiti storici più frequentati da chi scrive, per ragioni oggettive, in virtù delle sue corpose ripercussioni sull'intera parabola giuridica dell'Occidente. E se una simile forma di oblio – assai più di quella praticata rispetto ad altre esperienze

³⁷ A partire almeno dal primo Quattrocento: G. CAMBIANO, *Polis. Un modello per la cultura europea*, Roma-Bari, 2000, pp. 23 ss.

³⁸ E senza neppure l'apporto di figure pienamente assimilabili a giuristi. Ho cercato di spiegare le ragioni di quest'assenza in STOLFI, *La cultura giuridica*, cit., pp. 44 ss. ove bibl.

³⁹ Indicazioni più puntuali in STOLFI, *Il diritto, la genealogia*, cit., spec. p. 61; A. SCHIAVONE, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Torino, 2019, pp. 38 ss.; E. STOLFI, *Fra «dottrina pura del diritto» e storia giuridica. Kelsen e la presunta «antitesi» di diritto pubblico e privato*, in *Antologia di Diritto pubblico*, 2024, II, pp. 80 ss. ove altra bibl.

antiche, dall'Egitto alla Mesopotamia⁴⁰ – appare tanto incisiva⁴¹, rinvia anche a una questione più generale, cui già si è accennato.

Mi riferisco alla circostanza che «le genealogie aiutano a comprendere chi crediamo di essere, o ci piacerebbe credere di essere. Definiscono un 'noi' e un 'loro' e costituiscono uno strumento essenziale nella ricostruzione delle identità»⁴²: genealogie⁴³, dunque, che si nutrono di silenzi e selezioni di sguardo, così da lasciare in ombra determinati fattori a vantaggio di altri, di cui celebrare la preminenza. Non siamo troppo lontani da quanto è stato rilevato in ambito antropologico: «l'identità [...] non inerisce all'essenza di un oggetto; dipende invece dalle nostre decisioni. L'identità è un fatto di decisioni»⁴⁴. Queste ultime, a loro volta, costituiscono spesso «re-cisioni», in forza delle quali vari elementi di quanto è alle nostre spalle, in cui è (o si pretende) iscritto il nostro modo d'essere, vengono eliminati «con una spietata lama identitaria»⁴⁵. Non solo, pertanto, la stessa identità si radica nella (e si legittima tramite la) memoria, ma in realtà la orienta, sospende o enfatizza, riduce o amplifica a seconda dei casi. Lo spazio del giuridico e della sua storia non sono affatto estranei a una simile dinamica⁴⁶, poiché anche qui siamo di fronte a dati tutt'altro che oggettivi e necessari, tali da imporsi senza alternative, collocati entro una catena di naturali determinazioni.

Ogni tributo a (vere o presunte) radici⁴⁷, specificità culturali e tratti distintivi – insomma, l'intera retorica (in ogni senso) dell'identità – nasconde insidie di cui

⁴⁰ Vi ha insistito – in un contributo disseminato di così tante e gravi inesattezze da oscurarne il nucleo meno provocatorio e settario – soprattutto Monateri. Ne ho discusso in STOLFI, *Il diritto, la genealogia*, cit., pp. 53 ss. ove bibl.

⁴¹ E impossibile, oltre tutto, da liquidare in nome di una superiorità culturale di Roma: un dato che lo straordinario talento speculativo, le capacità di anatomia politica e ingegneria costituzionale proprie dei Greci smentirebbero in modo clamoroso.

⁴² Così proprio P.G. MONATERI, *Gaio nero*, in T. GIARO, P.G. MONATERI e A. SOMMA, *Le comuni radici del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005, p. 19.

⁴³ Qui evidentemente da intendere in un'accezione sensibilmente diversa da quella, assai più complessa e a suo modo spiazzante, che ci proviene dalla lezione foucaultiana: STOLFI, *Il diritto, la genealogia*, cit., pp. 15 ss. e ID., *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti e al., Torino, 2019, pp. 59 ss., entrambi con bibl.

⁴⁴ Così F. REMOTTI, *Contro l'identità*, Roma-Bari, 1996, p. 5. Ne riprende le parole anche C. ROSSET, *Lontano da me*, trad. it., Firenze, 2004, p. 12. Cfr. altresì STOLFI, *Il diritto, la genealogia*, cit., pp. 57 ss. ove altra bibl. e A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014, pp. 28 ss.

⁴⁵ In questi termini, ancora sulle orme di Remotti, M. BETTINI, *Radici. Tradizione, identità, memoria*, Bologna, 2016, p. 54.

⁴⁶ Basterebbe pensare, di nuovo, a come la modernità ha compiuto il suo recupero dell'antico *ius*, così da costruire con mattoni romani un edificio affatto nuovo: un diritto che, nella sua morfologia d'insieme, si rivela non solo distante ma talora addirittura antitetico rispetto all'esperienza sviluppatasi prima di Giustiniano – contraddistinta, fra l'altro, dalla tendenza a pensare il giuridico tramite un reticolo di casi e mezzi processuali, anziché a centrarlo sul soggetto e le sue prerogative sul piano sostanziale, nonché a concepirlo prevalentemente come esito di apporti sapienziali e di mirati interventi dei magistrati muniti di *iusdictio*, e non tanto o solo di comandi provenienti dal potere politico. Ho cercato di illustrare meglio questi aspetti, pur nell'esigenza di una semplificazione didattica, in STOLFI, *Prima lezione*, cit., pp. 51 ss.

⁴⁷ Una metafora potente, palesemente rivolta a «costruire un vero e proprio dispositivo di autorità»: BETTINI, *Radici*, cit., pp. 24 ss. Cfr. anche ID., *A che servono i Greci e i Romani? L'Italia e la cultura umanistica*, Torino, 2017, pp. 145 ss.

occorre acquisire coscienza. Il rischio, tutt'altro che astratto, è che ciò venga ad assecondare disegni egemonici e forme di imperialismo (intellettuale e non solo). Insomma, un sapere – o pseudosapere – asservito al potere, che dal passato (e soprattutto dalle origini)⁴⁸ vorrebbe trarre, anziché strumenti di diagnosi critica (e quindi anche di decostruzione di troppo semplicistiche certezze), un alimento vitale per la propria volontà di potenza, dichiarata o velata che sia. Il secolo alle nostre spalle ce ne offre testimonianze fin troppo numerose e drammatiche. Ma in una direzione non troppo difforme si dispone anche l'odierna «rinascita della tradizione»⁴⁹ – riscontrabile, non solo in Occidente, come risposta al pericolo della dissoluzione delle specificità locali a seguito dell'omologazione in corso su scala planetaria (la cosiddetta “*glocalisation*”).

Su queste derive dovrebbe appunto vigilare un esercizio storiografico degno di questo nome: capace di mostrare il percorso accidentato di ogni linea genealogica – sempre gremita di alternative, svolte e cesure –, la pluralità dei percorsi che hanno interagito nel tempo, le molte alterità che emergono fra noi e le esperienze passate (tanto più se remote), anche laddove si accompagnano a lunghe persistenze di lessico e idealità, i paradossi o “astuzie della storia” che hanno via via condotto a presentare come inscritto nell'alveo della tradizione quanto la innovava sino a stravolgerla. Ovviamente lo storico (anche del diritto) non è avulso dal suo tempo, dal quale trae anzi molti dei quesiti – mai neutri o scontati – con cui accostarsi alle fonti⁵⁰: ma questo non può certo far sì che egli abdichi alla propria funzione critica, componente ineludibile di un pensiero complesso.

E tuttavia credo vi sia qualche rischio anche nel programmatico rifiuto di ogni richiamo a radici, fondamenti storici, tradizione. Vi si annida un pericolo simile, anche se non del tutto sovrapponibile, a quello innescato dalle forme più aggressive e sommarie di «cancel culture» o «decolonizing classics»⁵¹. Non si tratta, semplicemente, di evitare di «buttar via il bambino con l'acqua sporca». Si rischia anche, se non soprattutto, di smarrire l'impatto che certe figure e stagioni hanno assunto per gli sviluppi successivi, nel bene e nel male. Se ho il dovere di non piegare la narrazione delle guerre persiane al mito, alquanto disinvolto seppure riaffiorante in certa *vulgata*, della resistenza di una democratica Grecia (se non addirittura Europa) rispetto a un'Asia barbarica, neppure potrò disconoscere il

⁴⁸ Col peso che sappiamo loro assegnato in ogni forma di «memoria culturale»: cfr. sopra, § 1, nonché BETTINI, *Roma*, cit., spec. p. 47. Sulla «ossessione delle origini», che a lungo avrebbe dominato anche gli studi storici «sino all'ipnosi», cfr. già BLOCH, *Apologia della storia*, cit., pp. 43 ss.

⁴⁹ Nel senso di BETTINI, *Radici*, cit., p. 7.

⁵⁰ Pressoché in questi termini, sia pure con riferimento al lavoro dello storico *tout court*, Vernant, in J. LE GOFF e J.-P. VERNANT, *Dialogo sulla storia. Conversazioni con Emmanuel Laurentin*, trad. it. Roma-Bari, 2017, p. 34: «noi poniamo all'oggetto dei nostri studi le domande che il presente pone a noi».

⁵¹ Su cui trovo equilibrata la posizione di M. BETTINI, *Chi ha paura dei Greci e dei Romani, Dialogo e cancel culture*, Torino, 2023, pp. 68 ss. e 145 ss., secondo il quale il rapporto fra noi e il mondo classico – ma il discorso potrebbe agevolmente estendersi a vari altri scenari – è sempre da impostare, semmai, nel senso della coesistenza di identità e alterità.

peso di quel miracoloso successo rispetto a tutta la cultura ateniese del V e IV secolo a.C., con l'incessante sequenza di rimediazioni di cui essa è poi stata oggetto. Se occorre tener sempre presente i meccanismi di spietato dominio, imperialistico e schiavile, in cui erano iscritti i dispositivi giuridici romani, non per questo può negarsi il loro carattere tecnicamente avanzatissimo, senza pari nel mondo antico e come nessun altro fecondo di sviluppi nelle successive rielaborazioni, dall'Italia comunale al pieno Ottocento. Se non è lecito edulcorare certe strategie di sopraffazione sociale a cui si prestava la moderna costruzione dell'eguaglianza formale, neppure potrò negare il ruolo di potente motore della storia a noi più vicina.

Il riconoscimento di una funzione primaria a idee, personalità e scenari fa parte integrante dell'interpretazione storica. Non si risolve, necessariamente, in giudizi di valore o tantomeno in strumentalizzazioni ideologiche volte a giustificare l'esistente, esaltandone la continuità col passato o addirittura la superiorità rispetto agli «altri». Direi anzi che guardarsi da omologazioni sbrigative e fuorvianti, istituendo gerarchie di senso, fa parte del nostro compito, né sarebbe lecito vedervi solo disprezzo o disinteresse per culture stimate minori. E anche quando l'accento viene posto sulla prima emersione, in seno al mondo classico, di certi valori o determinate soluzioni, questo non deve comportare (né essere percepito, più o meno in buona fede, come) un'apologia dell'antico, con una presunta perennità di quanto vi è emerso, o una sua preminenza rispetto agli sviluppi successivi⁵².

4. *Un tramonto della tradizione?* – Si è accennato più volte al significato di “tradizione” e anche al suo “ritorno”, o “rinascita”, rintracciabile in certi odierni atteggiamenti sociali. Qui però lo storico del diritto, e il giurista in genere, si trova dinanzi ad alcune particolarità. Nel suo ambito gli scenari attuali sembrano svelare, in proposito, un fenomeno senza precedenti: l'eclissarsi di un modello pressoché incontrastato sino a pochi decenni fa. L'idea, cioè, che la tradizione sia qualcosa di immanente, quasi consustanziale, alla dimensione giuridica.

Per millenni è stato impossibile concepire quest'ultima distaccandola pienamente da quanto l'aveva preceduta. Sia negli approcci più conservatori – volti ad assumerla nei termini di un'incessante stratigrafia, guidata da esperti –, sia anche in quelli che più intendevano discostarsi da certe ipoteche del passato (affidando alla legge, più che alla componente «sofocratica»⁵³, un intento di

⁵² Lo osservavo ad esempio in materia di epidemie, laddove Omero, Sofocle e Tucidide che narrano di morbi letterari o reali niente hanno di «superiore» rispetto a Boccaccio, Manzoni o Camus. Le prime testimonianze solo questo presentano di caratteristico (e di privilegiato, se vogliamo): che hanno prodotto un lascito culturale sulla cui rilettura si è esercitato un maggior numero di generazioni – così che lavorare su quelle fonti implica, inevitabilmente, anche un confronto con le loro rivisitazioni, talora assai libere. Cfr. E. STOLFI, *Come si racconta un'epidemia. Tucidide e altre storie*, Roma, 2021, spec. pp. 22 ss.

⁵³ Presuppongo l'alterità di modelli lucidamente delineata da P. COSTA, *Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un “castello dei destini incrociati”?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero*

riorganizzazione sociale), era comunque con le pregresse esperienze che occorreva costantemente misurarsi. E la circostanza che i propri di strumenti di lavoro – definizioni, classificazioni e altre pratiche discorsive⁵⁴; tecniche interpretative e argomentative; lessico e stilemi espressivi – avessero alle spalle una lunghissima storia era un punto di forza, se non addirittura un vanto. L’immagine de «il punto e la linea», poi consacrata in una nota metafora di Paolo Grossi⁵⁵, allora neppure richiedeva di essere esplicitata, tanto era inscritta nelle cose, nella *forma mentis* del giurista. Quasi non vi era costruzione giuridica per la quale si mancasse di invocare l’*auctoritas* del tempo, la cui prestazione era per lo più avvertita come garanzia di stabilità e certezza⁵⁶.

Abbiamo già segnalato come a tutto questo non sempre si accompagnasse un reale interesse per indagare quel passato in una chiave compiutamente storiografica. E nondimeno tradizione e memoria (memoria “identitaria”, verrebbe da dire) innegabilmente contraddistinguevano la nostra assai più di altre scienze sociali. Persino il linguaggio di qualsiasi operatore giuridico aveva un caratteristico sapore di antico: coi suoi brocardi, il suo latino lasciato sempre intradotto o anche certe parole che – proprio per la maggiore aderenza all’originaria semantica – assumevano (e tuttora assumono) una portata diversa che nel lessico comune⁵⁷. Anche in questo tratto esteriore, così ostico e respingente per il profano, riposava la cifra peculiare del diritto: una realtà virtuale, non data in natura ma elaborata dall’uomo sull’arco d’innomerevoli generazioni: tradita, appunto.

Oggi è esattamente questo modello che sembra entrato in crisi, nel sentire diffuso ma anche in autorevoli posizioni dottrinali. Il legame col passato è avvertito quasi con vergogna, e le novità (vere o presunte) risultano apprezzabili già solo perché tali. L’iperspecialismo di settore esige discipline contingenti e minute, rispetto alle quali celebrare costantemente il definitivo declino di “dogmi” e “sistemi” che vengano dal passato. Dettami spesso effimeri, “prodotti” il cui spessore si esaurisce nella vigenza medesima: sorti dal nulla e nel nulla destinati presto a ricadere. Al latino si sta sempre più sostituendo un inglese spesso basico, di desolante povertà. Alle materie “storico-culturali”, il cui ruolo formativo si

giuridico moderno, 2011, XL, 1, pp. 4 ss. Cfr. anche F.M. DE SANCTIS, *Ordinare la vita*, Napoli, 2020, spec. pp. 183 ss.

⁵⁴ Nel senso in cui ne ho trattato in E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Torino, 2018.

⁵⁵ In un saggio intitolato proprio *Il punto e la linea (L’impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, ora in P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, pp. 3 ss.

⁵⁶ Anche se in verità tale risultato è stato sempre avvertito – a partire dalla riflessione di Platone e Aristotele, sino a Cicerone (*De inventione* 2.22.67) e oltre – solo come uno dei possibili esiti del trascorrere degli anni, accanto a uno assai meno rassicurante, poiché molte prescrizioni possono divenire, col tempo, desuete o inadeguate, o essere troppe volte disattese per mantenere intatta la propria forza vincolante. Me ne sono occupato in E. STOLFI, *Per una ricerca sulla certezza del diritto nell’esperienza greca. Tra speculazione filosofica e prassi retorica*, in *Specula iuris*, 2022, II, 2, spec. pp. 36 ss. ove bibl.

⁵⁷ Ne ho ricordato alcuni esempi (a proposito di vocaboli come “reale”, “confusione”, “compromesso”, “emulativo” ecc.) in STOLFI, *Gli attrezzi del giurista*, cit., pp. 125 ss.

cerca ripetutamente di ridimensionare, vengono contrapposte quelle “professionalizzanti”, così da riproporre (senza spesso saperlo) un’antitesi la cui inconsistenza già fu mostrata, fra Otto e Novecento, da un Vittorio Scialoja o un Riccardo Orestano. L’irtiano «nichilismo giuridico» è probabilmente la presa d’atto più lucida e compiuta – sebbene ai miei occhi tutt’altro che condivisibile – circa una simile situazione⁵⁸.

Vi convergono, evidentemente, molteplici fattori – l’arrogante «presentismo» del nostro tempo⁵⁹, il quale non ammette altro orizzonte temporale all’infuori di sé stesso, il suo utilitarismo triviale, un respiro culturale assai corto e una dilagante disaffezione per la complessità del pensiero – che coinvolgono le nostre società nel loro insieme, e su cui sarebbe troppo lungo soffermarsi. Il diritto, che da sempre muta e diviene col trasformarsi dei consorzi umani e delle loro mentalità, non può rimanerne insensibile. E a poco giova deprecare le miserie dell’epoca in cui viviamo: un esercizio sterile, di cui ogni generazione si è compiaciuta. Neppure basta ripetere verità che pure continuo a ritenere sacrosante – come quella secondo cui il diritto «non *ha* una storia», semplicemente «perché *è* storia»⁶⁰ –, se poi non vi facciamo seguire comportamenti coerenti, nel concreto dell’indagine scientifica e dell’insegnamento.

Perché non scada a fregole passatiste o a snobistico autoisolamento, il confronto con la tradizione – il senso vivo di esserne parte – esige capacità d’innovare: nelle domande ancor prima che nelle risposte, nei metodi e in una progettualità culturale non succube delle mode. Sta a noi – a tutti i giuristi, non solo agli storici del diritto – raccogliere la sfida posta dalla nostra epoca, paradossalmente tanto complessa quanto bramosa di semplificazioni (quasi sempre eccessive e strumentali). E da noi dipende se davvero il XXI secolo chiuderà, *sub specie iuris*, il tempo della memoria e della tradizione. Insomma, ancora una volta quest’ultima dovrà essere «conquistata», senza pretendere di «ereditarla»⁶¹.

⁵⁸ Il riferimento è ovviamente a N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004 e ID., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007. Per un quadro delle reazioni, soprattutto critiche, suscitate dalla sua tesi cfr. L. GAROFALO, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, p. 212 nt. 124 e STOLFI, *Il diritto, la genealogia*, cit., p. 41.

⁵⁹ Nel senso di F. HARTOG, *Regimi di storicità. Presentismo e esperienze del tempo*, trad. it., Palermo, 2007, spec. pp. 58 ss. Ho cercato altrove di porre in luce alcune ripercussioni sulla formazione del giurista, e non solo sulle modalità in cui impartire gli insegnamenti storico-giuridici: E. STOLFI, *Salvaguardare la cultura del giurista*, in *La formazione del giurista. Contributi ad una riflessione*, a cura di B. Pasciuta e L. Loschiavo, Roma, 2018, pp. 169 ss.

⁶⁰ Secondo la felice notazione di P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull’inerenza di una disciplina altra*, Milano, 2009, p. 123. In senso non molto difforme già R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, pp. 332 ss. (con radicali perplessità circa la tratlizia distinzione fra «conoscenza scientifica» e «conoscenza storica» del diritto).

⁶¹ Cfr. sopra, § 1 e nt. 21.

L'ESCLUSIONE DAL LAVORO DEGLI EBREI ITALIANI SOTTO IL FASCISMO

MIRKO ALTIMARI*

L'attuazione della legislazione antisemita fascista ha avuto profonde ripercussioni sui diritti di migliaia di lavoratori ebrei italiani, una dimensione che tuttavia rimane poco esplorata nella letteratura accademica. Questo saggio si propone di analizzare le principali istituzioni giuridiche e i meccanismi introdotti dalle leggi razziali del 1938, evidenziandone l'impatto strutturale. Inoltre, viene offerta una valutazione critica delle misure "riparatorie" adottate nel dopoguerra, mettendo in luce la loro frequente inefficacia, spesso dovuta all'approccio eccessivamente prudente di molte corti italiane nel periodo successivo al regime fascista.

The implementation of fascist anti-Semitic legislation had significant repercussions on the labour rights of thousands of Italian Jewish workers, yet this dimension remains largely neglected in scholarly literature. This essay aims to examine the key legal institutions and mechanisms introduced by the 1938 racial laws, shedding light on their structural impact. Furthermore, it critically assesses the post-war "reparatory" measures, highlighting their frequent ineffectiveness – often due to the overly cautious stance adopted by many Italian courts in the aftermath of fascism.

SOMMARIO: 1. Alcune questioni introduttive. – 2. La legislazione del 1938. – 3. I provvedimenti nelle istituzioni formative: scuole e università. – 4. La *Magna Charta* della persecuzione: il r.d.l. 17 novembre 1938 n. 1728. – 5. L'istituto della discriminazione. – 6. L'esercizio delle professioni ordinistiche e gli altri divieti (anche di fonte amministrativa). – 7. La precettazione civile e la proposta di mobilitazione totale degli ebrei al servizio del lavoro. – 8. L'abrogazione della legislazione del 1938 e la lacunosa legislazione "riparatoria". – 9. I lavori della cd. "Commissione Anselmi" sui beni sottratti ai cittadini ebrei: cenni. – 10. Le provvidenze riconosciute ai perseguitati politici antifascisti e ai perseguitati dalle leggi razziali e ai loro familiari: le modifiche introdotte dalla legge di bilancio per il 2021.

* Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2025 M. Altimari. This is an open access article, double blind peer reviewed, published by Firenze University press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

1. *Alcune questioni introduttive.* – Gli aspetti giuslavoristici delle leggi fasciste antiebraiche, nonché le conseguenze economiche¹ di quella infame² legislazione, non sono stati storicamente molto arati dalla dottrina, ma alcuni Autori hanno rimediato a questo oblio pluridecennale nei confronti di una vicenda tragica della storia dell'ordinamento nazionale³.

Tale circostanza non stupisce quanti considerano la disattenzione all'analisi dell'antisemitismo giuridico quale il riflesso di «un certo ritardo della storiografia giuridica ad affrontare il tema del fascismo *sub specie iuris*»⁴.

Questa affermazione è però, almeno parzialmente, da rivedere: vero è che ci furono anni di silenzio ma la storiografia storico-giuridica ha comunque avuto un deciso cambio di prospettiva almeno a partire dal 1988, data del cinquantesimo anniversario delle leggi antiebraiche, che, sul piano della ricerca storiografica, «ha segnato un'autentica inversione di tendenza e l'inizio di una nuova epoca»⁵.

Ovviamente non si vuole affrontare in questa sede né la questione del rapporto tra fascismo e lavoro né proporre una storiografia del rapporto tra fascismo e antisemitismo, o – ancora più in generale – tra fascismo ed ebrei italiani.

Su questo aspetto però un elemento da tenere in considerazione, anche perché funzionale a quanto si dirà in ordine alla effettiva portata della legislazione razzista, concerne la financo banale riflessione per cui i cittadini di fede (o comunque di cultura) ebraica, essendo parte attiva della società italiana e non rappresentandone un corpo estraneo, come invece l'antisemitismo andava sostenendo, avevano evidentemente opinioni di carattere politico tutt'altro che monolitiche e non erano pochi coloro i quali avevano aderito al fascismo, seguitando a sostenerlo anche dopo l'assassinio Matteotti e il consolidamento del regime⁶.

¹ I. PAVAN, *Le conseguenze economiche delle leggi razziali*, Bologna, 2022.

² Di legislazione «infame e infamante» ha parlato il Presidente della Repubblica S. MATTARELLA nell'intervento alla celebrazione del Giorno della Memoria del 27 gennaio 2021 tenutosi nel Palazzo del Quirinale, cfr. <https://www.quirinale.it/elementi/52236>, data ultima consultazione 12.01.2026.

³ Cfr. lo studio pionieristico di L. GAETA, *Lavoro, diritto e discriminazione antiebraica in Italia*, in *Diritto lavoro alterità. Figure della diversità e modelli culturali*, a cura di F.A. Cappelletti, L. Gaeta, Napoli, 1998, pp. 168 ss.; nonché più di recente L. LAZZERONI, *Lavoro e razza nel decennio antecedente la Costituzione*, in *Lavoro e diritto*, 2019, pp. 325 ss.; *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di L. Garlati, T. Vettor, Milano, 2009; nonché, nel volume appena citato, in modo particolare il contributo di T. VETTOR, *L'esperienza delle leggi razziste tra passato e presente*, pp. 35 ss.

⁴ F. COLAO, «Hanno perduto il diritto di essere considerati ancora figli d'Italia». *I fuorusciti nel Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 38, 2009, tomo I, p. 698, nota n. 180.

⁵ A. CAVAGLION, *Sopra alcuni contestati giudizi intorno alla storia degli ebrei in Italia (1945-1949)*, in *Il ritorno alla vita: vicende e diritti degli ebrei in Italia dopo la seconda guerra mondiale*, a cura di M. Sarfatti, Firenze, 1998, pp. 164-165. In anni più recenti un contributo imprescindibile in materia è quello di S. GENTILE, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino, 2013.

⁶ Cfr. sul rapporto tra ebrei e fascismo S. MAZZAMUTO, *Ebraismo e diritto dalla prima emancipazione all'età repubblicana*, in *Gli ebrei in Italia. Dall'emancipazione a oggi*, in *Storia d'Italia*, «Annali», vol.

Un ulteriore tema, da sempre presente in una certa libellistica antisemita, è quello del “peso” dei cittadini ebrei nella società italiana, dal punto di vista economico, sociale, politico, il quale in realtà era «tutt’altro che massiccio e geograficamente circoscritto»⁷.

La letteratura storica e sociologica ha spiegato le ragioni di una relativa maggiore presenza ebraica nelle professioni intellettuali *lato sensu*, per cui di vero c’è soltanto il carattere prevalentemente borghese dell’ebraismo italiano, seppur con rilevanti eccezioni: non a caso viene utilizzato il termine «proletariato» per indicare la presenza, nella Comunità di Roma, di lavoratori svolgenti attività manuali⁸.

Infine, anche nel far propria la dizione di «legislazione antiebraica», in sede introduttiva non può che esplicitarsi una adesione con l’analisi condotta da Michele Sarfatti⁹.

A questo A. si deve una periodizzazione ormai comunemente invalsa nella storiografia con riferimento proprio al tema della legislazione del 1938 che in questa sede si adopererà, la quale consterebbe di due distinte fasi: (i) la persecuzione dei diritti degli ebrei, che ci riporta al periodo che va dal settembre 1938 al 25 luglio 1943, sotto il Regno d’Italia; (ii) la persecuzione delle vite degli ebrei, accaduta dall’8 settembre 1943 al 25 aprile 1945, sotto l’occupazione tedesca e la Repubblica sociale italiana.

2. *La legislazione del 1938.* – Con riferimento alla legislazione del 1938 appare utile rimarcare la sostanziale continuità normativa – *mutatis mutandis* – tra razzismo coloniale e razzismo antisemita¹⁰. In sostanza, la costruzione giuridica dell’altro e del diverso, nelle colonie, sebbene più semplice o, meglio, più agevolmente accettata – costituì una delle basi teoriche per la legislazione antiebraica, la quale rappresentò l’apice «dell’eversione giuridica fascista» posta in essere, tra l’altro, a costituzione invariata, senza la necessità di dover formalmente superare lo Statuto albertino¹¹.

XI, 2, a cura di C. Vivanti, Torino, 1997, pp. 1765 ss.; L. VENTURA, *Ebrei con il duce. «La nostra bandiera» (1934-1938)*, Torino, 2002.

⁷ R. DE FELICE, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, Torino, 1993, p. 11.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Tra i numerosi contributi di questo A., cfr. ad es. M. SARFATTI, *La legislazione antiebraica nell’Italia fascista*, in *Meridiana*, 1997, pp. 95 ss.; *amplius*, ID., *Gli ebrei nell’Italia fascista. Vicende, identità, persecuzione*, Torino, 2018; ID., *Le leggi antiebraiche spiegate agli italiani di oggi*, Torino, 2022.

¹⁰ Più propriamente l’esperienza fascista ha conosciuto una pluralità di razzismi (al plurale): mentre De Felice aveva proposta una bipartizione tra razzismo biologico pseudo-scientifico nazista e razzismo spirituale umanistico fascista (DE FELICE, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, cit., p. 393-393), altri hanno invece evidenziato l’esistenza di una sorta di tripartizione, tutta interna all’ideologia fascista, per cui si poteva distinguere tra il razzismo biologico, il nazional-razzismo e il razzismo esoterico-tradizionalista (M. RASPANTI, *I razzismi del fascismo*, in *La menzogna della razza*, a cura del Centro Furio Jesi, Bologna, 1994, pp. 73-91); tali tendenze erano rappresentate, rispettivamente, da Telesio Interlandi, Giacomo Acerbo e Julius Evola.

¹¹ Cfr. GENTILE, *La legalità del male*, cit., p. 156.

Allo stesso tempo per perseguire gli scopi propri della legislazione antisemita non fu necessario privare gli ebrei della cittadinanza dal momento che, di fatto, la si svuotò di ogni contenuto.

È l'articolo 8 del r.d. 1938, n. 1728 a disporre che, agli effetti di legge:

a) è di razza ebraica colui che è nato da genitori entrambi di razza ebraica, anche se appartenga a religione diversa da quella ebraica; b) è considerato di razza ebraica colui che è nato da genitori di cui uno di razza ebraica e l'altro di nazionalità straniera; c) è considerato di razza ebraica colui che è nato da madre di razza ebraica qualora sia ignoto il padre; d) è considerato di razza ebraica colui che, pur essendo nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica, appartenga alla religione ebraica, o sia, comunque, iscritto ad una comunità israelitica, ovvero abbia fatto, in qualsiasi altro modo, manifestazioni di ebraismo. Non è considerato di razza ebraica colui che è nato da genitori di nazionalità italiana, di cui uno solo di razza ebraica, che, alla data del 1° ottobre 1938, apparteneva diversa da quella ebraica.

In sintesi, dall'analisi dall'art. 8 emergevano tre distinte categorie: (i) gli ebrei (lett. a); ii) coloro i quali erano comunque considerati ebrei (lett. b, c, d); (iii) i non appartenenti alla «razza» ebraica.

Come è stato evidenziato, la nozione giuridica¹² pur muovendo dal dato asseritamente biologico, in realtà collegava alla stessa altresì l'elemento religioso con quello della nazionalità e della iscrizione alla comunità ebraica: il quadro emergente era senz'altro sconnesso.

A ciò si aggiunga la previsione, nel medesimo provvedimento legislativo, di istituti giuridici quali la discriminazione (che si avrà modo di approfondire nel prosieguo) e la cd. arianizzazione i quali, a ben vedere, sono strutturalmente in contraddizione logica anche con una pretesa natura biologica della alterità del binomio ariano/non ariano.

3. *I provvedimenti nelle istituzioni formative: scuole e università.* – Quelli riguardanti le istituzioni formative e le accademie furono tra i primi provvedimenti di un corpus razziale molto fitto.

Si tratta della legislazione¹³ tristemente nota perché determinò l'espulsione degli studenti ebrei dalle scuole di ogni ordine e grado¹⁴.

Con riferimento ai lavoratori del settore la stessa determinò l'estromissione – *rectius*, la dispensa dal servizio nel più neutro lessico del legislatore – «delle

¹² Cfr. M. SARFATTI, *Il razzismo fascista nella sua concretezza. La definizione di ebrei e la collocazione di questi nella costituenda gerarchia razziale*, in *Nel nome della razza. Il razzismo nella storia d'Italia 1870-1945*, a cura di A. Burgio, Bologna, 2000, pp. 322 ss.

¹³ R.d.l. 5 settembre 1938, n. 1390; r.d.l. 23 settembre 1938, n. 1630; cfr. anche il r.d.l. 15 novembre 1938, n. 1779 (una sorta di testo unico che coordinava le norme già emanate con riferimento alle istituzioni scolastiche e universitarie) i cui articoli si citano nel testo.

¹⁴ Cfr. A. CAPRISTO, *Il decreto legge del 5 settembre 1938 e le altre norme antiebraiche nelle scuole, nelle università e nelle accademie*, in *La rassegna mensile di Israel*, 2007; per un approfondimento specifico riguardante la città di Milano, v. P. BALDI, E. PALUMBO, G. PIAZZA, *Foto di classe senza ebrei. Archivi scolastici e persecuzione a Milano (1938-1943)*, Milano, 2022.

persone di razza ebraica da qualsiasi ufficio od impiego nelle scuole di ogni ordine e grado, pubbliche e private, frequentate da alunni italiani» (art. 1, r.d.l. n. 1779/1938).

La nozione di ufficio e impiego veniva interpretata in senso ampio, ricomprendendo altresì gli istituti di educazione, pubblici o privati, e quelli per la vigilanza nelle scuole elementari.

Le «comunità israelitiche» o le «persone di razza ebraica» potevano istituire scuole elementari e medie per i soli «fanciulli di razza ebraica»; si ammetteva, per i soli alunni ebrei che professassero la religione cattolica, l'iscrizione nelle scuole elementari e medie «dipendenti dalle Autorità ecclesiastiche» (art. 3, c. 2).

Nelle Università¹⁵ si vietava l'ammissione alla libera docenza, sospendendo dal servizio anche gli aiuti assistenti universitari. Più in generale la legge precludeva agli studenti ebrei l'accesso allo studio universitario – ricomprendente i Conservatori e le Accademie di belle arti – concedendo soltanto di terminare gli studi a coloro i quali li avessero già intrapresi¹⁶.

Venne altresì prescritto il divieto di adozione di libri di testo di autori ebrei (financo quando tali fossero gli eventuali coautori o addirittura i commentatori o revisori) in cui – per quanto possa apparire grottesco prima ancora che tragico – furono coinvolti persino gli autori «delle cartine geografiche murali»¹⁷.

Molto si è scritto circa l'accoglimento, tutt'altro che ostile, almeno in maniera manifesta, di tali disposizioni nell'ambiente accademico.

Orbene proprio al fine di fornire qualche ulteriore spunto di approfondimento non si può omettere di ricordare, in questa sede, l'introduzione nel 1931 del giuramento di fedeltà al fascismo (*rectius*, al re e al regime fascista) per i professori di ruolo e i professori incaricati nelle regie università; si trattava senz'altro di un provvedimento non direttamente connesso alla legislazione

¹⁵ Sul tema v. A. VENTURA, *La persecuzione fascista contro gli ebrei nell'università italiana*, in *Rivista storica italiana*, 1997, pp. 121 ss.; R. FINZI, *L'università italiana e le leggi antiebraiche*, Roma, 2003; T. DELL'ÈRA, *La storiografia sull'università italiana e la persecuzione antiebraica*, in *Storia e storiografia della persecuzione antiebraica in Italia e in Europa (1945-2000)*, a cura di B. Mantelli, in *Qualestoria*, 2004, pp. 117 ss.; B. SORDI, *Leggi razziali e Università*, in *A settant'anni dalle leggi razziali. Profili culturali, giuridici e istituzionali dell'antisemitismo*, a cura di D. Menozzi, A. Mariuzzo, Roma, 2010, p. 249 ss.; «*Per la difesa della razza*». *L'applicazione delle leggi antiebraiche nelle università italiane*, a cura di V. Galimi, G. Procacci, Milano, 2009. Con specifico riferimento all'applicazione della normativa antiebraica in alcuni importanti Atenei cfr. F. FRANCESCHI, *Le leggi antiebraiche del 1938 e la loro applicazione nella Facoltà giuridica della R. Università degli Studi di Roma*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 38/2014, p. 1 ss.; F. PELINI, I. PAVAN, *La doppia epurazione. L'Università di Pisa e le leggi razziali tra guerra e dopoguerra*, Bologna, 2009; E. EDALLO, *L'applicazione delle leggi antiebraiche alla R. Università di Milano*, in *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche: tra storia e diritto*, a cura di M. D'Amico, A. De Francesco, C. Siccardi, Milano, 2019, pp. 249 ss.; ID., *Il razzismo in cattedra*, Roma, 2023.

¹⁶ Notoriamente rientrò in tale casistica l'allora studente universitario Primo Levi, iscrittosi alla Facoltà di Chimica dell'Università di Torino nell'autunno 1937, il quale potette dunque laurearsi – non senza difficoltà nel frequentare i laboratori per l'elaborazione della tesi di laurea – nel luglio 1941 (cfr. S. FOÀ, voce «*Primo Levi*», in *Dizionario Biografico degli Italiani*, volume 64, Roma, 2005).

¹⁷ CAPRISTO, *Il decreto legge del 5 settembre 1938 e le altre norme antiebraiche nelle scuole, nelle università e nelle accademie*, cit., p. 131; cfr. G. FABRE, *L'elenco. Censura fascista, editoria e autori ebrei*, Torino, 1998, p. 254.

antiebraica, ancora al di là dal venire, e però la previsione di questa sorta di requisito personale che diventava una delle condizioni di legittimità per svolgere la funzione di docente – tanto che in mancanza l'Ateneo disponeva la sanzione della dispensa dal servizio – non suscitò una opposizione di massa, per vari motivi che la storiografia ha ben individuato¹⁸.

Su circa milleduecento docenti universitari rifiutarono di giurare – e pertanto furono estromessi dall'Università – meno di venti: il numero esatto infatti oscilla nelle diverse fonti poiché ai dodici¹⁹ ai quali solitamente si fa riferimento andrebbero aggiunti altri docenti che si trovarono in situazioni particolari, ad esempio scelsero di anticipare il pensionamento o si trasferirono all'estero²⁰.

Giurarono – per motivi differenti – senza voler entrare in valutazioni molto comode se espresse a oltre novant'anni dai fatti, anche maestri del diritto quali Calamandrei e Jemolo.

Su questo aspetto si vogliono riportare soltanto due brevi annotazioni.

La prima riguarda la peculiarità rappresentata dal mio Ateneo, l'Università Cattolica del Sacro Cuore per i cui docenti, non essendo una università regia, il fondatore e rettore padre Agostino Gemelli aveva ottenuto la non obbligatorietà del giuramento²¹. Nel 1931 la Cattolica contava ventidue professori ordinari e trentasei incaricati. Di questi cinquantotto docenti, quattro si avvalsero dell'esenzione²²: lo stesso padre Gemelli, Francesco Rovelli, Giovanni Soranza nonché il giurista Mario Rotondi il quale si trasferì appositamente dall'Università di Pavia per evitare il giuramento.

La seconda questione riguarda invece più da vicino i docenti ebrei e testimonia come, ovviamente, tra gli stessi vi fossero atteggiamenti molti differenti nei confronti del regime, come già si è riportato nel paragrafo introduttivo: dei numerosi accademici – cento ordinari, centotrentatré assistenti ordinari, centosessanta liberi docenti ai quali il giuramento fu imposto nel 1934²³ di origine ebraica – rifiutarono di giurare in quattro e furono pertanto destituiti: si tratta di Giorgio Errera, Fabio Luzzatto, Vito Volterra, Giorgio Levi Della Vida.

¹⁸ Oltre agli studi già citati nelle precedenti note cfr. anche M. AVAGLIANO, M. PALMIERI, *Il dissenso al fascismo. Gli italiani che si ribellarono a Mussolini (1925-1943)*, Bologna, 2022, il quale dedica un intero capitolo alle «sacche di resistenza nella cultura e nella scuola».

¹⁹ Penso sia giusto omaggiare questi docenti, riportando quantomeno i loro nominativi: Ernesto Buonaiuti, Mario Carrara, Gaetano De Sanctis, Giorgio Errera, Giorgio Levi Della Vida, Fabio Luzzatto, Piero Martinetti, Bartolo Nigrisoli, Edoardo Ruffini, Francesco Ruffini, Lionello Venturi, Vito Volterra; per un approfondimento anche sulle loro biografie cfr. G. BOATTI, *Preferirei di no. Le storie dei dodici professori che si opposero a Mussolini*, Torino, 2001. V. anche H. GOETZ, *Il giuramento rifiutato: i docenti universitari e il regime fascista*, Firenze, 2000.

²⁰ Cfr. l'intervento pubblicato sul sito del Politecnico di Torino in https://www.swas.polito.it/services/poli_flash/foto/I%20dodici%20professori%20che%20non%20hanno%20giurato.pdf, data ultima consultazione 12.01.2026, a margine di un seminario sul tema, di P. VALABREGA, *I dodici professori che non hanno giurato*, 6 maggio 2014.

²¹ Per un approfondimento v. M. BOCCI, *Agostino Gemelli, rettore e francescano. Chiesa, regime, democrazia*, Brescia, 2003; v. altresì G. RUMI, *Milano cattolica nell'Italia unita*, Milano, 1983, pp. 143 ss.

²² H. GOETZ, *Agostino Gemelli ed il giuramento del 1931*, estratto da *Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken*, LIX, 1979, pp. 421 ss.

²³ R. CALIMANI, *Storia degli ebrei italiani. Nel XIX e nel XX secolo*, Vol. III, Milano, 2015.

Significative le parole scritte da quest'ultimo²⁴ a seguito delle leggi del 1938, riferendosi ai docenti universitari che furono estromessi in quanto ebrei (e non perché rifiutarono di giurare):

«per colmo della sventura la promulgazione delle leggi del 1938 finì con l'annegare il mio caso nel loro, tanto più notorio e lacrimevole; così i più credettero che io abbia perduto il posto a causa del mio sangue e non delle mie idee» e ancora, non senza una punta di amara ironia, aggiunge «confesso che vedermi messo in un fascio con loro (il vocabolo qui è appropriato quanto mai) mi fa provare un certo disagio»²⁵.

4. *La Magna Charta*²⁶ della persecuzione: il r.d.l. 17 novembre 1938 n. 1728. – Una annotazione iniziale: il 14 dicembre 1938 vennero approvati dalla Camera cinque decreti legge in materia di persecuzione antiebraica e nella stessa seduta venne soppressa la stessa Camera dei deputati e istituita la Camera dei Fasci e delle corporazioni.

Al Senato si ebbero dei voti contrari: si tenga conto che vi erano nove senatori di origine ebraica.

Ritornando al r.d.l. n. 1728/1938, già analizzato nel secondo paragrafo limitatamente alla definizione di ebreo, tale provvedimento all'art. 10 dispone una serie molto nutrita di divieti, alcuni dei quali rilevano, in maniera indiretta, anche dal nostro precipuo angolo visuale. Alla luce dello stesso i «cittadini italiani di razza ebraica» non potevano, ad esempio, prestare servizio militare; «essere proprietari o gestori, a qualsiasi titolo, di aziende dichiarate interessanti la difesa della Nazione»: si trattava di un elenco nutrito di aziende, direttamente o indirettamente connesse alla difesa, si pensi all'industria siderurgica, ad esempio; in ogni caso questo divieto si estendeva, al di là dell'ambito produttivo, ad aziende di qualunque natura con più di cento dipendenti. In tali aziende i cittadini ebrei non potevano assumere né la direzione né svolgere l'ufficio di amministratore o di sindaco.

Si prevedevano limiti stringenti anche alla proprietà di terreni (con un estimo superiore a cinquemila lire) ovvero di fabbricati urbani (che, in complesso, avessero un imponibile superiore a lire ventimila).

Con un successivo decreto del 9 febbraio 1939 furono previste ulteriori norme di attuazione ed integrazione delle disposizioni appena presentate, che

²⁴ Tra l'altro a sostituirlo fu proprio un docente di origine ebraica: «sulla cattedra di Della Vida, rimasta libera nel 1931, salì dopo aver tranquillamente giurato, con amarissimo disappunto del maestro, un docente ebreo, Umberto Cassuto» (A. CAVAGLION, G.P. ROMAGNANI, *Le interdizioni del duce. Le leggi razziali in Italia*, II ed., Torino, 2002, p. 146). Cfr. altresì B. SORAVIA, *Il percorso politico di Giorgio Levi Della Vida, dall'impresa libica al rifiuto del giuramento, 1911-1931*, in *Rivista di Storia dell'Università di Torino*, 2021, pp. 175 ss.

²⁵ G. LEVI DELLA VIDA, *Fantasmî ritrovati*, a cura di M.G. Amadasi Guzzo, F. Tessitore, Napoli, 2004, p. 167.

²⁶ Per un approfondimento su tale icastica definizione v. GENTILE, *La legalità del male*, cit., p. 147; cfr. altresì A. OTTOLENGHI, *La legislazione antisemita in Italia*, in *Fascismo e antifascismo (1918-1936). Lezioni e testimonianze*, Milano, 1962, p. 206.

rendevano ancora più severa la disciplina sui limiti relativi alle proprietà immobiliari e alle attività industriali e commerciali per i cittadini ebrei. All'interno di quel decreto trovano collocazione anche le norme costitutive dell'Ente di gestione e liquidazione immobiliare (Egeli)²⁷, istituito allo scopo di curare la gestione e la liquidazione dei beni ebraici espropriati, affidando, tra l'altro, a istituti di credito fondiario le deleghe alla gestione e alla vendita degli immobili trasferiti all'ente.

Tralasciando il complesso iter disciplinato nel decreto con riferimento alle limitazioni alle proprietà immobiliari (e va da sé che si ponevano notevoli problemi sia dal punto di vista teorico sia sulla gestione concreta di tale "espropriazione"), l'art. 68 richiamava una ipotesi di recesso *ex lege* dal contratto di lavoro, prevedendosi la cessazione delle funzioni entro novanta giorni per gli ebrei che svolgessero funzioni di direzione nelle aziende sopra indicate e la decadenza «di diritto dalle loro rispettive cariche o uffici» per quanti, sempre con riferimento alla medesima tipologia di imprese, svolgessero il ruolo di amministratore o di sindaco, disponendo, inoltre, ammende pecuniarie per i datori di lavoro nel caso di mancato licenziamento.

Rilevante per il severo restringimento degli spazi di agibilità dei cittadini ebrei, nell'ambito imprenditoriale, era il successivo art. 69 poiché si attribuiva alle pubbliche amministrazioni, intese in modo molto ampio, la facoltà di «risolvere d'autorità i contratti di appalto per lavori o forniture» stipulati con cittadini ebrei; la medesima facoltà era attribuita «per le concessioni e per gli appalti a società non azionarie, regolari o irregolari, nelle quali sono soci a responsabilità, illimitata persone appartenenti alla razza ebraica, oppure a ditte gestite dalle persone medesime, se il gestore od il socio non venga sostituito, nel termine che sarà assegnato, con persona non di razza ebraica e di gradimento dell'Amministrazione concedente o appaltante».

Ritornando all'analisi del r.d.l. del 17 novembre 1938 n. 1728, la disposizione che più da vicino concerne il diritto del lavoro è l'art. 13, il quale detta un nutrito elenco di enti, organizzazioni e associazioni che non potevano avere alle proprie dipendenze cittadini ebrei. Erano contemplate tutte le Amministrazioni civili e militari, «le Amministrazioni delle province, dei Comuni, delle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza e degli Enti, Istituti ed Aziende, comprese quelle di trasporti», le Amministrazioni delle aziende municipalizzate e degli enti cd. parastatali nonché le società partecipate dallo Stato o comunque dagli enti pubblici.

Dunque, in sintesi, il divieto di lavoro per i cittadini ebrei riguardava tutti i datori di lavoro in senso lato pubblici (non solo le pubbliche amministrazioni propriamente intese, ricomprendendosi società di capitali che oggi definiamo

²⁷ Pur formalmente sciolto nel 1957 la sua liquidazione, affidata al Ministero del tesoro, si è protratta addirittura fino al 1997.

partecipate, o le cd. aziende municipalizzate) ma anche (lettere g e h) le banche di interesse nazionale²⁸ e tutte le imprese private di assicurazione.

I lavoratori ebrei già alle dipendenze delle amministrazioni e delle società suindicate dovevano essere licenziati o, meglio, dispensati dal servizio, nell'edulcorata terminologia del legislatore, entro tre mesi.

I dipendenti dello Stato erano ammessi a far valere il diritto al trattamento di quiescenza loro spettante a termini di legge, e in deroga alle disposizioni previdenziali all'epoca vigenti, a coloro che non avevano maturato il periodo di tempo prescritto era concesso il trattamento minimo di pensione, purché avessero almeno dieci anni di servizio; negli altri casi era concessa una indennità pari a tanti dodicesimi dell'ultimo stipendio quanti erano gli anni di servizio svolti.

Alle altre amministrazioni o società coinvolte dal divieto era imposto di liquidare, ai dipendenti dispensati dal servizio, «gli assegni o le indennità previsti dai propri ordinamenti o dalle norme che regolano il rapporto di impiego per i casi di dispensa o licenziamento per motivi estranei alla volontà dei dipendenti».

Con riferimento alle modalità concrete di attuazione del licenziamento dei dipendenti ebrei appare interessante una circolare della Direzione generale per la demografia e la razza (nota anche con l'acronimo di Demorazza)²⁹, istituita nel 1938 nell'ambito del Ministero degli interni, che ribadiva l'automatismo col quale doveva operare il licenziamento dei dipendenti, non necessitando di un giudizio né sulle capacità del dipendente né sulle esigenze di servizio: «constatata, in base ad elementi assolutamente obiettivi, l'appartenenza alla razza ebraica, la dispensa ne consegue immediatamente, *ope legis*, e non occorre, per pronunziarla, che una semplice declaratoria del capo dell'amministrazione»³⁰.

5. *L'istituto della discriminazione.* – Fin qui sono state analizzate le stringenti limitazioni poste nell'ambito del lavoro subordinato. Un peculiare istituto già evocato – e che rileva anche in tema di lavoro autonomo, come si dirà – è quello della discriminazione, normato all'art. 14 del decreto n. 1728/1938.

²⁸ Nell'ambito della riforma bancaria del 1936 la Banca commerciale italiana, il Banco di Roma e il Credito italiano furono poste sotto il controllo dell'IRI.

²⁹ Circolare 22 dicembre 1938, prot. n. 9270, in <https://www.cdec.it/formazione/percorsi/per-la-storia-della-shoah/le-circolari/>, data ultima consultazione 12.01.2026. Per un approfondimento v. L. GAROFALO, *La Demorazza: storia di un archivio*, in *Italia contemporanea*, 2013, pp. 374 ss.

³⁰ Per un approfondimento sul contenzioso lavoristico – la cui “dimensione” è senza dubbio più scarna se messa a confronto con altre tipologie di diritti negati nell'alveo della disciplina antiebraica (si pensi ai diritti di cittadinanza oppure alle espropriazioni immobiliari) cfr. GAETA, *Lavoro, diritto e discriminazione antiebraica in Italia*, cit., p. 168 ss. Più in generale sul ruolo della magistratura nell'applicazione delle norme antiebraiche senza pretese di esaustività, trattandosi di uno degli argomenti maggiormente trattati dalla dottrina, v. G. FUBINI, *La legislazione razziale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrina giuridica*, in *Il ponte*, 1978, pp. 1412 ss.; A. CANARUTTO, *Le leggi contro gli ebrei e l'operato della magistratura*, in *La Rassegna mensile di Israel*, 1988, pp. 219 ss.; M.R. LO GIUDICE, *Razza e giustizia nell'Italia fascista*, in *Rivista di storia contemporanea*, 1983, pp. 69 ss.; VETTOR, *L'esperienza delle leggi razziste tra passato e presente*, cit., pp. 45 ss.; G. SPEZIALE, *Giudici e razza nell'Italia fascista*, Torino, 2007; G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane e il ceto dei giuristi*, II ed., Milano, 2014.

Preliminarmente è indispensabile una premessa che riguarda l'uso stesso del termine, che tradisce un capovolgimento, non solo lessicale, della realtà: nella concezione del diritto razzista «discriminato era l'ebreo cui fosse concesso di evitare quelle conseguenze negative [invero soltanto alcune n.d.a.] che il regime riteneva derivanti da un ordine naturale delle cose. Discriminare consisteva nel porsi in contrasto, in via eccezionale, con le leggi di natura inerenti [...] la prevalenza della razza ariana e la soccombenza di tutte le altre»³¹, per via di una concessione del gerarca o del burocrate di turno.

Infatti il Ministero dell'interno³² poteva, su istanza degli interessati, dichiarare, caso per caso, non applicabili alcune delle disposizioni fin qui oggetto di analisi, ed in particolare quelle contenute all'art. 10 – *id est* le limitazioni relative alla proprietà/gestione delle aziende come colà individuate nonché le restrizioni sulle proprietà immobiliari – nonché l'art. 13, lett. h, riferito alla possibilità di impieghi presso imprese di assicurazioni private: nessuna eccezione era dunque contemplata per l'impiego presso le istituzioni scolastiche e universitarie nonché presso i datori di lavoro pubblici ampiamente intesi.

Tale provvedimento di discriminazione, nella accezione già indicata, poteva essere concesso in presenza di una serie di circostanze quali l'appartenenza a una famiglia di caduti o di feriti nelle guerre libica, mondiale, etiopica e spagnola e dei caduti per la causa fascista, ovvero ai mutilati, invalidi, feriti, volontari di guerra o decorati al valore nelle guerre suindicate, o quanti – combattenti – avessero ottenuto la croce al merito di guerra, nonché ai legionari fiumani, agli iscritti al Pnf negli anni dal 1919 al 1922 e nel secondo semestre del 1924. Il beneficio poteva essere esteso anche ai familiari.

Si prevedeva inoltre una sorta di norma di chiusura disponendo che il provvedimento di discriminazione potesse attribuirsi a quanti avessero «acquisito eccezionali benemerienze», da valutarsi da parte di una commissione *ad hoc* istituita presso il Ministero degli interni.

Lo stesso art. 14, all'ultimo periodo, disponeva che il provvedimento non fosse soggetto «ad alcun gravame, sia in via amministrativa, sia in via giurisdizionale». Di fatto la decisione era insindacabile, come specificò anche il Consiglio di Stato³³, giustificando tale attributo con il potere discrezionale del Ministro (che di fatto era un potere arbitrario, invero), non potendosi dunque impugnare in alcun modo il provvedimento, neanche amministrativamente.

³¹ LAZZERONI, *Lavoro e razza nel decennio antecedente la Costituzione*, cit., p. 328.

³² Si ricordi che Mussolini mantenne personalmente per tutta la durata del regime, tranne per un breve periodo dal 1924 al 1926, anche la carica di Ministro dell'interno. Cfr. G. FABRE, *Il razzismo del duce. Mussolini dal ministero dell'Interno alla Repubblica sociale italiana*, Roma, 2021. V. anche G. TOSATTI, *Storia del Ministero dell'interno. Dall'unità alla regionalizzazione*, Bologna, 2009.

³³ Cons. St., 17 luglio 1941, n. 461; la pronuncia è citata da CANARUTTO, *Le leggi contro gli ebrei e l'operato della magistratura*, cit., p. 224.

Nel 1942 risultavano più di ottomila domande per ottenere i benefici derivanti dall'applicazione dell'istituto, e quelle accolte ammontavano a circa duemilaseicento, riguardanti poco più di seimila beneficiari³⁴.

6. *L'esercizio delle professioni ordinistiche e gli altri divieti (anche di fonte amministrativa)*. – In tema di professioni ordinistiche intervenne la legge 29 giugno 1939, n. 1054, la quale regolamentava l'esercizio, per i cittadini ebrei, delle professioni di giornalista, medico-chirurgo, farmacista, veterinario, ostetrica, avvocato, procuratore, patrocinatore legale, esercente in economia e commercio, ragioniere, ingegnere, architetto, chimico, agronomo, geometra, perito agrario, perito industriale.

L'art. 2 vietava l'esercizio della professione di notaio a tutti i cittadini ebrei; parimenti vietato, di fatto, era lo svolgimento della professione di farmacista (art. 21) potendosi esercitare soltanto in quelle istituite ai sensi dell'allora vigente Testo unico delle leggi sanitarie approvato con r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 – il cui art. 14 consentiva ad istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza o alle istituzioni ospedaliere di gestire farmacie interne esclusa qualsiasi facoltà di vendita di medicinali al pubblico, purché – aggiungeva l'art. 21 della legge n. 1054/1939 – «l'ente cui la farmacia appartiene svolga la propria attività istituzionale esclusivamente nei riguardi di appartenenti alla razza ebraica».

La professione di giornalista (art. 2, secondo periodo) era invece vietata a meno che non si fosse destinatari di un provvedimento di discriminazione.

Anche con riferimento all'esercizio delle altre professioni sopra elencate rilevava l'eventuale “beneficio” derivante dalla discriminazione, prevedendosi – laddove presente – l'iscrizione in elenchi aggiuntivi, in appendice ai “normali” albi, mentre per gli ebrei non discriminati (si è ben consci che si tratti di dizione invero farsesca e al contempo tragica) era disposta l'iscrizione in elenchi speciali.

Le limitazioni erano estremamente rilevanti: a tutti i professionisti ebrei non potevano essere conferiti incarichi dai quali derivasse la funzione di pubblico ufficiale, né era consentito loro di esercitare attività per conto di enti pubblici, fondazioni, associazioni; era prevista inoltre l'esclusione dai ruoli dei revisori ufficiali dei conti, dei periti e degli amministratori giudiziari.

I professionisti iscritti negli elenchi speciali invece potevano esercitare la professione «esclusivamente a favore di persone appartenenti alla razza ebraica, salvi i casi di comprovata necessità ed urgenza» (art. 21, lett. a), inoltre, risultava «vietata qualsiasi forma di associazione e collaborazione professionale» con i professionisti non ebrei.

Per aversi un quadro ancora più completo di quello che possiamo definire lavoro negato nei confronti dei cittadini ebrei, si deve evidenziare come la normativa antiebraica non fu composta soltanto da provvedimenti legislativi: un ruolo fondamentale fu quello del razzismo, ancora più becero, perseguito da una

³⁴ Cfr. GENTILE, *La legalità del male*, cit., p. 241, al quale si rimanda per un approfondimento.

ampia congerie di provvedimenti amministrativi e da prassi spesso privi di alcuna "copertura" giuridica, tendenti a causare la morte civile e la totale esclusione dalla vita sociale degli ebrei³⁵.

La casistica è molto ampia: dalle disposizioni che vietavano la mediazione al divieto di esercitare le attività di amministratore di condominio, guida, interprete, fotografo o tipografo.

Un ulteriore esempio fu la revoca (o il mancato rinnovo) delle licenze di commercio: un provvedimento non contemplato da alcuna disposizione legislativa, il quale ebbe rilevanti conseguenze soprattutto (ma non solo, evidentemente) nell'ambito della Comunità ebraica di Roma, che vedeva al suo interno un nutrito numero di commercianti, in gran parte ambulanti, dediti al settore tessile, alla rottamazione, all'antiquariato «retaggio di quella specializzazione professionale alla quale erano stati costretti gli ebrei romani a causa delle forti limitazioni nella libertà personale e lavorativa connesse con il ghetto»³⁶.

Addirittura dagli archivi emerge che un Prefetto aveva interpellato il Ministero per sapere se fosse possibile per un cittadino ebreo continuare a essere socio dell'Ente nazionale fascista per la protezione degli animali³⁷.

7. *La precettazione civile e la proposta di mobilitazione totale degli ebrei al servizio del lavoro.* – Altro esempio paradigmatico di quell'aspetto delle persecuzioni antiebraiche di fonte amministrativa, è rappresentato dall'istituto della cd. precettazione civile a scopo di lavoro, posto in essere a partire dal maggio 1942.

Si tratta di uno dei provvedimenti connessi allo stato di guerra che annovera più di un punto di contatto con il cd. internamento civile, che merita una breve descrizione perché la genesi dei due istituti – pur differenti tra loro, come brevemente si analizzerà – segna una escalation nella direzione di quella persecuzione della vita degli ebrei che ebbe poi il suo culmine a partire dall'8 settembre 1943, con l'occupazione tedesca, con la nascita in quelle settimane della Repubblica sociale e con il famigerato rastrellamento del ghetto di Roma che risale al 16 ottobre 1943.

L'internamento civile – che solo negli ultimi decenni è stato oggetto di approfondimento scientifico da parte della storiografia³⁸ – consisteva nell'allontanamento dai luoghi di residenza e nella prigionia in appositi campi

³⁵ E. MOMIGLIANO, *Storia tragica e grottesca del razzismo fascista*, Milano, 1946, *passim*.

³⁶ F. COLZI, C. PROCACCIA, *Aspetti socioeconomici della comunità ebraica romana dalle leggi razziali al miracolo economico (1938-1965)*, in *La comunità ebraica di Roma nel secondo dopoguerra. Economia e società (1945-1965)*, a cura dell'Archivio Storico della Comunità Ebraica di Roma e della Camera di Commercio di Roma, 2007, in https://www.rm.camcom.it/media/549_la%20comunita%20ebraica%20di%20roma%201945-1965.pdf, data ultima consultazione 12.01.2026.

³⁷ GENTILE, *La legalità del male*, cit., p. 388.

³⁸ Cfr. C.S. CAPOGRECO, *I campi del duce. L'internamento civile nell'Italia fascista (1940-1943)*, Torino, 2004.

degli individui considerati ostili al regime ovvero, secondo il linguaggio dell'epoca, disfattisti o sovversivi.

Sebbene dunque non fosse un istituto rivolto agli ebrei tout-court bensì a quelli che fossero ritenuti «pericolosi», tuttavia la sua concreta attuazione mise subito in chiaro che i soggetti coinvolti dovevano essere considerati in primo luogo ebrei e poi internati: «infatti, sui fascicoli personali degli israeliti italiani sottoposti al provvedimento, appare anzitutto la parola «ebreo», mentre la motivazione politica (a rigore era la sola responsabile della comminazione dell'internamento) è aggiunta secondariamente»³⁹.

Detta in altri termini: l'essere ebrei di per sé non determinava l'internamento ma in molti casi la valutazione circa la pericolosità (evidentemente nella logica del regime) di un individuo non aveva altro fondamento che l'appartenenza dello stesso all'ebraismo.

Le circostanze fin qui riportate sono determinanti per comprendere il contesto entro il quale viene istituita la cd. precettazione civile a scopo di lavoro.

Nel maggio 1942 una circolare inviata ai prefetti dalla Direzione della Demografia e della Razza disponeva che, a partire da quel momento, tutti gli ebrei di età dai 18 ai 55 anni, anche coloro i quali avevano ottenuto il beneficio della discriminazione, dovevano essere sottoposti a precettazione «a scopo di lavoro»⁴⁰.

L'istituto consisteva nell'adibizione coatta⁴¹ a lavori di tipo manuale da svolgere, generalmente, nelle rispettive città di residenza e per gli eventuali renitenti era prevista la denuncia ai tribunali militari, analogamente a quanto contemplato per «gli ariani» i quali tentassero di sottrarsi alla leva militare obbligatoria.

Ai prefetti spettava l'avviamento al lavoro degli ebrei precettati, da effettuarsi progressivamente in relazione alle opportunità disponibili, tenendo conto – come si precisava – di due criteri di orientamento: i) gli ebrei dovevano lavorare separatamente dagli ariani e in nessun caso dovevano avere alle loro dipendenze

³⁹ C.S. CAPOGRECO, *Internamento, precettazione, mobilitazione forzata: l'escalation persecutoria degli ebrei italiani dal 1940 al 1943*, in *Qualestoria*, 1995, p. 4.

⁴⁰ DE FELICE, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, cit., p. 372 ss.; GENTILE, *La legalità del male*, cit., p. 389 ss.

⁴¹ Si trattava, in sostanza, di lavori forzati. Su questo aspetto, quale analisi del contesto, appare utile ricordare come fin dal 1930 l'Organizzazione internazionale del lavoro aveva adottato la convenzione n. 29 «sul lavoro forzato e obbligatorio». Gli Stati che ratificavano la stessa si impegnavano ad abolire nel più breve termine possibile l'impiego del lavoro forzato o obbligatorio in tutte le sue forme ma – con la consueta gradualità che caratterizza da sempre la produzione normativa dell'OIL – in vista dell'abolizione totale, si poteva far ricorso al lavoro forzato o obbligatorio, durante un periodo transitorio, «solo per fini pubblici e a titolo eccezionale, secondo le condizioni e le garanzie» previste nello stesso documento. Nel nostro ordinamento la succitata convenzione fu ratificata con la legge 29 gennaio 1934, n. 274. Si ricordi però che l'Italia uscì dalla Società delle Nazioni nel 1937 (prendendo a pretesto le sanzioni economiche deliberate dalla stessa Società il 18 novembre 1935 in conseguenza della guerra italiana all'Etiopia) e dall'OIL nel 1939. Cfr. *A tutela della prosperità di tutti. L'Italia e l'Organizzazione mondiale del lavoro a cento anni dalla sua fondazione*, a cura di V. Ferrante, Milano, 2020. Con specifico riferimento alla storia di quel periodo v. F. DE FELICE, *Sapere e politica. L'Organizzazione internazionale del lavoro tra le due guerre (1919-1939)*, Milano, 1988.

lavoratori ariani; ii) in nessun caso essi potevano lavorare in ambiti connessi alla difesa del territorio nazionale e al sostegno dello sforzo bellico.

La precettazione fu un provvedimento indubbiamente propagandistico, collegato quasi più allo stato di guerra che alla legislazione del 1938. Invero non vi era alcuna necessità di carattere lavorativo connessa alla scarsità di manodopera bensì l'istituto rispondeva soltanto a logiche afflittive.

Prova ne è un documento relativo alla carenza di medici specializzati in anti-tubercolosi: alla richiesta del Ministero della sanità, circa la potenziale mobilitazione di medici ebrei in tale ambito, il Ministero dell'interno ritenne politicamente non opportuno dar seguito alla proposta⁴².

In sostanza, come ben messo alla luce, la *ratio* dell'istituto rispondeva a logiche propagandistiche: in un periodo nel quale lo sforzo bellico si faceva sempre più stringente si intendeva «por fine al malcontento popolare contro la «situazione di favore» (*sic!*) in cui si venivano a trovare gli ebrei» i quali, esentati da obblighi militari, «potevano dedicarsi all'affarismo e all'ozio, menando una vita che suonava, necessariamente, offesa per le masse combattentistiche e lavorative italiane», come si leggeva in una relazione della Demorazza⁴³.

Con riferimento all'ampiezza del fenomeno, le persone effettivamente precettate, fino al luglio 1943, quindi nella fase finale dell'operazione di precettazione, erano state circa quindicimila e coloro i quali erano stati di fatto avviati al lavoro erano stati poco più di duemila, nella gran parte dei casi nella stessa provincia di residenza⁴⁴.

Appare utile riportare alcune sintetiche annotazioni sull'istituto concernenti particolarmente il diritto del lavoro. Nella precettazione furono coinvolte anche le donne, ad esempio nella confezione di divise militari. Tale fenomeno si innesta in quel più ampio alveo che ha visto aumentare esponenzialmente il lavoro fuori casa delle donne proprio in tempo di guerra.

Per quanto riguardava le modalità di lavoro e la retribuzione, la competenza era stata attribuita al Ministero delle corporazioni. Tuttavia sul punto, alcune ricerche hanno accertato come il salario fosse estremamente basso, venisse corrisposto saltuariamente e spesso arbitrariamente diminuito: è riportato il caso, ad esempio, di una ditta della provincia di Roma che oltre a mancare di fornire i pattuiti «supplementi di pane e pasta», abbassò arbitrariamente i salari da 2,87 lire a 0,56 lire orarie⁴⁵.

Si ha testimonianza inoltre anche di casi di conflitto collettivo quale ad esempio l'episodio avvenuto nel settembre 1942, all'interno della Comunità ebraica di Roma, a seguito del rifiuto, da parte delle autorità, di accordare il permesso di

⁴² GENTILE, *La legalità del male*, cit., p. 389 ss.

⁴³ Riportata da DE FELICE, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, cit., p. 372.

⁴⁴ Cfr. G. SALE, *La precettazione degli ebrei durante la seconda guerra mondiale*, in *La Civiltà Cattolica*, 2010, p. 560.

⁴⁵ CAPOGRECO, *Internamento, precettazione, mobilitazione forzata: l'escalation persecutoria degli ebrei italiani dal 1940 al 1943*, cit., p. 6.

celebrare la festività di *Yom Kippur*, la più solenne dell'ebraismo, che prevede il precetto di astenersi dal lavoro. La protesta scoppiò massiccia il 21 settembre in molti cantieri di lavoro forzato ma, nonostante ciò, il Ministero delle corporazioni, d'intesa con la Demorazza confermò il diniego di festa e l'obbligo di presentarsi al lavoro. Un rapporto della questura rilevava che le proteste furono represses con l'arresto di sette persone⁴⁶.

Infine occorre dar conto di una proposta di provvedimento, presentata nel giugno 1943, sulla cd. mobilitazione totale degli ebrei al servizio del lavoro, istituto che avrebbe dovuto determinare la raccolta di tutti i cittadini ebrei in veri e propri campi di concentramento, al fine di attuare uno speciale internamento finalizzato al lavoro forzato: l'internamento civile di cui si è dato conto in precedenza non prevedeva, fino a quel momento, l'obbligo di lavoro per i prigionieri.

Tale progetto che si stava per avviare rappresentava qualcosa di inedito e ancora più grave rispetto all'antisemitismo sperimentato in Italia dagli anni Trenta al 1941-1942.

Con i noti eventi del 25 luglio e del 8 settembre 1943 e la conseguente occupazione tedesca inizia un'altra storia, ancora più tragica: la cd. Repubblica sociale appronta campi – questa volta non più internamento – bensì di concentramento, su tutti quello di Fossoli e la Risiera di San Sabba, finalizzati alla deportazione degli ebrei nei campi di sterminio, in primo luogo Auschwitz.

8. *L'abrogazione della normativa del 1938 e la lacunosa legislazione riparatoria.*

– La complessa opera di abrogazione della legislazione antiebraica si ebbe a partire dai regi decreti nn. 9, 25 e 26 del gennaio 1944, sebbene alcune disposizioni in tema di reintegrazione dei diritti patrimoniali sarebbero entrate in vigore soltanto a partire dal mese di ottobre dello stesso anno.

Nelle premesse di cui alla citata legislazione si riportava «la urgente ed assoluta necessità di reintegrare nei propri diritti anteriori i cittadini italiani appartenenti alla razza ebraica per riparare prontamente alle gravi sperequazioni di ordine morale e politico create da un indirizzo politico infondatamente volto alla difesa della razza».

Tuttavia la densa produzione legislativa⁴⁷ nata dall'esigenza puntuale di abrogare le leggi antiebraiche, il cui apice fu raggiunto nel periodo successivo alla Liberazione e nei mesi precedenti la formazione della Repubblica, non fu né di rapida applicazione né, soprattutto, del tutto soddisfacente a reintegrare i diritti dei perseguitati, anzi: si trattò di una normativa «assai lacunosa che permise solo parzialmente di riannodare i fili spezzati dalla persecuzione»⁴⁸.

⁴⁶ Ivi, p. 7.

⁴⁷ Cfr. *L'abrogazione delle leggi razziali in Italia (1943-1987). Reintegrazione dei diritti dei cittadini e ritorno ai valori del Risorgimento*, a cura di M. Toscano, Senato della Repubblica, Roma, 1988, v. all'indirizzo

<https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/AbrogazioneLeggiRazziali.pdf>, data ultima consultazione 12.01.2026.

⁴⁸ PAVAN, *Le conseguenze economiche delle leggi razziali*, cit., p. 163.

Dopo il 1948 vi fu un periodo di stallo nell'attività legislativa riparatoria e merita di essere segnalata, qualche anno dopo, la promulgazione della legge n. 26/1955 rubricata "Provvidenze a favore dei perseguitati politici antifascisti o razziali e dei loro familiari superstiti", che sarà oggetto di approfondimento nel seguito.

Il contenzioso che seguì alla normativa reintegratoria fu copioso: basti qui solo accennare al tema, che esula dal presente contributo, delle espropriazioni immobiliari e della retrocessione dei beni detenuti dall'Egeli o più in generale al ripristino dei diritti patrimoniali tenuto conto che la normativa faceva salvi «i diritti acquistati da terzi nei casi in cui la legge ammetteva la legittimità dell'acquisto per effetto del possesso di buona fede»⁴⁹.

Ciò che rileva evidenziare in questa sede furono «le resistenze nell'applicazione delle leggi»⁵⁰ e un certo orientamento giurisprudenziale⁵¹ tendente all'interpretazione restrittiva delle stesse.

Certamente anche la normativa riparatoria concernente le disposizioni lavoristiche si colloca entro questa tendenza più generale, con alcune importanti peculiarità.

Già l'art. 4 del regio decreto n. 25/1944 disponeva la riammissione in servizio di tutti coloro che erano stati dispensati dal servizio in applicazione dei decreti n. 1779 e n. 1728 del 1938 nonché «di qualsiasi altra disposizione o norma di carattere razziale emanata sotto qualsiasi forma».

Con riferimento al pubblico impiego la normativa distingueva tra quanti fossero stati estromessi (i) dalle amministrazioni centrali dello Stato e dagli enti locali da coloro i quali appartenevano ad (ii) altre amministrazioni, ampiamente intese visto che, come già analizzato, nel novero erano comprese anche le aziende municipalizzate, le società partecipate etc.

Ebbene soltanto per i primi la riammissione in servizio era disposta d'ufficio – entro un anno dall'entrata in vigore della normativa – mentre per i dipendenti delle altre amministrazioni la reintegra avveniva a domanda dell'interessato.

Tali disposizioni non furono oggetto di particolari approfondimenti da parte della dottrina del tempo e il contenzioso che ne scaturì non fu nutrito. La Cassazione inoltre chiarì che il diritto alla riammissione riguardava tutti i licenziati

⁴⁹ Art. 1, d. lgs. lgt. 5 maggio 1946, n. 393.

⁵⁰ M. TOSCANO, *Ebraismo e antisemitismo in Italia. Dal 1848 alla guerra dei sei giorni*, Milano, 2003, p. 275.

⁵¹ G. FUBINI, *La condizione giuridica dell'ebraismo italiano*, II ed., Torino, 1998, pp. 85 ss.; ID., *Dalla legislazione antiebraica alla legislazione riparatoria. Orientamenti giurisprudenziali nell'Italia postfascista*, in *La Rassegna mensile di Israel*, 1988, pp. 477 ss. Per un quadro puntuale delle sentenze emesse cfr. PAVAN, *Le conseguenze economiche delle leggi razziali*, cit., p. 187 ss. L'A. ha calcolato che sul totale delle controversie, promosse a seguito della normativa riparatoria, circa il 10% furono poste in essere per ottenere la reintegrazione del lavoratore ebreo licenziato.

«anche se il rapporto di lavoro, al momento del licenziamento, non aveva carattere di stabilità»⁵².

A distanza di diversi decenni è senz'altro valido quanto sostenuto da un giurista che agì quale avvocato in molti processi a tutela dei perseguitati, il quale evidenziava che «le pubbliche amministrazioni ottemperarono prontamente e spontaneamente alle leggi reintegrative»⁵³ a differenza dei privati – persone fisiche o giuridiche.

Tuttavia, sebbene le pubbliche amministrazioni furono in genere solerti nell'attuazione della normativa, ciò non significa che non vi furono criticità.

Due esempi su tutti:

(i) la normativa che disciplinava la riammissione in servizio specificava che i lavoratori coinvolti avevano diritto al grado e all'anzianità che avevano al momento della dispensa ma nulla disponeva in ordine alla corresponsione degli emolumenti nel periodo di perdita del lavoro; tale diritto era invece pacificamente riconosciuto all'epoca al dipendente pubblico “comune” che veniva licenziato e il cui atto estintivo del rapporto fosse stato in seguito annullato. Su questo aspetto – in maniera non del tutto soddisfacente – la giurisprudenza fu propensa «ad affermare la discrezionalità dell'ente nell'adozione del relativo provvedimento [...] vanificando il risultato cui miravano le leggi riparatorie»⁵⁴.

(ii) il ritorno al lavoro dei docenti universitari avvenne con modalità concrete non particolarmente tutelanti, «talora prevedendo la riammissione in soprannumero (e in diversa sede da quella da cui si era stati allontanati)»⁵⁵, il più delle volte di fatto determinandosi una coabitazione con quello che era l'allora titolare di cattedra che nel 1938 aveva approfittato della normativa anti-ebraica.

Con riferimento all'impiego privato la situazione era ancora più complessa.

In relazione alle fattispecie già analizzate, circa i ruoli direttivi nelle aziende dichiarate di interesse nazionale o in quelle con più di cento dipendenti e – con riferimento a qualsiasi mansione – alle banche di interesse nazionale e agli istituti privati di assicurazione, le riammissioni avvennero su domanda degli interessati e non furono poche le resistenze pratiche, ad esempio in tema di ricostruzione di carriera o di indennizzo, ampiamente intesi, per i periodi forzati di non lavoro.

Per tutto il resto dell'impiego privato formalmente non sussisteva alcun obbligo di licenziamento ma furono numerosi gli esempi in cui i datori di lavoro licenziarono ugualmente cittadini ebrei; talvolta i licenziamenti furono conseguenza di ordini provenienti da soggetti che sebbene non avessero alcuna

⁵² Cass., 17 dicembre 1957, n. 4717, citata in F. PAPPALARDO, *L'abrogazione delle leggi razziali*, in *Razza e inGiustizia. Gli avvocati e i magistrati al tempo delle leggi antiebraiche*, a cura di A. Meniconi, M. Pezzetti, Roma, 2018, p. 149.

⁵³ A. TABET, voce *Ebrei*, in *Enciclopedia forense*, Torino, 1960, vol. III, p. 397.

⁵⁴ LAZZERONI, *Lavoro e razza nel decennio antecedente la Costituzione*, cit., p. 336. Cfr. altresì per una rassegna giurisprudenziale coeva al periodo G. DALLARI, *Giurisprudenza ragionata in tema di riassunzione ai pubblici impieghi e di ricostruzione di carriera di personale già licenziato per motivi politici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1953, pp. 244 ss.

⁵⁵ PAVAN, *Le conseguenze economiche delle leggi razziali*, cit., p. 168.

autorità o ruolo nell'ambito del rapporto di lavoro, avevano, nei fatti, un peso rilevante.

È il caso – già oggetto di approfondimento da parte della dottrina, poiché davvero paradigmatico del clima dell'epoca – del sig. Fiandra, impiegato in una società assicuratrice di Firenze, licenziato addirittura prima ancora che entrassero in vigore i decreti razziali, su impulso del segretario locale del Pnf⁵⁶.

Il Tribunale⁵⁷ con una sentenza senz'altro pregevole diede ragione al ricorrente, interpretando la disposizione reintegratoria in senso ampio e ritenendo che detto ordine senz'altro *sui generis* – e sebbene in apparenza privo di rilievo giuridico – integrasse il disposto del regio decreto n. 25/1944 succitato laddove lo stesso contemplava «qualsiasi altra disposizione o norma di carattere razziale emanata sotto qualsiasi forma». Del resto un ordine del Pnf andava qualificato come atto amministrativo – stante il carattere pacifico di ente pubblico del partito – e nelle motivazioni fu evidenziato come la società fu senza dubbio costretta a procedere a seguito di tale atto.

Tuttavia le sentenze di appello e della Cassazione⁵⁸ furono molto meno raffinate nell'interpretazione, affermando in sostanza che le motivazioni del giudice di primo grado fossero più fattuali che giuridiche e, con una lettura eccessivamente formalistica, rigettarono le richieste del dipendente licenziato, sulla base del principio secondo il quale non sussistendo alcun obbligo di licenziare specularmente non ci sarebbe stato alcun conseguente obbligo di reintegrazione.

9. *I lavori della cd. "Commissione Anselmi" sui beni sottratti ai cittadini ebrei: cenni.* – Che la normativa *lato sensu* riparatoria abbia risentito di una formulazione talora ambigua e di una applicazione spesso timida e formalistica, che ne ha senz'altro limitato l'effettività, lo provano plasticamente anche i lavori della cd. Commissione Anselmi, istituita a sessant'anni di distanza dalla legislazione fascista antiebraica, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, con Dpcm 1° dicembre 1998, al precipuo scopo di ricostruire le vicende «che hanno caratterizzato in Italia le attività di acquisizione dei beni dei cittadini ebrei da parte di organismi pubblici e privati».

Si è trattato di un lavoro imponente, che ha analizzato in maniera completa non solo la normativa ma anche l'esatto funzionamento dell'Egeli, le spoliazioni poste in essere e le (non sempre corrispondenti) restituzioni.

⁵⁶ L'intera vicenda è ricostruita nei particolari da GAETA, *Lavoro, diritto e discriminazione antiebraica in Italia*, cit., p. 168 ss. al quale si rimanda per una analisi su altre controversie in tema di estromissioni di cittadini ebrei da imprese private.

⁵⁷ Trib. Firenze, 29 novembre 1948, in *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, 2, cc. 362 ss.

⁵⁸ Cass. sez. II civ., 29 luglio 1950, n. 2194, in *Foro italiano*, 1950, I, cc. 1133 ss.

Oltre a questa parte di carattere generale il rapporto finale⁵⁹ presenta una sezione relativa a minuziosi approfondimenti settoriali – ad esempio in tema di beni industriali e commerciali, nel settore delle assicurazioni e soprattutto su quello bancario – nonché di carattere territoriale, esaminando alcune realtà locali.

A più di vent'anni dalla redazione del rapporto, che ha finalizzato i lavori della Commissione, appare importante concentrarsi anche sulla parte finale dello stesso, che contiene ragionevoli raccomandazioni di carattere programmatico destinate alle istituzioni della Repubblica.

Alcune di esse riguardano la conservazione della memoria e la promozione educativa nonché l'ambito archivistico e di ricerca, al fine di non disperdere l'archivio costituito presso la Commissione e auspicandone una valorizzazione anche perché foriero di molti possibili e inesplorati filoni di ricerca.

Con riferimento, invece, alla materia dei risarcimenti individuali, la Commissione auspicava che il governo rendesse «sollecitamente possibili i risarcimenti individuali alle vittime di sequestri, confische e furti avvenuti negli anni 1938-1945 e nell'ambito della persecuzione antiebraica. E ciò in collegamento con i beneficiari aventi titolo e gli organismi che li rappresentano» (p. 538 del rapporto), anche in considerazione della circostanza per cui, a oltre sessant'anni dagli eventi, erano ancora consistenti i casi di mancata restituzione dei beni, soprattutto riguardanti quelli non reclamati dagli aventi diritto o dai loro eredi, per una pluralità di ragioni che il rapporto stesso evidenzia.

Tuttavia nel tracciare un bilancio circa gli esiti, politico-culturali prima ancora che giuridici dei lavori della Commissione Anselmi, non può non concordarsi con quanti hanno evidenziato la «velocità con cui è stato archiviato il suo lavoro [e] gli assai modesti risvolti concreti in termine di “buone pratiche” effettivamente perseguiti»⁶⁰.

10. *Le provvidenze riconosciute ai perseguitati politici antifascisti e ai perseguitati dalle leggi razziali e ai loro familiari: le modifiche introdotte dalla legge di bilancio per il 2021.* – La vicenda che si analizza nel presente paragrafo, in tema di “benefici” riconosciuti ai perseguitati è parimenti esemplare di come una certa farraginosità applicativa e, prima ancora, una disattenzione nella formulazione delle norme, abbia frenato l'effettività delle misure riparative, sino all'epoca più recente⁶¹.

Al contempo una modifica normativa intervenuta nel 2020 sembrerebbe poter chiudere il cerchio di una questione veramente annosa, alla quale in questa sede, per economia di spazi, si farà solo un rapido per quanto doveroso cenno.

⁵⁹ M. SARFATTI, *Le vicende della spoliazione degli ebrei: la relazione Anselmi (2001)*, in *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza. Diritto. Esperienze*, a cura di G. Speciale, Bologna, 2013, pp. 299 ss.

⁶⁰ PAVAN, *Le conseguenze economiche delle leggi razziali*, cit., p. 219.

⁶¹ DI SALVO, *Risarcire gli ebrei. Leggi razziali e Costituzione nelle decisioni dei giudici (1956-2008)*, in *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 285 ss.

La l. 10 marzo 1955, n. 96⁶² attribuì una provvidenza di carattere economico a due categorie di cittadini: i perseguitati antifascisti e i perseguitati razziali.

Tralasciando la questione, non meramente formale, circa la natura dell'assegno vitalizio di benemerenzia⁶³, occorre evidenziare come l'art. 1 della legge, nella formulazione risultante da una pluralità di novelle legislative intervenute nel tempo, attribuisca l'assegno a quanti «siano stati perseguitati a seguito dell'attività politica da loro svolta contro la dittatura fascista e abbiano subito una perdita della capacità lavorativa in misura non inferiore al 30 per cento», qualora causa immediata e diretta della stessa siano state a) la detenzione in carcere per reato politico; b) l'assegnazione al confino; c) «atti di violenza o sevizie da parte di persone alle dipendenze dello Stato o appartenenti a formazioni militari o paramilitari fasciste, o di emissari del partito fascista».

L'ultimo comma della versione originaria della norma estendeva la misura, ideata dunque per i perseguitati politici, ai cittadini che dopo il 7 luglio 1938 avessero subito persecuzioni per motivi d'ordine razziale⁶⁴ aggiungendo che il diritto all'assegno di benemerenzia dovesse ritenersi integrato «nelle identiche ipotesi» già analizzate. L'art. 3 della legge specifica inoltre che l'assegno è attribuito – integrati i requisiti succitati – a quanti si trovino in condizioni di bisogno economico.

Non vi era dunque una autonoma valutazione della fattispecie riferita ai perseguitati delle leggi antiebraiche né delle cause prese in considerazione poiché determinanti la perdita della capacità lavorativa, *id est* detenzione, confino o l'aver subito violenza o sevizie.

In sostanza le principali questioni di diritto che si ponevano atenevano in primo luogo alla necessità, o meno, della sussistenza, caso per caso, di un eventuale (i) *quid pluris* rispetto alla generalizzata produzione degli effetti derivanti a danno di tutti i cittadini ebrei, a seguito della legislazione razziale, nonché del conseguente (ii) onere della prova della persecuzione subita. Anche sull'interpretazione da attribuire al significato di violenza – se la stessa dovesse essere necessariamente fisica ovvero bastasse, per integrarne il requisito, quella morale – si è determinato un contenzioso pluriennale⁶⁵, che ha visto quale protagonista la magistratura contabile dal momento che la Corte dei conti è competente sui ricorsi avverso l'eventuale diniego della richiesta di benemerenzia pronunciato dalla Commissione costituita presso la Presidenza del consiglio dei ministri.

⁶² D'AMICO, *La legge Terracini e i suoi prodromi*, in *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 267 ss.

⁶³ Di dicotomia tra riconoscimento e risarcimento scrive G. DISEGNI, *La normativa sui benefici riconosciuti ai perseguitati politici antifascisti e ai perseguitati razziali*, in *Pensioni del settore pubblico e sostenibilità*, a cura di A. Carosi, M. Cinelli, Torino, 2021, p. 365.

⁶⁴ Con la legge n. 932/1980 è stato inoltre previsto che l'assegno di benemerenzia sia reversibile ai familiari superstiti.

⁶⁵ Per un approfondimento cfr. DISEGNI, *La normativa sui benefici riconosciuti ai perseguitati politici antifascisti e ai perseguitati razziali*, cit., pp. 357 ss.

Tuttavia la gran parte delle richieste veniva comunque rigettata poiché non si ravvisava che gli atti discriminatori posti in essere nell'alveo della legislazione anti-ebraica (ad esempio l'allontanamento dalle scuole, la perdita del posto di lavoro, financo l'abbandono dell'abitazione determinata dagli espropri immobiliari) integrassero, *in re ipsa*, neanche sotto il profilo della violenza morale, le azioni persecutorie degli atti di violenza poste a fondamento dell'istituto.

Altra questione dibattuta riguardava l'arco temporale da considerarsi: per decenni ci si è limitati al periodo tra il 1938 e l'8 settembre 1943 quasi che da quella data in poi la persecuzione fosse stata interrotta: così certamente non fu, visto anzi che il periodo della Rsi fu ancora più nefando, determinando quella persecuzione delle vite che fu responsabile di oltre settemilacinquecento vittime⁶⁶ tra deportazioni, arresti e uccisioni per varie cause.

Bene è stato scritto in definitiva che «una mentalità burocratica, intollerante, supportata da una interpretazione restrittiva» ha limitato per mezzo secolo la possibilità di accesso all'istituto previsto dalla legge del 1955⁶⁷.

All'esito dei lavori di una Commissione di studio istituita nel 2019 in seno alla Presidenza del Consiglio dei ministri, con il compito di agevolare e superare i numerosi profili problematici relativi all'applicazione della legge n. 96/1955, si è addivenuti infine alle auspiccate modifiche legislative, contenute nella legge di bilancio per il 2021 (l. 30 dicembre 2020, n. 178), all'art. 1, cc. 373-374.

La novella legislativa è intervenuta in primo luogo eliminando il già citato inciso «nelle identiche ipotesi» che sovrapponeva le fattispecie riferite ai perseguitati delle leggi razziali con quanti avessero subito persecuzioni per motivi politici; inoltre ha esteso l'arco temporale da tenere in considerazione prendendo in considerazione l'intero periodo dell'occupazione nazi-fascista, pertanto fino al 25 aprile 1945.

Infine ha disposto una presunzione relativa, nel senso che gli atti di violenza subiti «si presumono fino a prova contraria».

In definitiva anche questa vicenda, come le altre che sotto il profilo lavoristico sono state descritte, si pone al crocevia tra storie – dei perseguitati, che hanno richiesto giustizia per il loro caso concreto nelle aule di tribunale e ai quali spesso è stata negata – e la Storia di un periodo drammatico che, lungi dal dover essere interpretato come una parentesi, ha rappresentato invece una pagina dolorosa, ma pienamente inserita nelle vicende giuridico-istituzionali del nostro Paese, sebbene nei confronti della stessa, almeno nel Dopoguerra, vi è stata la volontà politica di voltare velocemente pagina, anche per evitare imbarazzi, vista

⁶⁶ Cfr. L. PICCIOTTO, *Il Libro della Memoria. Gli ebrei deportati dall'Italia (1943-1945)*, III ed., Milano, 2002.

⁶⁷ L. MOTOLESE, *La Commissione per le provvidenze ai perseguitati politici antifascisti o razziali nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Un caso esemplare, in Amministrazione e contabilità dello Stato e degli Enti pubblici*, 29 dicembre 2011, p. 4, in <http://www.contabilita-pubblica.it/Archivio1/Dottrina/Motolese.1.pdf>, data ultima consultazione 12.01.2026.

la sostanziale continuità di gran parte della classe dirigente, ad esempio nella magistratura, nel passaggio tra regime fascista e ordinamento democratico.

Da un punto di vista culturale, prima ancora che meramente tecnico, il ruolo del giurista nel continuare ad approfondire queste tematiche, anche in apparenza secondarie e poco arate, appare, a parere di chi scrive, sempre più necessario, sebbene spesso si tratti di un ruolo misconosciuto⁶⁸: e del resto come è stato condivisibilmente scritto, «da sempre la storia permea il diritto costituendone parte integrante [...] ed il ruolo di ciascun giurista – non solo dello storico del diritto – è quello di indagare e ricostruire le regole nella loro genesi e nel loro sviluppo nel corso del tempo»⁶⁹.

⁶⁸ Si leggano le riflessioni di T. GRECO, *La morte di Paolo Grossi e l'informazione sulla cultura giuridica italiana*, in *Rivista il Mulino online*, 18 ottobre 2022, <https://www.rivistailmulino.it/a/sulla-morte-di-paolo-grossi>, data ultima consultazione 12.01.2026 su come quella giuridica sia «poco considerata quale “cultura”» ed è invece sia «trattata alla stregua di una tecnica specifica, che può interessare solamente i suoi cultori» e del conseguente rapporto con i media.

⁶⁹ G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *La storia “giuridificata”*, in ID., *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, p. 11.

DIMMI CHE ISCRIZIONI HAI E TI DIRÒ CHI SEI.

La memoria del casellario giudiziale e le sue ricadute giuridico-sociali. Un invito
allo studio*

MARCO CECCHI**

Il casellario giudiziale è uno strumento che agevola il controllo sociale e favorisce il mantenimento della sicurezza in società, facilitando la cooperazione informativa tra autorità. Inoltre, la conoscenza del curriculum giudiziario (spec. se criminale) di una persona, laddove questa sia sottoposta a giudizio, assicura pure una più corretta – cioè, una quanto più individualizzata possibile – amministrazione della giustizia al caso concreto. La circolazione dei dati iscritti nel casier judiciaire (dei criminal records in particolare) assume infine, e per gli scopi più sfaccettati, una peculiare pregnanza negli odierni assetti ordinamentali: orientati dalla trasparenza imposta dal c.d. capitalismo della sorveglianza. La visibilità del passato giuridicamente rilevante di un soggetto, tuttavia, porta con sé rischi e conseguenze lesive non indifferenti che impattano su diritti e libertà fondamentali di chi viene di fatto pregiudicato dall'esistenza di una certa iscrizione a carico. Se si ha riguardo all'art. 27 Cost., ad esempio, è sicuramente in contrasto con la presunzione di innocenza e col percorso rieducativo-risocializzante del condannato il pensiero 'delinquente una volta, criminale per sempre'; eppure, tale idea stigmatizzante è il portato diretto di una fedina penale già macchiata.

The criminal records system is an instrument that facilitates social oversight and supports the preservation of public security by enabling informational cooperation among authorities. Moreover, knowledge of an individual's judicial history – particularly of any criminal background – when that person is subjected to judicial proceedings, ensures a more accurate administration of justice, that is, one that is as equitable and individualized as possible in the concrete case. The circulation of the data recorded in the casier judiciaire has acquired a distinctive significance in contemporary regulatory frameworks, which are shaped by the transparency

* Il contributo riprende, con alcune risistemazioni (i.e. riassemblamenti, riduzioni d'ampiezza e riadattamenti discorsivo-stilistici), le riflessioni svolte in M. CECCHI, *Il dato penale in un mondo digitale. Contributo allo studio del casellario giudiziale*, in corso di pubblicazione – di cui può considerarsi una gemmazione.

** Avvocato specialista in diritto penale, ricercatore universitario abilitato presso l'Università telematica eCampus e docente a contratto presso l'Università degli Studi di Firenze.

demanded by the so-called “surveillance capitalism”. The visibility of a person’s legally relevant past, however, entails significant risks and detrimental consequences that impact the fundamental rights and freedoms of those who are effectively disadvantaged by the existence of a given entry concerning them. About Article 27 of the Italian Constitution, for instance, the thought that ‘once an offender, always a criminal’ is clearly incompatible with both the presumption of innocence and the rehabilitative and social-reintegration aims of punishment; but such a stigmatizing idea is the direct by-product of a tarnished criminal record.

SOMMARIO: 1. Premessa filosofica. – 2. Tener traccia. – 3. L’archivio giuridico nella contemporaneità. – 4. Declinazioni pratiche del casellario giudiziale. – 4.1. Valenza eso-processuale. – 4.2. Valenza endo-processuale. – 5. Invito allo studio di un istituto (ingiustamente) negletto.

1. *Premessa filosofica.* – Nella cultura occidentale, è uno dei tratti caratteristici dell’essere umano, dacché ha coscienza di sé e contezza del tempo, quello di voler conservare memoria della propria persona.

Mantenendo vivo il ricordo di chi è stato e di che cosa ha fatto, in ciò altresì mosso – almeno inconsciamente – dall’istinto di sopravvivenza¹, l’uomo tenta una volta di più di scampare alla morte.

L’«aggrapparsi al sé»², in questo caso, è determinato dal fatto che «senza memoria non c’è sopravvivenza»³: sicché, in definitiva, può dirsi che «essere è essere registrato»⁴.

¹ Inteso qui, l’istinto di sopravvivenza, in una sua accezione estrema: quella della vita eterna – il vivere *anchora*, *anchora* e *anchora...* sia pure attraverso la rievocazione altrui. D’altronde, «che cos’è la memoria, se non vita che non può più morire?» (A. D’AVENIA, “Dov’era Dio?»: Mik, Fifi e l’unica raccolta di poesie scampata a un campo di concentramento, in *Corriere della sera* – Ultimo banco, 27 gennaio 2025). L’eponalessi dell’*anchora* allude e si ispira all’aforisma «è bello, dopo il morire, vivere *anchora*», che si ritrova in un’incisione anonima del XVI secolo conservata presso i Musei Civici di Arte e Storia. Pinacoteca Tosio Martinengo di Brescia. Di questa silografia, peraltro, il motto è stato ripreso dalla casa editrice *Laescher*.

² B. HAN, *Abwesen. Zur Kultur und Philosophie des Fernen Ostens*, (trad. it. – *Del vuoto. Sulla cultura e filosofia dell’Estremo Oriente*), S. Aglan-Buttazzi, Milano, 2024, p. 49 («Il tratto essenziale della natura è l’appetitus, il *conatus ad existentiam*, l’aggrapparsi al sé», utile altresì a trovare la propria «forma di stabilità» [p. 14]).

³ U. ECO, *Perché le università?*, in *Universitas*, 2014, XXXV, 131, p. 57.

⁴ M. FERRARIS, *Documanità. Filosofia del mondo nuovo*, Bari-Roma, 2023, p. 354, nt. 11 (v. anche p. 379, nt. 1). Secondo il filosofo torinese, «tenere traccia, non disperdere, conservare, accumulare [sono] atti tanto più importanti per un organismo che, in quanto tale, è destinato alla morte, cioè alla perdita di tutto, e che differisce la morte procurandosi degli strumenti che permettono di capitalizzare le forze, di non lasciarle sfuggire e insieme di moltiplicarle. A volerla far breve, è tutta una questione di memoria, e dei supplementi che la potenziano» (p. 141 – corsivo nostro). In questa “prospettiva di sopravvivenza”, il fatto che «le tracce – sedimentandosi – producono delle facilitazioni il cui risultato è il prevalere dell’esperienza più frequente, dunque statisticamente più probabile» (p. 13), è un suggestivo collegamento alla legge dell’evoluzione darwiniana: sopravvive (e garantisce la riproduzione propria e della specie) chi meglio si adatta alle circostanze e più flessibilmente si adegua agli sviluppi della vita.

Eppure, siffatta tendenza conservatrice è affiancata da una inclinazione completamente opposta: quella, che potremmo a contrasto definire reazionaria, del voler essere dimenticati – totalmente o in parte.

La dualità tipica delle cose e, in special modo, «la forma dualistica dell'esperienza umana»⁵ fanno sì che a un fenomeno si alterni il suo opposto. In concreto, al momento della sintesi di realtà, tra i potenziali delle due categorie si manifesta ora un ente (A) ora l'ente contrario (non-A): senza soluzione di continuità.

In relazione al «vertiginoso mondo»⁶ degli eventi trascorsi, avviene che gli individui oscillino tra il ricordo (A) e l'oblio (non-A)⁷. Per l'uomo – «doppio nelle sue vie»⁸ – è impossibile non ricordare, ché altrimenti perde se stesso⁹; ma non gli è possibile nemmeno registrare qualunque cosa e ogni suo dettaglio: anzi, è piuttosto necessario saper dimenticare¹⁰ e, in certi frangenti, imparare a

⁵ R. MUSIL, *L'uomo senza qualità* [1930], trad. it. A. Rho, G. Benedetti, L. Castoldi, Torino, 2014, p. 779. Sull'approccio filosofico dualistico, incentrato sulla "dualità" o "natura duale" delle cose e sul loro alternarsi-combinarsi-saldarsi (cfr. G.W.F. HEGEL, *Filosofia della natura* [1804/5-1830], a cura di V. Verra, Torino, 2002, p. 202: «Spinti a questo culmine dell'opposizione, gli opposti cadono ugualmente l'uno nell'altro»; p. 480: «Un ente che ha la contraddizione di sé in se stesso ed è capace di sostenerla, è il soggetto: e questo costituisce [nonostante la sua finitezza] la sua infinità»), ci permettiamo di rinviare a quanto già osservato in M. CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di stilus curiae*, Milano, 2021, pp. 106-107, nt. 208-213. Siffatta filosofia, che si fonda sull'idea del *doppio* e su «quella tensione fra gli opposti che dà sostanza alla realtà» (per utilizzare le parole di A. PRENCIPE, *Università generativa*, Bologna, 2024, p. 42), si regge – oltre a quanto si è bell'e scritto nelle pagine monografiche appena richiamate – sulle idee fondamentali di *limite* e di *sfumatura*. I fenomeni o enti duali si differenziano tra loro per i limiti che li caratterizzano e si manifestano, in uno sfumato e metamorfico «sistema di gradi» (HEGEL, *Filosofia della natura*, cit., p. 96), entro le possibilità date: concretizzandosi in forme al cospetto delle quali si percepisce senz'altro ciò che si ha dinanzi (A) ma, al contempo, si intuisce al fondo il suo esatto contrario (non-A) che non si è in quel caso realizzato.

⁶ J.L. BORGES, *Funes, o della memoria* [1942], in ID., *Finzioni*, trad. it. F. Lucentini, Torino, 2014, p. 104.

⁷ La memoria, con i suoi «caratteri adattivi» (p. 6) e le sue «connotazioni binarie» o duali (p. 5), «è caratterizzata da una *duplice* valenza: una legata alla permanenza dei ricordi [A], l'altra al loro affievolirsi [non-A]» (p. 3), come rileva A. OLIVERIO, *Memoria e oblio*, Soveria Mannelli, 2003 (per il quale «il rapporto ambiguo e complesso tra la memoria e l'oblio non riguarda soltanto l'esistenza di ognuno di noi come singoli individui, ma l'insieme degli individui» [p. 50]).

⁸ F.E. CHASSAY, *La purezza del cuore*, 1856, II, Milano, p. 22.

⁹ «Se il vacillante edificio dei ricordi crollasse come una tenda mal montata, di [una persona] non resterebbe che il mero presente, questo nulla che avanza lentamente verso la morte» (M. KUNDERA, *Il libro del riso e dell'oblio* [1978], trad. it. A. Mura, Milano, 1991, III. Cfr. A. D'AVENIA, *Per quando ti perdi*, in *Corriere della sera - Ultimo banco*, 3 novembre 2025: «Non so come funzioni la memoria ma so che è tutto, perché la continuità dell'io dalla culla alla tomba non è nella materia (le cellule del nostro corpo mutano di continuo) ma nel regista interiore che, più o meno onestamente, seleziona e cuce le scene della storia che raccontiamo a noi stessi e a chi chiede: tu chi sei? *Ognuno di noi è una storia che vuole essere narrata, ascoltata, capita e tramandata*»).

¹⁰ «Se noi non scordassimo passivamente o attivamente alcune esperienze, o perlomeno se non fossimo in grado di contrastare precedenti memorie e apprendimenti, non potremmo apprendere qualcosa di nuovo, correggere i nostri errori, innovare vecchi schemi: e, se non dimenticassimo, la nostra mente sarebbe affollata di ricordi, simile a una carta geografica del mondo in cui ogni dettaglio riproducesse esattamente la realtà fisica che esso rappresenta. [...] La memoria, anziché rappresentare un deposito statico di esperienze, rappresenta un'attività dinamica, *in equilibrio con l'oblio*, soggetta a un continuo rimaneggiamento» (OLIVERIO, *Memoria*, cit., pp. 6-7 e 68 – corsivo nostro).

disimparare¹¹. Umanamente parlando, infatti, ci si sviluppa adattandosi incessantemente agli accadimenti che si susseguono: in quell'itinerario che va dal passato al futuro, transitando giorno per giorno dal presente; con necessari episodi di apertura e di rinnovamento, pur tenendo fermi i «segni sicuri»¹² di chi si è.

Gli uomini dunque divengono mutando, non solo a livello fisico ma altresì a livello mentale. Tutti gli incontri che facciamo – i quali si accomodano nella memoria esperienziale¹³ – lasciano una traccia¹⁴: e «tutto contribuisce, anche se in modo inavvertito, alla nostra formazione»¹⁵.

Ontologicamente, antropicamente è così. E questo si proietta nelle creazioni umane, riflettendosi *in primis* nell'ambiente sociale in cui vive l'individuo.

2. *Tener traccia*. – Guardando alle società, può invero osservarsi che tali strutture – non appena evolutesi, al punto da reggersi su discorsi narrativi – si sono affidate alla memoria tramandata. L'immagine, icastica, è quella dell'anziano saggio intorno al quale si raccolgono gli astanti per ascoltare le storie della tradizione.

Nel comune passato condiviso, continuamente da raccontare, si conserva e si rinnova l'identità di un popolo (memoria «collettiva»¹⁶). Gli oggetti sociali, «fatti

¹¹ Per quanto possa essere amaro, parafrasando il titolo e il testo di una canzone moderna (PTN, *Amaro*, 2024), ci sono eventi che occorre imparare a disimparare: per crescere e per far spazio ad altro. Se queste esperienze trascorse ci hanno salvato o comunque formato, allora ci accompagneranno per sempre (rimanendo custodite entro «la lunghezza interminabile dell'anima» nostra [M. RADNÓTI, *Lettera alla sposa*, in ID., *Mi capirebbero le scimmie*, a cura di E. Bruck, Roma, 2009, p. 137; a margine, v. A. D'AVENIA, *Ma io tornerò*, in *Corriere della sera – Letti da rifare*, 28 gennaio 2019]): ma, ciononostante, a un certo punto è fisiologico sistamarle da una parte e lasciar andare la presa, così da poter accogliere e abbracciare il nuovo che viene.

¹² Il richiamo è all'istante, eternato da Omero, in cui Odisseo – tornato finalmente a Itaca – viene riconosciuto dalla sposa fedele e dal padre. Sia a Penelope sia a Laerte si «sciolgono le ginocchia e il cuore nel riconoscere i *segni sicuri* che vengono dati» loro – v. OMERO, *Odissea* [VIII-VI sec. a.C.], a cura di M. G. Ciani, Milano, 2000, pp. 357 e 372.

¹³ L'accomodamento dei ricordi nella memoria – *recte* in zone d'ombra (oblio) o in zone di luce (ricordo) della memoria – è un processo cognitivo ancora in gran parte a noi ignoto. Ad ogni modo, sappiamo che la registrazione mnemonica di quanto accaduto, così come la fissazione (che è una prima forma ri-elaborazione, con valenza semantica) di informazioni e dati che saranno poi ripresi, in occasione dell'evocazione (interna) e quindi dell'esplicitazione (esterna) di quell'evento passato in una certa prospettiva narrativa, sono meccanismi che coinvolgono gli aspetti più intimi, persino fondanti, dell'individuo e della sua personalità.

¹⁴ Per «traccia» facciamo riferimento a «ogni forma di modificazione di una superficie che vale come segno o come promemoria *per una mente capace di apprenderla* come tale. È il primo livello, quello archeologico, della ontologia del documento: se non ci fossero tracce, se non ci fosse la possibilità di iscrivere, non ci sarebbero – molti livelli più in su – dei documenti, passando per quelle feste delle tracce che sono i ritmi musicali, i riti sociali e i rituali individuali» (M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce* [2009], Bari-Roma, 2023, p. 250).

¹⁵ J.W. GOETHE, *Wilhelm Meister. Gli anni dell'apprendistato* [1795/6], trad. it. A. Rho – E. Castellani, Milano, 1976, p. 380. E dato che «chi vive deve essere preparato al mutamento» (J.W. GOETHE, *Gli anni di viaggio di Wilhelm Meister, o i Rinuncianti* [1796], a cura di R. Copioli, Milano, 2005, p. 46), si può dire, stavolta con Metz (T. METZ, *L'uomo che pende*, a cura di M. Rouan e L. Gonfiantini, Pistoia, 2001, p. 10), che «tutto quello che l'essere può esprimere è che egli non può rimanere» – *pánta rhei*.

¹⁶ Si veda M. HALBWACHS, *I quadri sociali della memoria. Bestialità, zoofilia e amore postumano* [1925], a cura di T. Grande e L. Migliorati, Milano, 2024. In chiave giuridico-penale, v. F. CORDERO,

di iscrizioni»¹⁷ che cristallizzano significati, edificano i rapporti in seno alla *societas*. Attraverso le annotazioni stabili del sapere, dei diritti e dei doveri si fondano le istituzioni e se ne assicura la durata. In quest'ottica, «il documento è monumento»¹⁸.

Si è al cospetto di una fattualità – il «tener traccia»¹⁹ – che costituisce quella «linea continua che, da ciò che è natura e animalità, ci porta a ciò che è cultura e umanità»²⁰.

Tracciare, documentare, archiviare e ricordare sono in effetti attività che declinano le varie tipologie di relazioni intersoggettive, tipicamente umane; e, a ben pensarci, nelle società su larga scala e un minimo progredite²¹ non è immaginabile fare a meno della burocrazia²², delle scartoffie (o, stando all'oggi, dei dati informatici) e delle registrazioni certificative in genere²³.

Prefazione, in ID., *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari-Roma, 1986, p. VII («Non è soltanto meccanismo normativo l'ordigno penale ma anche teatro, memoria collettiva, festa catartica, con tanti aspetti ambigui»).

¹⁷ FERRARIS, *Documentalità*, cit., pp. IX («Documentalità: l'ontologia degli oggetti sociali è fatta di tracce, di registrazioni, di documenti») e XIII («Le iscrizioni costituiscono la condizione di possibilità degli oggetti sociali»).

¹⁸ J. LE GOFF, *Documento/Monumento*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1978, V, p. 42 («Il documento è monumento. È il risultato dello sforzo compiuto dalle società storiche per imporre al futuro – volenti o nolenti – quella data immagine di se stesse»). Cfr. M. FOUCAULT, *L'archeologia del sapere. Una metodologia critica per la storia della cultura* [1969], trad. it. G. Bogliolo, Milano, 2018, p. 11 («Oggi, la storia è quella che trasforma i documenti in monumenti, e che – laddove si decifravano delle tracce lasciate dagli uomini e si scopriva in negativo ciò che erano stati, presenta una massa di elementi che bisogna poi isolare, raggruppare, rendere pertinenti, mettere in relazione, costituire in insieme»). Breve: *verba volant, scripta manent*.

¹⁹ FERRARIS, *Documanità*, cit., p. 43 («Carattere essenziale della realtà sociale [è] la necessità di tener traccia degli atti che la costituiscono generando la docusfera»).

²⁰ FERRARIS, *Documentalità*, cit., p. 231, secondo cui «non è concepibile una società senza memoria» (p. 218). V. ancora FERRARIS, *Documanità*, cit., pp. 43-44 («La realtà sociale è costituita da oggetti sociali che sono il risultato di atti sociali e che rispondono alla legge O = AR (Oggetto = Atto Registrato). In questo quadro, la documentalità è la *conditio sine qua non* per la costituzione della realtà sociale, giacché un atto di cui non restasse traccia – sia esso un battesimo, un matrimonio, un debito, un credito, una promessa, un titolo onorifico, un rito, un mito, un simbolo o un sistema linguistico o semiotico – non contribuirebbe in alcun modo alla costituzione e allo sviluppo della realtà sociale»).

²¹ Cfr. N.Y. HARARI, *Nexus. Breve storia delle reti di informazione dall'età della pietra all'IA*, Milano, 2024, p. 56 («I cambiamenti evolutivi nella struttura del cervello e nelle abilità linguistiche hanno apparentemente dato ai Sapiens l'attitudine a raccontare e a credere a storie di fantasia e a commuoversi profondamente per esse. [...] Le storie hanno fornito a *Homo sapiens* un nuovo tipo di catena: le catene da uomo a storia. Per cooperare, i Sapiens non dovevano più conoscersi personalmente, ma solo conoscere la stessa storia. E la stessa storia può essere familiare a miliardi di individui. Una storia può quindi funzionare come connettore centrale, con un numero illimitato di prese a cui può collegarsi un numero illimitato di individui»).

²² E «quando una burocrazia mette un'etichetta, anche se si tratta di pura convenzione, può comunque determinare il destino» dell'etichettato (HARARI, *Nexus*, cit., p. 98, il quale – qualche pagina prima – rammenta che «burocrazia» è un neologismo che sta letteralmente per «potere degli uffici». Il termine è stato inventato nella Francia del XVIII secolo, quando il tipico funzionario sedeva accanto a una scrivania con cassetti: il *bureau*. Il cuore dell'ordine burocratico è quindi il cassetto. La burocrazia cerca di risolvere il problema del recupero delle informazioni suddividendo il mondo in cassetti e sapendo quale documento riporre in quale cassetto [p. 93]).

²³ Cfr. FERRARIS, *Documanità*, cit., p. 355, nt. 11 («Ontologicamente costitutiva, almeno per quanto

3. *L'archivio giuridico nella contemporaneità*. – Quanto appena detto vale, *a fortiori*, in un'epoca concitata come la nostra: dove «succedono troppe cose, ognuno le viene a sapere troppo in fretta, e prima di averne capita una fino in fondo [entro le possibilità umane, s'intende] ne sopraggiunge un'altra»²⁴. Se queste notizie non riuscissimo a fissarle in qualche modo, catalogando perlomeno le “più importanti”, tutto si risolverebbe in un confuso e disordinato turbinio informativo; quando invece, al contrario, occorre ordine affinché – per l'appunto – si dia ordinamento giuridico.

E il Diritto, in effetti, possiamo dire che è archivistico per definizione. Non solo perché promana dall'uomo e ne rispecchia pertanto i peculiari connotati (quello mnemonico, per quanto qui di interesse)²⁵, ma proprio perché vanta intrinsecamente questa caratteristica²⁶.

Ebbene, calato nella realtà contemporanea, il momento giuridico sfrutta funzionalmente il *casier judiciaire*: nella misura in cui dagli archivi giudiziari si

riguarda gli oggetti sociali, è la registrazione») e FERRARIS, *Documentalità*, cit., p. 235 («Attraverso l'iterazione, la registrazione, l'iscrizione, la comunicazione (tutte funzioni rese possibili dalla traccia), si perviene alla costruzione di un mondo sociale e, dentro a questo mondo, hanno luogo i significati. Per questo è importante lasciare tracce, e per questo è così naturale»), nonché HARARI, *Nexus*, cit., pp. 87-88 («I complessi sistemi fiscali e amministrativi di una nazione – per funzionare – hanno richiesto l'uso di una speciale tecnologia dell'informazione non organica. Questa tecnologia è il documento scritto. [...] I documenti scritti hanno creato nuove realtà. Registrando elenchi di proprietà, tasse e pagamenti, hanno reso molto più facile la formazione di sistemi amministrativi, regni, organizzazioni religiose e reti commerciali. In particolare, *i documenti hanno cambiato il metodo utilizzato per creare realtà intersoggettive*. Nelle culture orali, le realtà intersoggettive venivano costruite raccontando una storia che la gente si incaricava di ricordare e tramandare. È evidente che le nostre capacità cerebrali hanno posto dei vincoli ai tipi di realtà intersoggettive che gli esseri umani potevano creare. Gli umani non erano in grado di creare una realtà intersoggettiva che il loro cervello ricordasse. Questo limite poteva essere superato, tuttavia, scrivendo documenti. I documenti non rappresentavano una realtà empirica oggettiva; la realtà era costituita dai documenti stessi»).

²⁴ E. CANETTI, *Accessi di parole* [1969], in ID., *La coscienza delle parole*, trad. it. R. Colorni e F. Jesi, Milano, 1984, p. 236.

²⁵ Il Diritto nasce dagli uomini e si riferisce ai loro rapporti. Sotto questo aspetto, gli enti giuridici sono portatori e riproducono le peculiarità umane, alle quali devono adeguarsi e arrangiarsi appropriatamente: pena, sennò, l'estraneità del sistema rispetto all'uomo stesso...con quel che ne consegue in termini di accettabilità e di (il)legittimità ordinamentale. Specificamente, nell'attuale assetto giuridico, orientato dalla Costituzione repubblicana del 1948 e dalle Carte sovranazionali dei diritti umani e delle libertà fondamentali che si sono susseguite da inizio Novecento, nonché dalle pronunce delle rispettive autorità giurisdizionali, è evidente che al centro del sistema stia la persona. *Rebus sic stantibus* e salvo stravolgimenti rivoluzionari, il principio personalistico è quindi la bussola-guida dell'ordinamento italiano e, al contempo, rappresenta il limite invalicabile per qualunque atto o attività che lo avversi e/o lo annulli.

²⁶ Da sempre, infatti, gli enti giuridici sono informativi e intersoggettivi, e necessitano di essere conservati. L'«immane massa di segni» (G. BARONTI, *I segni del Potere. Fenomenologia dell'archivio giudiziario*, in *La questione criminale*, 1980, p. 49) che i giuristi producono abbisogna di essere archiviata, per poi venir all'occorrenza recuperata. L'ordine normativo e le relative procedure possono darsi, per giunta, solamente in forza di un sistema che cataloghi e filtri giuridicamente l'esistente, mantenendone – qua sta il punto – tracce evidenti. Rispetto a questa dinamica, il casellario si rivela meccanismo perfettamente consentaneo. Il censimento tramite “cartelle biografico-giudiziarie” (Cfr. C. ERRA, *Cartella biografica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, pp. 344-345) permette di riprodurre la vita giuridica di una persona e, in tal maniera, contribuisce in senso lato a riprodurre il Diritto stesso – applicato, annotato, reiterato.

estrapolano informazioni utili a ottenere un'immagine stabile/stabilizzata di un certo individuo. I dati incasellati si utilizzano infatti, in quest'ottica, per costruire il profilo giuridico di un determinato soggetto e siffatto ritratto giudiziario lo si proietta poi nel futuro, senza tuttavia considerare i cambiamenti metamorfici che interessano la persona nel corso degli anni. Semplificando (fino ad annullarla) la complessità, si presuppone la “tautologia del divenire” (cioè, che accada sempre lo stesso) e ci si accontenta di fissare approssimativamente le sfumature della personalità in categorie asettiche e livellanti verso l'omogeneità²⁷. Ci si appiglia alla mancanza di risorse (temporali e materiali) per evitare di compiere approfondimenti ulteriori e per giustificare che si è costretti a fare, come si suol dire, di necessità virtù: sviluppando previsioni pregiudizievoli fondate in prevalenza sull'apparenza²⁸. In un motto, non si scende in profondità e si finisce per basarsi superficialmente sull'adagio «dimmi che iscrizioni hai e ti dirò chi sei».

Ma non solo. Più in generale, poi, il casellario giudiziale – in quanto contenitore di dati – si accomoda perfettamente nelle dinamiche di quella che è stata definita l'età della Datacrazia o dell'Algocrazia, oppure anche *«Infokratie»*²⁹, il cui habitat (informativo, ubiquitario e continuamente interconnesso) prende il

²⁷ Nella consapevolezza che l'essere umano è un «ente così vasto, vario e poliforme che ogni definizione si dimostra troppo limitata» e che, anzi, *«l'impossibilità di diventare oggetto di definizione costituisce l'essenza stessa dell'uomo»* (M. SCHELER, *Sull'idea di uomo* [1913], in ID., *La posizione dell'uomo nel cosmo* [1928], a cura di M. T. Pansera, Roma, 2010, pp. 54 e 68), affermando che “ci si accontenta di fissare approssimativamente le sfumature della personalità in categorie asettiche” si vuol evidenziare la superficialità di quest'operazione cognitiva. Il risultato conoscitivo ottenuto lo si raggiungere tramite un approccio intellettuale così epidermico da non rientrare nemmeno nel discorso sui limiti gnoseologico-definitori di cui si è appena detto, e proprio in ragione di tali ostacoli epistemologici essere giustificato. Molto banalmente, accade che si ragioni pregiudizialmente sulla scorta dei dati iscritti nel casellario giudiziale e non ci si curi di scendere più in profondità, raccogliendo opportunamente altre informazioni.

²⁸ Evocativamente, G. BARONTI, *I segni del Potere*, cit., p. 53: «Le labili tracce della soggettività e della coscienza dell'uomo sono sommerse dalla ripetitività e annichilite dal distacco che costituiscono le modalità della monotona registrazione degli eventi, della loro pedante e burocratica verbalizzazione. Il nodo da sciogliere, la cosa più importante e il “segreto” che contiene l'archivio giudiziario è un vuoto, o meglio un riflesso, una rifrazione, una presenza incerta e sfuggente che costituisce però il prerequisito essenziale per l'esistenza e per la presenza della pletorica abbondanza degli atti e delle carte. Ciò che vi è di più importante nell'archivio non sono le cose che vi sono contenute, ma l'ottica: o meglio, le diverse ottiche che le contengono; queste distorsioni continue e decise degli eventi, queste operazioni di forgiatura e di costruzione dei fatti rappresentano i sigilli, i segni invisibili del potere che tutte le carte giacenti portano impressi».

²⁹ Nell'era infocratica, si assiste a una «forma di dominio nella quale l'informazione e la sua diffusione determinano in maniera decisiva, attraverso algoritmi e Intelligenza Artificiale, i processi sociali, economici e politici. Diversamente dal regime disciplinare, a essere sfruttati non sono corpi ed energie ma informazioni e dati. Decisivo per la conquista del potere non è il possesso dei mezzi di produzione, bensì l'accesso a informazioni che vengono utilizzate ai fini della sorveglianza psicopolitica, del controllo e della previsione dei comportamenti. Il regime dell'informazione si accompagna al capitalismo dell'informazione, che evolve in capitalismo della sorveglianza e declassa gli esseri umani a *bestie da dati e consumo*» (B. HAN, *Infokratie*, trad. it. – *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*) F. Buongiorno, Torino, 2023, p. 3). Sul “capitalismo della sorveglianza”, v. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. P. Bassotti, Roma, 2022 (la quale offre una sintesi del fenomeno in otto punti, a pag. 9 dell'opera citata).

nome di «Infosfera»³⁰ o «Datasfera»³¹.

Qua, dove «la digitalizzazione del mondo della vita procede inarrestabile»³², sono i «beni informativi»³³ a dominare la scena e «l'umanità, anzi la documanità»³⁴, è oggetto di renderizzazione: ogni esperienza viene registrata e trasformata in dato³⁵. Per dirla con un'espressione d'impatto, ci si trova in una vera e propria «*dossier society*»³⁶, la cui operatività è maggiorata dall'uso diffuso dell'informatica e di congegni tecnologici.

Siamo coinvolti in un'intensa attività di profilazione³⁷, con «*credit scoring algorithms [and] reputational metric*», al cui fondamento stanno automatismi di «*pattern recognition [...] connecting the dots of past behaviour to predict the future*»³⁸.

³⁰ È stato il filosofo Luciano Floridi ad aver coniato (*rectius* definito in questi termini e quindi diffuso, poiché in realtà il primo ad averne parlato – collocando l'essere umano, come essere sociale, in sei distinte sfere: tra le quali, appunto, l'infosfera – è stato Kenneth Ewart Boulding, in K. E. BOULDING, *Economics as a Science*, New York, 1970, pp. 15-16) il termine “infosfera”. Tra le opere di questo Autore sul punto, v. L. FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Torino, 2009, L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017 e L. FLORIDI, *Pensare l'infosfera. La filosofia come design concettuale*, Milano, 2020. Da ultimo, cfr. altresì L. FLORIDI, *Filosofia dell'informazione*, Milano, 2024.

Parla di «docusfera» riferendosi al web («il più grande apparato di registrazione che l'umanità abbia sinora sviluppato» [p. 6], ove si registra il mondo della vita trasformandolo in profilazione, automazione e distribuzione) FERRARIS, *Documanità*, cit., p. XVIII.

³¹ V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *MediaLaws*, 2018, 2, p. 33.

³² HAN, *Infokratie*, cit., p. 18.

³³ ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 225.

³⁴ FERRARIS, *Documanità*, cit., p. XVII, che così definisce «ciò che incominciamo a essere nel momento in cui la produzione di beni è riservata alle macchine e a noi umani non resta che generare documenti rispetto a chi siamo, cosa vogliamo o non vogliamo, cosa sappiamo o crediamo di essere». Dalla notte dei tempi si registrano le informazioni e si catalogano, è vero, ma oggi l'attività captativa e archiviativa è oltremodo pervasiva e sostanzialmente omnicomprensiva. Com'è stato scritto, «nessuna persona sana di mente avrebbe pensato a registrare i colpi di tosse dell'umanità, nessun faraone avrebbe potuto imporre agli scribi di tenerne il conto» (pp. 15-16), eppure la tecnologia contemporanea lo permette e questo addirittura avviene nella quotidianità di chi usa certi dispositivi (quali, ad esempio, gli smartwatch). La vita di tutti i giorni è dominata dai c.d. oggetti intelligenti (*smart objects*) e dall'Internet delle cose (IoT – *Internet of Things*).

³⁵ Se non ogni esperienza, sicuramente la maggior parte delle esperienze quotidiane vengono registrate e trasformate in dati. Sul modo in cui questo avviene, v. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., pp. 247 ss.

³⁶ Troviamo questa definizione in W.C. REMPEL, *Dossier Society: Computers. Is privacy the loser?*, in *Los Angeles Times*, 1986, July 29, ove si riporta un'affermazione del sociologo K. C. Laudon della New York University (secondo cui «*we're living in a dossier society, where ultimately everyone may be judged by his data image*») e si sottolinea che, oltre a «*the greatest threat to personal privacy*», di questo sistema «*the problem is a high level of data inaccuracy and ambiguity, notably in computerized national crime records*».

³⁷ Per un recente e interessantissimo studio sulla profilazione, «tema che si inserisce a pieno titolo nella disciplina della *privacy*, ma che non viene completamente esaurito da questa» (17), v. A. GATTI, *Profilazione e diritti fondamentali. Modelli a confronto: Europa, Usa, America Latina*, Napoli, 2025 (in part., ai nostri fini, specif. pp. 33-61 e 119-137, nonché il Cap. V e le Conclusioni).

³⁸ F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge, 2015, pp. 25 e 14, il quale sottolinea che il sistema di «*scoring is spreading rapidly from finance to more intimate fields*» (p. 26), con tutti i «*cascading disadvantages*» (p. 32) conseguenti – e, purtroppo, «*Big Data enables big dangers*» (p. 29).

E le istituzioni e le autorità pubbliche, oltre a quelle private³⁹, sono pienamente coinvolte in tutto questo. Le forze dell'ordine, ad esempio, impiegano l'I.A. per fare investigazione predittiva⁴⁰ – c.d. *predictive policing*⁴¹ – e aprirsi «*new possibilities for detecting potential dangers before they arise and better guiding officers to avoid escalation to violence or complaints of rights violations*»⁴².

In definitiva, nella rete sociale odierna, è il digitalizzarsi del dato a segnare il cambio di passo e di potenziale della «sfera informativa intersoggettiva»⁴³ rispetto al passato. E nel «ronzio delle cose costantemente illuminate, registrate, contate, controllate e giudicate»⁴⁴, che si susseguono soffocanti e svaniscono una dietro l'altra, tra quel poco di cui “resta” memoria si annovera sicuramente il *curriculum* giudiziario della persona (spec. quello criminale: la c.d. fedina penale).

³⁹ A livello privato, dai più recenti studi è emerso che «*the key consumers of criminal justice data are not citizens who watchdog government but, rather, companies that nudge us to watchdog one another*» (S.E. LAGESON, *Digital Punishment. Privacy, Stigma and the Harms of Data-Driven Criminal Justice*, Oxford, 2020, p. 36).

⁴⁰ Tramite l'applicazione di metodiche statistico-predittive alle informazioni disponibili, si cerca di predire (e quindi, indirizzandovi l'attività di contrasto, di prevenire) la commissione di fatti illeciti. È stato evidenziato che «il procedimento di *predictive policing* si articola in tre fasi: la prima consiste nell'inserimento dei dati (di una o più tipologie) nel sistema; segue, poi, l'analisi dei dati inseriti attraverso un metodo algoritmico, allo scopo di elaborare la specifica previsione cui il sistema è finalizzato; infine, tale previsione viene utilizzata da parte degli operatori di polizia per adottare le decisioni strategiche e le tattiche sul campo» (L. CAMALDO, *Intelligenza artificiale e investigazione penale predittiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2024, pp. 234-235).

Attraverso il ricorso – in crescita, a dismisura (v. A. FERGUSON, *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race and the Future of Law Enforcement*, New York, 2017) – ai c.d. *place-based systems* o/e *person-based systems* (v. E. PIETROCARLO, *La predictive policing nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale*, in *Legislazione penale*, 26 settembre 2024, pp. 5-10 e 29-32), si mira a «prevedere il compimento di reati e la loro localizzazione (*crime hotspot*) o a elaborare profili criminali individuali (*predictive composite*)» (L. ALGERI, *Intelligenza artificiale e polizia predittiva*, in *Diritto penale e processo*, 2021, p. 730), fermi comunque restando i limiti di utilizzabilità processuale penale degli elementi probatori così ottenuti.

⁴¹ Il combinarsi di «*Big Data and smart policing practices*» conduce a «*crime mapping, hot-spot policing, predictive algorithms, network models, and a range of data-driven surveillance tactics rely on big data collection. [...] Within this context, internal police records have expanded into a dragnet of policing where information is documented on persons of interest, suspects, associates, acquaintances, and police interactions with the public. As a result, digitized internal police databases are logging a broader range of non-conviction information – much of which is intended for police investigation and surveillance and not the public*» (P. MAURUTTO, K. HANNAH-MOFFAT, M. QUIROUETTE, *Punishing the Non-Convicted through Disclosure of Police Records*, in *CrimRxiv*, 2023, March 1).

Con «l'evoluzione delle tecnologiche digitali e la loro capacità di prestazione sotto il profilo della migliore allocazione delle risorse e della più precisa identificazione delle aree urbane o dei soggetti maggiormente “a rischio”» si assiste a un mutamento delle strategie d'intervento poliziesco: «da un approccio esclusivamente reattivo si è virato verso uno prevalentemente proattivo, secondo cui l'intervento delle forze dell'ordine precede – e prescinde da(l) – l'attività criminale, al fine di prevenirla (PIETROCARLO, *La predictive policing*, cit., pp. 4-5).

⁴² M.D. FAN, *Camera Power. Proof, Policing, Privacy, and Audiovisual Big Data*, Cambridge, 2019, p. 115.

⁴³ HARARI, *Nexus*, cit., p. 154.

⁴⁴ ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., p. 237.

4. *Declinazioni pratiche del casier judiciaire*. – Dunque, «*there are scarlet letters emblazoned on our digital dossiers*»⁴⁵, che rimangono nella contabilità sociale e che pesano sull'esercizio effettivo di diritti e libertà fondamentali di chi vanta una qualche “critica” registrazione negli archivi giudiziari.

Perciò, abbiamo che il casellario dispiega indubbie esternalità: sia positive sia negative; sia all'interno del mondo giuridico che all'esterno di esso, nel contesto extra-giuridico.

Oltre a quanto si è accennato nel precedente paragrafo circa gli utilizzi – e quindi le ripercussioni sistematico-sociologiche – delle informazioni iscritte nel *Führungszeugnis* (spec. nello *Strafregister*), possiamo richiamare anche l'uso endo- ed eso-processuale che ne viene fatto.

4.1. *Valenza eso-processuale*. – È ormai fatto notorio che «la circolazione informativa proveniente dal sistema del casellario e dell'anagrafe è idonea a produrre effetti anche oltre l'ambito giudiziario»⁴⁶.

In particolare, al “soggetto incasellato” per quel che è stato accertato aver commesso, oltre alle sanzioni giurisdizionalmente irrogategli, si applicano molteplici restrizioni legali in svariati contesti della sua esistenza. La persona fisica o giuridica marchiata dalla «proiezione esterna»⁴⁷ delle certificazioni che la riguardano è così, possiamo dire, *anche* “giuridicamente compromessa”.

Basti pensare alle limitazioni cui si va incontro in tema di: esercizio/pieno godimento di diritti (es. incandidabilità e decadenza elettorale; impossibilità di far parte di una giuria; mancata concessione o revoca di visti, patenti, licenze o autorizzazioni in genere; libertà di circolazione; proprietà e successioni ereditarie; ecc. ecc. ecc.); acquisto della cittadinanza (impossibilitato/complicato); iscrizione in albi o elenchi professionali (impedita o sospesa); impiego lavorativo pubblico e privato (difficoltà a essere assunti; licenziamenti e rimozioni; ecc.); rapporti con la pubblica amministrazione (compromessi – es. blocco all'ottenimento di incarichi, onorificenze e riconoscimenti; incapacità a contrarre con enti pubblici o/e a partecipare a bandi di gara; ecc. ecc.); e così via.

A prescindere dalla ragionevolezza (che si misura sulla bontà del bilanciamento di interessi che giustifica la legittimità) delle costrizioni e delle preclusioni giuridiche imposte, quello che appare evidente è «*the increasing*

⁴⁵ PASQUALE, *The Black Box Society*, cit., p. 21. Similmente, LAGESON, *Digital Punishment*, cit., pp. 11 e 4 scrive di «*individuals marked by virtual scarlet letters [within] the world of digital punishment*».

⁴⁶ L. KALB, *Il sistema informativo giudiziario: il casellario e l'anagrafe*, in AA.VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb, IV – *Impugnazioni. Esecuzione penale. Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, a cura di L. Kalb, Milano, 2015, p. 763. Parla di «*wichtige kriminalpolitische instrumente* [importanti strumenti di politica criminale]» M. EDER-RIEDER M., *Strafregister- und Tilgungsgesetz*, Wien – Graz, 2008, Vorwort, p. 5, riferendosi alle attività iscrittive, selettivo-esclusive e certificative delle condanne nel casellario giudiziale.

⁴⁷ P. MOCALI, *Casellario giudiziale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 2000, p. 34.

number of agencies now using the records outside of the criminal justice [and, in general, jurisdictional] system»⁴⁸.

Adirittura, vi sono Paesi dove «*criminal records became a saleable product*»⁴⁹: un singolarissimo “mercato di dati giudiziari”, che «*affect[s] people’s lives*»⁵⁰. L’Italia non si annovera tra questi Stati, ma il rischio che si diffondano le cellule germinali di siffatta tendenza sembra porsi realmente, data la presenza in Europa di siti che si qualificano come «*specialist provider of European criminal records certificates to employers from Europe and rest of the world, who need to ensure their employees have no criminal background*»⁵¹.

4.2. *Valenza endo-processuale.* – Facendo ora riferimento alle utilità giuridiche del casellario, specialmente dei suoi certificati, si può rilevare che la valenza endo-processuale è per tradizione quella emblematica.

È, infatti, di «intuitiva rilevanza»⁵² l’incidenza che le informazioni dei registri giudiziari riversano sui vari snodi del procedimento giurisdizionale o amministrativo.

Negli accertamenti amministrativi, civili, penali e tributari il passato giuridicamente rilevante di chi vi è coinvolto conta parecchio ai fini del giudizio.

⁴⁸ T. THOMAS, *Criminal Records. A Database for the Criminal Justice System and Beyond*, New York, 2007, p. 62, a parere del quale «*it is also clear that criminal records are being used more by agencies outside and beyond the criminal justice system*» than agencies within the jurisdictional system (p. 89). Insomma, «*Criminal Background Checks (CBCs) are requests for information about previous convictions for non-judicial purposes*» e questa tendenza «*has grown in almost every Country*» (M. ROVIRA, *The Global Rise of Criminal Background Checks*, in *International Criminology*, 2023, 3, pp. 1 e 2).

⁴⁹ THOMAS, *Criminal Records*, cit., p. 151. Non solo limitatamente al mondo giuridico, poi, «*Data Brokers can use private and public records to draw inferences about any of us [...] thus commercial and government ‘dataveillance’ results in synergistic swapping of intimate details about individual lives*» (PASQUALE, *The Black Box Society*, cit., p. 21).

⁵⁰ A. CORDA e S. E. LAGESON, *Disordered Punishment: Workaround Technologies of Criminal Records Disclosure and the Rise of a New Penal Entrepreneurialism*, in *British Journal of Criminology*, 2020, pp. 251 e 245, ove si parla financo di un meccanismo di «*punishment entrepreneurialism*» (p. 258). I due studiosi, ad ogni modo, precisano (fortunatamente, ci permettiamo di dire) che «*compared to the United States, European criminal records are generally less visible and impactful and are widely considered a matter of internal affairs of the justice system*» (p. 251). Eppurtuttavia, proseguono gli Autori, è vero che «*the openness of records in the United States has allowed for greater monetization and commodification of such records than seen in Europe, but while the scale and legalities of access may differ, emerging practices in both contexts do bear important similarities. The capture of records without explicit consent or knowledge of the originating governmental agency and the exponential growth of loosely regulated websites and other digital platforms that exploit these records for commercial purposes represent a clear pattern of convergence*» (p. 258).

⁵¹ Ci riferiamo al sito <https://ecris.eu/eu-criminal-record-check/>, consultato il 31 gennaio 2026. Navigando la pagina, si legge tra l’altro – ed eloquentemente – che «*although our brand name is similar to the mentioned EU project [ECRIS], we are a business offering commercial services, named after the source of information we utilise. We assist employers by managing the criminal record checks quickly and efficiently, flagging any potential issues with candidates before the employer completes the hiring process. We strive to make the service as easy and fast as it can be. This is why we constantly monitor legal and technical changes in the field of criminal background checks, always looking for service improvements*».

⁵² A. BELLUCCI, *Casellario giudiziale*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole24Ore*, Milano, 2007, III, p. 5.

Bon gré mal gré, i precedenti del soggetto interessato/coinvolto tarano le decisioni che si assumono: e questo lo si riscontra fin dalle prime fasi della procedura (si pensi, ad esempio, all'accoglimento o al rigetto di domande cautelari nel settore processuale), oltretutto ovviamente al suo esito (si pensi, ad esempio, all'uso della proporzionalità in punto di dosimetria sanzionatoria, sempre nel settore processuale).

Magistrati inquirenti e giudicanti, difensori, amministrazioni pubbliche ottengono e utilizzano, per le finalità istituzionali loro riconosciute ed entro le facoltà di accesso consentitegli, i certificati richiesti (v. artt. 21-39 d.P.R. 313/2002): e tali atti vengono riversati all'interno dei processi e delle procedure che ne caratterizzano le rispettive attività.

Ma è comunque senz'ombra di dubbio l'area giurisdizionale penale il luogo dove l'uso del casellario giudiziale manifesta le sue principali funzionalità.

Qui, il ricorso a iscrizioni e certificazioni giudiziarie è in disparate occasioni procedimentali il *La* dal quale promanano atti, effetti e attività rituali. Fin dagli esordi dell'accertamento criminale, «è da ritenersi non contestabile la più ampia funzione di certezza notizia, propria del casellario»⁵³. Le segreterie dei singoli uffici di pubblico ministero devono infatti chiedere, «non appena il nome della persona alla quale il reato è attribuito è stato iscritto nel registro indicato nell'art. 335 c.p.p.», oltre al certificato anagrafico, i certificati del casellario giudiziale, del casellario dei carichi pendenti e del casellario giudiziale europeo (art. 110, co. 1 disp. att. c.p.p.)⁵⁴.

Da subito, quindi, queste attestazioni entrano in gioco: e si rivelano utili per formulare istanze e assumere decisioni durante la fase delle indagini preliminari⁵⁵, prima ancora di divenire un elemento che arricchisce la valutazione deliberativa in ciascuna successiva sede procedurale – in udienza preliminare, in dibattimento⁵⁶,

⁵³ G. IZZO, *Su alcuni aspetti tecnico-giuridici del servizio del casellario giudiziale*, in *Giust. pen.*, 1969, I, p. 211.

⁵⁴ Non sono ricomprese nell'elenco dell'art. 110, co. 1 disp. att. c.p.p. l'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e l'anagrafe dei carichi pendenti degli illeciti amministrativi dipendenti da reato...a meno che non si vogliano intendere queste attestazioni incluse nella dicitura «certificati anagrafici» di cui alla lettera a) della citata disposizione (che però, evidentemente, si riferisce ai dati della persona fisica e non a quelli della persona giuridica: vieppiù se si ha riguardo al successivo comma 1-bis).

A nostro parere, tuttavia, anche le certificazioni concernenti le persone giuridiche (*recte* gli enti accusati penalmente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001) debbono essere acquisite dalle segreterie dei pubblici ministeri: in virtù dell'art. 34 d.lgs. n. 231/2001, che rende applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale (c.p.p.) e del d.lgs. n. 271/1981 (*i.e.* le norme di attuazione, di coordinamento, transitorie e regolamentari del codice di procedura penale – disp. att. c.p.p.) al procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

⁵⁵ Ritiene condivisibilmente KALB, *Il sistema informativo giudiziario*, cit., p. 753, che «con la richiesta del certificato del casellario giudiziale e del certificato dei carichi pendenti si registra il primo, mirato atto di indagine» (corsivo nostro).

⁵⁶ Negli atti raccolti nel fascicolo del dibattimento, ai sensi dell'art. 431, co. 1 c.p.p., non casualmente rinveniamo, alla lettera g), «il certificato generale del casellario giudiziario e gli altri documenti indicati nell'articolo 236, nonché, quando si procede nei confronti di un apolide, di una persona della quale è ignota la cittadinanza, di un cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea

nei giudizi di impugnazione⁵⁷, nel corso dell'esecuzione della pena.

Ed è tuttora valido, se attualizzato, quanto è stato affermato oramai ben oltre un secolo fa a tal riguardo: ossia che «la pronta ed esatta cognizione dei precedenti penali delle persone è sempre utile, qualunque sia il fine, purché lecito, cui può essere indirizzata; ma è assolutamente necessaria per la giustizia [...]. Nel procedimento, può guidare le indagini per la scoperta del colpevole contenendo la storia del suo passato giudiziario, diminuisce la durata della carcerazione preventiva agevolando la sollecita concessione della libertà provvisoria, accelera la chiusura dell'istruttoria completandola delle notizie occorrenti; e, nel giudizio, serve a un congruo apprezzamento della responsabilità, alla repressione della recidiva, all'applicazione delle incapacità [conseguenti alla condanna]»⁵⁸ e di tanti altri istituti, sostanziali e processuali, tra i quali possiamo richiamare esemplificativamente i seguenti: capacità a delinquere; circostanze attenuanti generiche; determinazione della pena o esclusione della punibilità; fattispecie di cui è elemento costitutivo l'esistenza della condanna o dell'iscrizione; misure di sicurezza; non menzione; particolare tenuità del fatto; pene sostitutive e sanzioni alternative; perdono giudiziale; prognosi cautelare; recidiva, abitudine e professionalità nel reato; riabilitazione; riti speciali; sospensione condizionale della pena; vaglio di pericolosità; ecc.

5. *Invito allo studio di un istituto (ingiustamente) negletto.* – Tirando le fila, allora, se si pensa alla valenza storico-sociale e alla portata normativa ed extra-normativa del *curriculum* giudiziario (spec. se penale)⁵⁹, appare subito chiara

ovvero di un cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea privo del codice fiscale o che è attualmente, o è stato in passato, titolare anche della cittadinanza di uno Stato non appartenente all'Unione europea, una copia del cartellino fotodattiloscopico con indicazione del codice univoco identificativo». Parimenti, a livello probatorio, «è consentita l'acquisizione dei certificati del casellario giudiziale» tra i documenti apprezzabili «ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato o della persona offesa dal reato, se il fatto per il quale si procede deve essere valutato in relazione al comportamento o alle qualità morali di questa». Inoltre, sempre in punto di prova documentale, «i certificati del casellario giudiziale possono essere acquisiti al fine di valutare la credibilità di un testimone» (art. 236, co. 1 e 2 c.p.p.).

⁵⁷ Cfr., ad esempio, l'affermazione di Cass., Sez. IV pen., 22 maggio 2019, n. 22217, secondo cui non viola il divieto di *reformatio in pejus* previsto dall'art. 597 c.p.p. il giudice dell'impugnazione che dia una lettura delle risultanze del certificato del casellario giudiziale diversa da quella operata dal giudice di primo grado, riferendosi tale divieto all'applicazione della pena e non ai criteri di valutazione delle prove o, comunque, del materiale raccolto o degli atti del processo.

⁵⁸ P. VICO, *Del casellario giudiziale*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie*, a cura di E. Pessina, III, Milano, 1906, pp. 702-703, per il quale «della materia giudiziale, onde è formato il Casellario, la parte precipua è costituita dalla materia penale: precipua, sia in relazione alla quantità del contenuto del Casellario sia in relazione alla qualità dei servizi che il Casellario può rendere»: servizi che, rispetto a quelli indicati dall'Autore (il cui pensiero è, com'è normale che sia, influenzato dal retaggio storico dell'epoca in cui ha scritto) devono essere ispirati dal principio cardine dell'ordinamento post-costituzionale, che è quello anzitutto personalistico (*in dubio pro reo*) e non da quello eminentemente statualistico (*in dubio pro Republica*).

⁵⁹ Relativamente alla valenza extra-giuridica del *curriculum* giudiziario, si possono rinvenire effetti finanche dal punto di vista biologico dell'additante iscrizione a casellario, essendo riconosciuto che «il dolore della vergogna sociale è comparabile a quello causato dalla brutalità di un cancro» (A. DAMASIO, *Sentire e conoscere*, Milano, 2021, p. 102, il quale sottolinea che «de situazioni psicologiche e

l'importanza del casellario a livello ordinamentale.

Questo istituto non è affatto, come non di rado purtroppo ancora si crede, un “istituto di mera cancelleria” bensì è vita vissuta; e, sebbene «non [sia sinora stato ritenuto] particolarmente rilevante sotto il profilo della dogmatica», risulta di «indubbio ed essenziale rilievo pratico nell'ambito sia del processo penale che della vita di tutti i giorni»⁶⁰.

Ecco, quindi, che queste pagine si risolvono infine in un caldo invito a studiare attentamente tale materia, ingiustamente negletta e sbadatamente reclusa ai margini dell'interesse scientifico.

socioculturali hanno accesso ai meccanismi dell'omeostasi, così da dar luogo al dolore o al piacere, al malessere o al benessere»).

⁶⁰ P. MOCALI, *Casellario giudiziale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1988, p. 103.

MEMORIA, IDENTITÀ COSTITUZIONALE E DIRITTO PENALE: LA FUNZIONE REPRESSIVA DELLA GIUSTIZIA NEI CONFRONTI DEL NEGAZIONISMO E DELL'APOLOGIA DELL'IDEOLOGIA FASCISTA

LORENZO TOMBELLI*

Il presente saggio affronta il complesso rapporto tra tutela della memoria storica e diritto penale, con particolare attenzione al contesto italiano e al valore costituzionale dell'antifascismo. Attraverso un'analisi critica delle norme penali vigenti e della giurisprudenza costituzionale, nonché un confronto con gli ordinamenti europei e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si evidenziano le tensioni esistenti tra repressione del negazionismo, libertà di espressione e pluralismo democratico. Il lavoro considera anche la c.d. proposta di legge Fiano, non approvata, per sottolineare le sfide normative e politiche nella definizione di un diritto penale della memoria efficace e rispettoso dei diritti fondamentali. Si richiama, pertanto, la necessità di un bilanciamento rigoroso e di un uso prudente del diritto penale quale strumento estremo nella tutela di valori antifascisti e costituzionali.

This essay addresses the complex relationship between the protection of historical memory and criminal law, with a particular focus on the Italian context and the constitutional value of anti-fascism. Through a critical analysis of existing criminal provisions and constitutional case law, as well as a comparative perspective with European legal systems and the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the paper highlights the tensions between the repression of Holocaust denial, freedom of expression, and democratic pluralism. The essay also examines the unapproved Fiano bill to underscore the normative and political challenges in defining an effective and rights-respecting criminal law of memory. Therefore, it is necessary to emphasize the need for a rigorous balance and a prudent use of criminal law as an extreme measure for the protection of anti-fascist and constitutional values.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La memoria come oggetto giuridico e la sua “positivizzazione” normativa. – 3. Diritto penale e identità costituzionale. – 4. Negazionismo e apologia del fascismo nel diritto penale italiano. – 5. Il diritto penale della memoria in prospettiva comparata e sovranazionale. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione.* – Negli ultimi decenni si è assistito in Europa – e in Italia in – a una crescente attenzione del legislatore penale nei confronti di fenomeni legati

* Avvocato e cultore di Diritto processuale penale presso l'Università di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2025 L. Tombelli. This is an open access article, double blind peer reviewed, published by Firenze University press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

al negazionismo storico¹, alla propaganda ideologica neofascista e alla rievocazione apologetica di regimi totalitari.

Tali interventi normativi si collocano all'interno di un più ampio processo di "istituzionalizzazione della memoria"², in cui il diritto penale viene investito della funzione di garante di una verità storica ufficiale e di presidio dei valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

L'obiettivo del presente contributo è quello di interrogarsi criticamente sulla legittimità costituzionale e sull'opportunità politico-criminale di tali scelte punitive, esaminando i rischi derivanti da un impiego simbolico e identitario della sanzione penale, che possa condurre a tensioni con i principi garantisti e con la libertà di manifestazione del pensiero.

2. *La memoria come oggetto giuridico e la sua "positivizzazione" normativa.* –

Il rapporto tra memoria collettiva e diritto rappresenta una delle questioni più complesse e controverse dell'attuale dibattito penalistico e costituzionalistico. La memoria, in quanto sedimentazione di esperienze storiche condivise, si costituisce come un fenomeno eminentemente culturale e dinamico, che il diritto tenta talvolta di cristallizzare in forme normative per finalità di tutela o repressione. È in questo contesto che si collocano le cosiddette *leggi memoriali*³, disposizioni legislative attraverso cui lo Stato interviene non solo per garantire il ricordo di eventi storici ritenuti fondativi dell'ordine democratico, ma anche per sanzionare la loro negazione, banalizzazione o apologia⁴.

¹ Il termine *negazionismo* fu utilizzato per la prima volta con riferimento al manifestarsi di tesi che negavano l'esistenza delle camere a gas nei campi di sterminio nazisti e rappresenta una grave degenerazione del *revisionismo*, ossia la tendenza, inevitabile, a rivedere le opinioni consolidate dalla storia alla luce di nuovi elementi come testimonianze, ricerche, interpretazioni e documenti. Cfr. H. ROUSSO, *Le syndrome de Vichy: de 1944 à nos jours*, Parigi, 1990; E. FRONZA, *Negazionismo (diritto penale)*, *Enciclopedia del diritto*, annali VIII, Milano, 2015.

² Cfr. N. GALLERANO, *Le verità della storia. Scritti sull'uso pubblico del passato*, Roma, 1999.

³ All'ingresso del museo del campo di concentramento di Dachau è riportata la celebre massima: «Coloro che dimenticano il passato sono condannati a ripeterlo». La memoria, coltivata anche attraverso le giornate commemorative istituite per legge, assume così una funzione di monito civile e politico: comprendere a fondo gli errori del passato per evitarne la ripetizione nel futuro. Sul tema A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, I; P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino, 2003.

⁴ Tra le forme di intervento giuridico che incidono sulla memoria, in particolare in relazione agli eventi della Seconda guerra mondiale, si possono distinguere due principali tipologie: da un lato, le legislazioni nazionali che istituiscono giornate commemorative, volte a sollecitare le collettività a ricordare; dall'altro, le normative di livello sovranazionale e interno che puniscono la negazione, la minimizzazione o la giustificazione della Shoah. Sul punto, si veda E. FRONZA, *Diritto e memoria. Un dialogo difficile*, in *Novecento*, 2004, X, p. 47.

Tale fenomeno presenta un'incidenza significativa nel diritto penale⁵, dove assume i tratti di una forma di “positivizzazione della memoria”: l'ordinamento, cioè, seleziona alcuni eventi – come la Shoah, i crimini del fascismo e del nazismo, o altri genocidi del Novecento – elevandoli a *verità giuridiche*⁶ la cui negazione o minimizzazione è oggetto di incriminazione⁷. Secondo una lettura diffusa nella letteratura penalistica, ciò avviene mediante un duplice processo: da un lato, la trasfigurazione simbolica della funzione penale in funzione identitaria; dall'altro, la trasformazione della memoria da *bene culturale* a *bene giuridico tutelato*⁸, spesso attraverso norme penali di dubbia compatibilità con il principio di offensività, la tassatività e la libertà di manifestazione del pensiero⁹. Il problema teorico centrale che si pone riguarda, dunque, la legittimità e l'opportunità di fare del diritto penale lo strumento attraverso cui fissare ufficialmente una determinata lettura del passato. È ben noto, infatti, che la memoria collettiva non coincide necessariamente con la verità storica, e che entrambe divergono dalla cosiddetta *verità legale* prodotta dal diritto¹⁰. Come ha chiarito Caruso, la verità storica si fonda su un processo scientifico e aperto di ricerca e discussione, mentre la verità legale si configura come il risultato di un'operazione autoritativa, spesso fondata su esigenze simboliche e preventive più che su criteri epistemici¹¹. Quando quest'ultima viene imposta mediante la sanzione penale, il rischio è che si assista a una degenerazione della funzione repressiva, che da presidio dell'ordine giuridico si trasforma in meccanismo di *conformazione ideologica*.

⁵ G. INSOLERA, *Tempo, memoria e diritto penale. Quale memoria per quale diritto penale?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, IV; secondo l'Autore il diritto penale, quando è chiamato a confrontarsi con il tema della memoria storica, non può ridursi a strumento di conservazione simbolica del passato, né tantomeno a veicolo di una “storiografia ufficiale”: la sua funzione resta, infatti, circoscritta all'accertamento di responsabilità individuali e alla repressione di condotte offensive concrete. La memoria collettiva e l'elaborazione storica, pur costituendo beni di rilevanza primaria, non possono essere affidate in via esclusiva al processo penale, che risponde a finalità proprie e delimitate. In questa prospettiva, il compito della giurisdizione non è quello di scrivere la storia, ma di giudicare fatti e persone, lasciando ad altri strumenti – culturali, educativi e istituzionali – la cura della memoria.

⁶ Cfr. M. CAPUTO, *La menzogna di Auschwitz, le “verità” del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

⁷ Emblematico, in senso problematico, è il caso della legislazione polacca del 2018 che, nell'intento di tutelare l'immagine nazionale, ha introdotto il divieto di attribuire alla Polonia corresponsabilità nei crimini nazisti e di definire i lager nazisti come “campi di concentramento polacchi”. Tale disciplina, oggetto di ampio dibattito internazionale, mostra il rischio di uno slittamento del “diritto penale della memoria” verso la criminalizzazione di espressioni storiografiche o giornalistiche, ponendo seri interrogativi circa la compatibilità con la libertà di manifestazione del pensiero.

⁸ Con riferimento al bene giuridico tutelato si rinvia all'esaustiva ricostruzione di D. TARANTINO, *Diritto penale e “culto del littorio”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2020, I, p. 254.

⁹ Cfr. M. DONINI, *Negazionismo e protezione della memoria: tra retorica del male e verità giudiziaria. L'eredità dell'Olocausto e la sua sfida per l'etica pubblica e il diritto penale*, in *Sistema penale*, 2021, pp. 1-22.

¹⁰ La verità giudiziaria, pur soggetta a revisioni critiche da parte delle teorie “post-moderne” del diritto, conserva ancora un ruolo centrale negli ordinamenti contemporanei, essendo funzionale a garantire certezza, legittimità delle decisioni e tutela dei diritti fondamentali dei consociati. Per tutti, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017.

¹¹ C. CARUSO, *Memoria, verità, pena. È ancora il tempo della libertà di espressione?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, IV, pp. 166 ss.

In questo contesto, appare necessaria una distinzione concettuale preliminare tra memoria, storia e identità costituzionale¹². La memoria è soggettiva, selettiva, talvolta conflittuale; la storia, invece, aspira a una ricostruzione oggettiva e criticamente fondata degli eventi; l'identità costituzionale, infine, rappresenta l'insieme dei principi supremi che definiscono l'essenza dell'ordinamento, tra cui si collocano – almeno nel contesto italiano – l'antifascismo, la democrazia pluralista e la tutela della dignità umana¹³. Quando la memoria viene trasformata in oggetto di tutela penale, si assiste a una torsione simbolica del diritto, il quale abbandona la sua vocazione garantista per assumere il ruolo di agente della memoria pubblica, con evidenti rischi di ipertrofia repressiva. Questo fenomeno è particolarmente evidente nei sistemi giuridici europei, dove, in seguito all'esperienza totalitaria del Novecento, si è assistito a una crescente “normazione della memoria”, in parte sostenuta anche da direttive sovranazionali. La decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione europea ha espressamente previsto l'obbligo per gli Stati membri di sanzionare la negazione o la banalizzazione grossolana di crimini internazionali, tra cui il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra¹⁴. Tale previsione, seppur finalizzata a contrastare fenomeni di odio e intolleranza, ha prodotto nei diversi ordinamenti risposte eterogenee, spesso in tensione con la tutela della libertà di espressione.

In Italia, la ricezione di tali istanze memoriali ha avuto luogo principalmente attraverso l'interpretazione estensiva dell'art. 3 della legge n.

¹² Sul concetto di identità costituzionale, inteso non come dato statico ma come principio dinamico che consente alla Costituzione di mantenere coerenza assiologica pur nell'apertura a fonti e ordinamenti sovranazionali, si veda P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, III; ID., *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015; l'Autore mostra come i *principi supremi* non si risolvano in un nucleo imm modificabile, bensì rappresentino la proiezione giuridica dell'identità costituzionale della Repubblica, che si rinnova nel tempo attraverso l'interpretazione sistematica della Corte costituzionale e il dialogo con il diritto europeo. In tale prospettiva, l'“identità” diviene criterio di riconoscibilità e continuità del progetto costituzionale, piuttosto che strumento di chiusura o autarchia giuridica. Si veda, in proposito, l'illuminante contributo di Beniamino Caravita, che in più occasioni ha approfondito il tema dell'identità costituzionale e dell'evoluzione del processo di integrazione europea; cfr. B. CARAVITA, *Quanta Europa c'è in Europa? Percorsi e prospettive del federalizing process europeo*, Torino, 2020.

¹³ Come ricordato dal Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della celebrazione del 25 aprile 2025, la nostra «è una Costituzione antifascista, che si fonda sulla lotta di Liberazione, matrice di libertà e democrazia». Con queste parole il Presidente sottolinea come i principi fondamentali della nostra Carta non siano mai stati neutri, ma nati direttamente dall'esperienza della Resistenza, ponendo come fondamento irrinunciabile della Repubblica la libertà individuale, la partecipazione democratica e il ripudio di ogni forma di autoritarismo e di sopraffazione. Sul punto, *ex multis*, si veda B. PEZZINI, *Ritrovare la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIG*, 2024, I; C. BOLOGNA, *Attualità del patto costituzionale, tra pluralismo e antifascismo*, in *Rivista AIG*, 2024, I.

¹⁴ Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'UE del 28 novembre 2008, relativa alla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. L'obiettivo di questa decisione è quella di far sì che talune gravi manifestazioni di razzismo e xenofobia siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive in tutta l'Unione europea. Cfr. M. MONTANARI, *L'attuazione italiana della decisione quadro 2008/913/GAI in materia di negazionismo, nel rapporto della Commissione europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

654/1975 (come modificata dalla legge n. 205/1993), e, più recentemente, mediante l'introduzione dell'aggravante del negazionismo nel 2016 (legge n. 115/2016)¹⁵. Tale aggravante punisce con maggiore severità le condotte di propaganda o istigazione fondate sulla negazione di crimini internazionali storicamente accertati, come la Shoah o i crimini di genocidio¹⁶. L'inquadramento dogmatico di queste fattispecie ha però suscitato ampie perplessità, in quanto il bene giuridico tutelato risulta ambiguo e la natura delle condotte incriminate si avvicina pericolosamente alla punizione di mere opinioni, in possibile contrasto con l'art. 21 Cost.¹⁷

La Corte costituzionale, pur non essendosi ancora pronunciata in modo esplicito sulla legittimità della penalizzazione del negazionismo, ha in passato affermato la necessità che ogni restrizione della libertà di espressione debba rispondere a criteri di proporzionalità e ragionevolezza, escludendo ipotesi di "verità di Stato" imposte per via legislativa¹⁸. In tal senso, l'esperienza giurisprudenziale tedesca – in particolare la decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 1994 sulla negazione dell'Olocausto – offre un paradigma alternativo, fondato sull'equilibrio tra protezione della memoria e salvaguardia della libertà di pensiero¹⁹. È significativo, tuttavia, che proprio in Germania la negazione della Shoah sia penalmente rilevante, non in quanto violazione della verità storica, ma in quanto forma di incitamento all'odio, idonea a mettere in pericolo la pace

¹⁵ Per approfondire le criticità si veda G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

¹⁶ P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna di attualità*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, a cura di AA.VV., Padova, 2003, pp. 116 ss.; L. PICOTTI, *Diffusione di idee "razziste" ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, IX, p. 1960.

¹⁷ Sul punto, la Corte costituzionale ha escluso l'incostituzionalità degli artt. 4 e 5 l. Scelba, precisando che apologia e manifestazioni esteriori di carattere fascista non sono punibili in quanto tali, ma solo quando integrino un concreto pericolo di riorganizzazione del disciolto partito. In particolare, con la sent. n. 1/1957 ha chiarito che l'apologia rileva solo se idonea a costituire esaltazione tale da condurre a detta riorganizzazione; con la sent. n. 74/1958 ha escluso che la norma possa colpire gesti o parole meramente evocativi del regime, ribadendo che il divieto opera soltanto per manifestazioni idonee a creare un pericolo effettivo di ricostituzione. Tale impostazione, più volte richiamata dalla giurisprudenza successiva, ha consentito di evitare una indebita compressione della libertà di espressione ex art. 21 Cost., ma ha lasciato aperte difficoltà applicative nel concreto accertamento del pericolo, con esiti non sempre omogenei. Cfr. F. SPACCASASSI, *Le manifestazioni usuali del fascismo tra leggi "Scelba" e "Mancino"*, in *Questione giustizia*, 2019, p. 5; C. BRUSCO, *Contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione e applicazione delle leggi di contrasto al neofascismo*, in *Questione giustizia*, 2019.

¹⁸ Cfr. S. PARISI, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, IV, pp. 163 ss., ove l'Autrice solleva seri dubbi di compatibilità tra la repressione del negazionismo e i principi costituzionali, poiché si rischia di trasformare la tutela della memoria in imposizione di una "verità di Stato", elidendo la libertà di espressione e di ricerca storica. Da qui la proposta di un approccio non meramente repressivo, fondato piuttosto sulla responsabilità civile e culturale della società, chiamata a difendere la memoria attraverso l'educazione e la conoscenza, più che attraverso la minaccia penale.

¹⁹ Nella celebre decisione del 1994 sulla "menzogna di Auschwitz" il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto legittime le restrizioni amministrative a una riunione in cui si prevedeva la negazione della persecuzione degli ebrei, anticipando di pochi mesi la revisione dell'art. 130 StGB con l'introduzione del reato di negazionismo. Si può leggere la traduzione della decisione *BundesVerfassungsGericht* 90, 1994, in *Giur. cost.*, V, pp. 3379 ss.; cfr. D. DI CESARE, *Se Auschwitz è nulla. Contro il negazionismo*, Torino, 2022, p. 10 ss.

pubblica²⁰. L'uso del diritto penale come strumento di tutela della memoria pone, dunque, interrogativi profondi sulla funzione stessa della pena in un ordinamento costituzionale: se essa debba limitarsi a sanzionare condotte lesive di beni giuridici concretamente individuabili, o se possa anche svolgere una funzione pedagogica e simbolica²¹. La seconda ipotesi appare difficilmente conciliabile con una concezione liberale e garantista della giustizia penale, la quale impone che ogni incriminazione sia l'*extrema ratio*, fondata su una lesione effettiva e su una responsabilità individuale chiaramente definita. In assenza di tali presupposti, il rischio è che il diritto penale divenga lo strumento per la costruzione di una memoria obbligatoria, funzionale alla legittimazione del potere statale e non alla tutela della persona.

3. – *Diritto penale e identità costituzionale*. Nel contesto del costituzionalismo post-totalitario, l'identità costituzionale rappresenta l'insieme dei principi supremi che definiscono i tratti essenziali di un ordinamento democratico, fungendo da limite alla revisione costituzionale e da fondamento per l'interpretazione sistematica delle norme²². In Italia, tale identità si struttura attorno ai valori della democrazia pluralista, del ripudio del totalitarismo, del rispetto della dignità della persona umana e della tutela delle minoranze²³. In questo quadro, l'antifascismo non si configura soltanto come dato storico-politico, ma assume lo statuto di principio immanente e strutturante dell'intera architettura costituzionale.

²⁰ Sulla qualificazione del negazionismo come *Volkshverhetzung* (incitamento all'odio), § 130 StGB.

²¹ In generale sulla valenza simbolica delle norme, S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 42. In particolare, con riferimento alla *legislazione antifascista* parte della dottrina ritiene che essa sia necessaria, «a condizione che ci si intenda sulla sua funzione. La legge non è solo un precetto accompagnato da una sanzione. Essa contiene anche un giudizio morale e politico, serve a ribadire un valore condiviso», così C. SMURAGLIA, *Con la Costituzione nel cuore. Conversazioni su storia, memoria e politica*, Torino, 2018, p. 124.

²² Sul punto, A. RUGGERI, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della costituzione o della corte costituzionale?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, III, p. 4, osserva come l'evoluzione del concetto di *identità costituzionale* abbia determinato una progressiva concentrazione di funzioni interpretative nella Corte costituzionale, al punto da conferirle una posizione di "esclusività" non solo nella definizione dell'identità costituzionale, ma anche nella formazione delle *tradizioni costituzionali comuni*. Tale accentuazione del ruolo della Corte, secondo l'Autore, rischia di produrre «una spinta poderosa che possa fatalmente portare all'allontanamento degli ordinamenti, piuttosto che a incoraggiarne l'ulteriore integrazione». Ruggeri sottolinea, inoltre, la sostanziale continuità fra *identità e tradizioni costituzionali*, chiarendo che «Identità e tradizioni non sono necessariamente cose nella sostanza diverse [...] e anzi – a giudizio della Consulta – non possono in alcun caso o modo esserlo, per la elementare ragione che la nostra Corte non potrebbe mai accedere [...] all'ordine di idee secondo cui si danno tradizioni "comuni" alla cui formazione non concorrono altresì, e con centralità di posto, anche i nostri principi fondamentali». Cfr. P. FARAGUNA, *La Corte di giustizia alle prese con identità costituzionali incostituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, III, p. 635.

²³ In una seconda accezione, l'identità costituzionale assume un significato più marcatamente soggettivo, riferendosi al grado in cui i principi costituzionali risultano effettivamente interiorizzati dai membri della collettività. Sul punto, si veda V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2004, p. 50. Si tratta, dunque, di una sorta di proiezione soggettiva e collettiva della Costituzione all'interno del corpo sociale, la cui forza dipende dall'effettiva adesione ai valori che essa incarna. Come efficacemente osserva A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, II, p. 314, «l'identità e la forza di una costituzione sono date dall'adesione ai principi e ai valori che essa esprime e attorno ai quali si rinnova nella continuità».

L'art. 1 Cost., con l'affermazione che «l'Italia è una Repubblica democratica», e l'art. 3, nel sancire l'uguaglianza e il rifiuto di ogni forma di discriminazione, si collocano al centro di un impianto assiologico che, se letto alla luce dei lavori preparatori e del contesto storico della Costituente²⁴, esprime una netta cesura rispetto all'esperienza del regime fascista²⁵. Tale cesura è ribadita con maggiore forza dalla XII *Disposizione transitoria e finale*, che vieta la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista²⁶. La previsione non è una clausola residuale, ma una vera e propria norma precettiva²⁷, volta a impedire qualsiasi restaurazione ideologica e politica dell'autoritarismo, con implicazioni anche penali²⁸.

²⁴ Cfr. E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012.

²⁵ Come ha osservato Grossi, la nascente Costituzione repubblicana segna una radicale discontinuità rispetto allo Stato fascista, ponendo al centro la persona come fine dell'ordinamento e non come mero strumento del potere politico. Già nella *Relazione introduttiva* di Giorgio La Pira alla prima Sottocommissione (nel settembre 1946) emergeva con forza il principio dell'anteriorità dei diritti naturali dell'uomo rispetto allo Stato, ribadito più volte anche da Giuseppe Dossetti, e destinato a tradursi nel riconoscimento non solo dei diritti di libertà, ma anche dei diritti sociali, in un sistema che trova nel lavoro il fondamento della nuova Repubblica. Cfr. P. GROSSI, *Una Costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età*, Bologna, 2018.

²⁶ È noto il dibattito che si svolse in Assemblea costituente e che condusse alla formulazione attuale, e in particolare l'intervento dell'On. Togliatti, che, rispondendo ai dubbi manifestati dall'On. Dossetti circa il rischio che la disposizione potesse venire utilizzata in modo improprio, sottolineò che la norma si limita «al richiamo storico del partito fascista quale si è manifestato nella realtà politica del Paese dal 1919 al 1943». Peraltro, poi la Corte costituzionale ha rilevato che la norma costituzionale impone al legislatore di sanzionare penalmente non solo la riorganizzazione del partito fascista, ma anche condotte che lo stesso legislatore ritenga costituire un pericolo per tale riorganizzazione. Cfr. Corte cost., 25 novembre 1958, n. 74.

²⁷ Infatti, in Italia il dibattito sul concetto di *democrazia protetta* (o *militante*) nasce dalla necessità di tutelare i valori fondamentali dello Stato senza ricorrere a strumenti di vincolo assoluto sui principi costituzionali. La Costituzione non prevede una «clausola di eternità» dei principi fondamentali: l'art. 139 limita il divieto di revisione costituzionale alla forma repubblicana, mentre la XII *Disposizione transitoria e finale* vieta la ricostituzione del partito fascista. Già nell'Assemblea costituente, Mortati escludeva che limiti sostanziali alla revisione potessero essere introdotti senza creare un «governo dei giudici»; oltretutto, l'emendamento Benvenuti-Laconi, volto a sottrarre i diritti fondamentali alla revisione costituzionale, fu rigettato, e Moro segnalava il rischio di aggirabilità e di ostacolo a riforme storicamente necessarie. Alcuni Costituenti, come Calamandrei, interpretavano l'art. 139 come norma potenzialmente prefigurante un limite alla revisione, ma non insuperabile nella pratica. La XII *Disposizione*, dunque, pur finalizzata a impedire il ritorno del fascismo, può essere considerata uno strumento di tutela dei principi fondamentali della Repubblica, sebbene il suo carattere specifico, diretto a escludere i principi tipici del regime fascista, lasci aperto il dubbio sulla possibilità di identificarla come una vera e propria clausola protettiva dei valori essenziali dello Stato. Cfr. C. MORTATI, *La Costituzione: la teoria, la storia, il problema italiano*, Roma, 1945, p. 212 ss.; G. VOLPE, *Art. 139*, in *Commentario delle Costituzioni. Garanzie costituzionali*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981, p. 732.

²⁸ Sulla perenne attualità della XII *Disposizione transitoria e finale* si veda B. PEZZINI, *Fascismo/antifascismo: l'alterità politica matrice della Costituzione repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, 2025, I, pp. 113 ss., nonché G. E. VIGEVANI, *Origini e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in *Medialaws. Rivista di Diritto dei Media*, 2019, I, pp. 25 ss.; M. CUNIBERTI, *Le manifestazioni fasciste e l'attualità della XII disposizione finale della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2025, IV, p. 113; G. SPAGNOLO, *Norme penali contro il neofascismo e XII disposizione finale della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 318.

È in questa direzione che si è mossa la giurisprudenza costituzionale, sin dalle sue pronunce più risalenti²⁹. Con la sentenza n. 1 del 1957, la Corte ha ritenuto conforme alla Costituzione la legge Scelba, affermando che la democrazia italiana non può tollerare attività che si propongano il ripristino del fascismo, anche qualora mascherate sotto forme apparentemente innocue³⁰. L'interpretazione fornita in tale occasione – ribadita successivamente nella sentenza n. 74 del 1958 – segna l'ingresso dell'antifascismo nel corpo vivo della Costituzione, come principio idoneo a legittimare anche restrizioni delle libertà fondamentali, ivi compresa quella di manifestazione del pensiero³¹.

Tuttavia, il ruolo che il diritto penale può e deve giocare nella tutela dell'identità costituzionale antifascista è oggetto di un acceso dibattito. Vi è infatti il rischio, ben evidenziato dalla dottrina, che la trasformazione dei valori costituzionali in oggetto di incriminazione possa condurre a un uso strumentale e identitario della pena, sovraccaricandola di funzioni simboliche e svuotandola della sua razionalità garantista. Il diritto penale non può essere inteso come un *medium* di espressione valoriale della Carta costituzionale, ma deve conservare la sua funzione limitata e residuale, ancorata al principio di offensività e alla tutela di beni giuridici concreti³².

L'elevazione dell'antifascismo a principio supremo dell'ordinamento non comporta, di per sé, la legittimazione di ogni forma di repressione penale delle condotte che si pongano in contrasto con tale valore. La Corte costituzionale stessa, pur riaffermando in più occasioni il fondamento antifascista della Repubblica, ha sempre ribadito la necessità che le norme penali siano interpretate

²⁹ Non sembra casuale che la Corte costituzionale ricorra all'espressione *identità costituzionale* quasi esclusivamente nelle pronunce concernenti la materia penale: ciò lascia intendere come tale nozione sia mobilitata in contesti in cui la tutela delle garanzie individuali e il rispetto dei principi fondamentali, in particolare il principio di legalità e il diritto di difesa, assumano una rilevanza centrale. Tra le decisioni più significative si segnalano: ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24 e sentenza 31 maggio 2018, n. 115 (relative alla c.d. *saga Taricco*); ordinanza 10 maggio 2019, n. 117 e sentenza 5 giugno 2023, n. 111, focalizzate sul diritto di difesa; nonché la sentenza 23 dicembre 2020, n. 278, anch'essa concernente il principio di legalità. In tutti questi casi, l'invocazione dell'identità costituzionale funge da parametro di tutela dei diritti fondamentali, configurandosi come limite estremo all'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle fonti sovranazionali e garantendo la coerenza con i valori supremi della Costituzione.

³⁰ Corte cost., 16 gennaio 1957, n. 1, in *Giur. cost.*, 1957, I, pp. 7 ss.; secondo i giudici della Consulta, «l'apologia del fascismo, per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da poter condurre alla riorganizzazione del partito fascista». Cfr. L. DIOTALLEVI, *Sulla permanente "attualità" del reato di "manifestazioni fasciste" ex art. 5 "Legge Scelba"*, in *Giur. cost.*, 2014, VI, p. 201.

³¹ Con riferimento alla matrice antifascista della Carta costituzionale italiana si veda A. BALDASSARRE, *La costruzione del paradigma antifascista e la Costituzione repubblicana*, in *Prob. del soc.*, 1986, pp. 10 ss.; M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. Dir.*, 1991, pp. 183 ss.; Id., *Itinerari costituzionali della memoria*, in *Rivista AIC*, 2022, IV, p. 106.

³² Tra tutti, F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, Milano, 1985, tomo I; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, Milano, 1977.

in conformità ai principi di legalità, tassatività e proporzionalità³³. In tale prospettiva, l'identità costituzionale antifascista non può essere tutelata attraverso un uso meramente simbolico della sanzione. Occorre evitare che il diritto penale si trasformi in uno strumento di moralizzazione pubblica o di costruzione ideologica del consenso attorno a valori considerati fondanti, ma deve operare secondo criteri di necessità, sussidiarietà e concretezza lesiva. Laddove manchi il pericolo effettivo per l'ordine democratico o per i beni giuridici costituzionalmente protetti, la risposta penale rischia di degenerare in una forma di repressione del dissenso politico o ideologico, incompatibile con i principi dello Stato costituzionale di diritto³⁴.

Infine, occorre considerare che l'identità costituzionale, pur radicata storicamente nell'antifascismo, non è un dato statico, ma un processo dinamico di interpretazione e realizzazione dei valori fondamentali. La sua tutela non può essere affidata esclusivamente al diritto, ma deve articolarsi attraverso un insieme di strumenti culturali, educativi e istituzionali. In tal senso, l'uso della sanzione penale deve essere concepito come ultimo rimedio, destinato unicamente ai casi in cui sia riscontrabile un effettivo pericolo per il pluralismo democratico o per la dignità delle persone, e non come mezzo ordinario di costruzione della memoria pubblica.

4. - *Negazionismo e apologia del fascismo nel diritto penale italiano.* Il diritto penale italiano ha affrontato sin dalle origini della Repubblica il problema della tutela dell'ordine democratico e della prevenzione di rigurgiti totalitari, ponendo al centro della propria funzione repressiva la lotta contro la ricostituzione del disciolto partito fascista e la protezione dei valori fondanti dell'ordinamento costituzionale. A tale scopo, il legislatore ha elaborato un *corpus* normativo che si sviluppa attorno a tre principali assi: la legge n. 645/1952 (c.d. legge Scelba), la legge n. 205/1993 (c.d. legge Mancino) e, più recentemente, le modifiche introdotte agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* del codice penale in materia di propaganda e discriminazione per motivi razziali, etnici o religiosi. Tuttavia, tali strumenti presentano profili di criticità, sia sotto il profilo della loro compatibilità con i principi di legalità e di offensività, sia per il crescente rischio di un impiego simbolico e identitario della sanzione penale, soprattutto nel contesto della repressione del negazionismo e della cosiddetta "estetica fascista"³⁵.

³³ F. PARUZZO, *Il Tar Brescia rigetta il ricorso di Casapound: l'antifascismo come matrice e fondamento della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 2018, II, p. 475; B. PEZZINI, *Attualità della Resistenza: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in B. Pezzini, S. Rossi, *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, Milano, 2016, p. 219.

³⁴ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 215.

³⁵ Calamandrei, già nel 1952, sottolineava come il fascismo, pur formalmente sconfitto, sopravvivesse sotto forma di "costume fascista", radicato nel carattere e nei costumi degli italiani, e come fosse necessario mantenere una vigilanza costante per individuarne ogni possibile ritorno, anche sotto forme estetiche o simboliche apparentemente innocue. Cfr. L. SARTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Critica del diritto*, 1994, I, p. 14.

La legge Scelba costituisce la prima risposta legislativa al problema della salvaguardia dell'identità antifascista della Repubblica. Essa dà attuazione alla XII *Disposizione transitoria e finale* della Costituzione, incriminando la riorganizzazione del disciolto partito fascista e l'apologia del fascismo. In particolare, l'art. 4 punisce chiunque esalti pubblicamente esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, ovvero le sue finalità antidemocratiche, con pena detentiva. La Corte costituzionale, già con la sentenza del 1957, ha ritenuto compatibile tale previsione con il principio di libertà di manifestazione del pensiero, qualificando l'apologia come "propaganda idonea a suscitare il pericolo di ricostituzione del partito fascista"³⁶. L'interpretazione costituzionalmente orientata ha così vincolato l'applicazione della norma al rispetto del principio di offensività, richiedendo che la condotta apologetica sia "concretamente pericolosa" e non si esaurisca nella semplice espressione di opinioni storiche o politiche³⁷.

Successivamente, la legge Mancino ha ampliato l'orizzonte repressivo alle condotte discriminatorie e razziste, intervenendo sull'art. 3 della legge n. 654/1975 e introducendo nuove figure di reato che puniscono la propaganda fondata sull'odio etnico, razziale o religioso³⁸. L'impianto normativo è stato integrato, nel 2016, con la legge n. 115, che ha previsto un'aggravante specifica per la negazione, la minimizzazione o l'apologia della Shoah e di altri crimini contro l'umanità, a condizione che tali condotte siano idonee a determinare un concreto pericolo di diffusione dell'odio³⁹. Con l'inserimento degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., il legislatore ha cercato di unificare, sotto un unico titolo, le condotte di propaganda e istigazione, introducendo così una disciplina organica in materia di *hate speech* e memoria storica.

Nonostante tali evoluzioni, la compatibilità delle suddette norme con il principio di libertà di espressione e con le garanzie penalistiche di determinatezza,

³⁶ Corte cost., 16 gennaio 1957, n. 1, cit.; Corte cost., 25 novembre 1958, n. 74.

³⁷ La Corte costituzionale, richiedendo che il reato di "manifestazioni fasciste" ex art. 5 della legge Scelba sia valutato in base al pericolo concreto e non astratto, ha creato rilevanti difficoltà applicative e probatorie. Il giudice deve accertare se la manifestazione abbia un'effettiva attitudine al proselitismo e a turbare l'ordine democratico, distinguendo condotte meramente commemorative da quelle con finalità rivendicative, in un contesto in cui i margini di discrezionalità e la complessità della prova risultano estremamente elevati. Cfr. A. TESAURO, "Le radici profonde non gelano": le manifestazioni fasciste al vaglio delle sezioni unite. tra storia e diritto, in *Sistema penale*, 2024.

³⁸ Per un ampio esame dei problemi, anche di natura costituzionale, che pone la repressione delle opinioni razziste e xenofobe, può esaminarsi lo studio di A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 519.

³⁹ In dottrina si è osservato che, nella prassi applicativa, le disposizioni della legge Scelba tendono a essere effettivamente trascurate, con un ricorso prevalente alla normativa meno rigorosa della legge Mancino. Tale impostazione è stata descritta da Paruzzo come una sorta di "disapplicazione di fatto" della legge del 1952, mentre Tesauro la interpreta come un «ripiegamento strategico», volto a privilegiare strumenti normativi più facilmente gestibili e meno esposti a censure costituzionali, pur perseguendo obiettivi analoghi di tutela dell'ordine democratico e dei valori antifascisti. Cfr. F. PARUZZO, *La XII Disposizione transitoria e finale: tra garanzia "antirazzista" della legge Mancino e specificità della matrice antifascista*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, III, pp. 111 ss.

tassatività e proporzionalità è oggetto di accesa discussione⁴⁰. Parte della dottrina ha evidenziato il rischio di un impiego simbolico e ideologico del diritto penale, teso a sanzionare non già comportamenti concretamente pericolosi per l'ordine pubblico, quanto manifestazioni simboliche o revisionistiche, che, pur discutibili, rientrano nel perimetro della libertà costituzionale di opinione⁴¹. In questo senso, la repressione del negazionismo – soprattutto se privo di intenti discriminatori o di incitamento all'odio – solleva interrogativi profondi sulla natura e sui limiti del diritto penale in uno Stato liberale⁴².

Emblematico, in tal senso, è il dibattito sviluppatosi attorno al disegno di legge Fiano, approvato solo dalla Camera dei deputati nel 2017. Il testo, volto a introdurre l'art. 293-bis c.p., prevedeva il reato di propaganda del regime fascista e nazifascista, punendo chiunque diffondesse immagini, simboli o gesti inequivocabilmente riconducibili al fascismo o al nazismo, anche attraverso la produzione o la commercializzazione di beni o *souvenir* legati al Ventennio. Il disegno di legge prevedeva, inoltre, un aggravamento di pena qualora l'agente si servisse di strumenti telematici⁴³. L'intento della proposta era quello di colpire non soltanto la riorganizzazione politica del fascismo, ma anche la sua rappresentazione simbolica e il suo utilizzo commerciale. Tuttavia, proprio questa impostazione ha sollevato ampie critiche, tanto in dottrina quanto in sede politica, per l'eccessiva genericità e la scarsa offensività delle condotte incriminate⁴⁴.

⁴⁰ R. BARTOLI, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. Zan ma alcuni comportamenti incriminati dall'art. 604-bis c.p.*, in *Sistema penale*, 2021; secondo l'Autore, l'art. 604-bis c.p. presenta profili problematici di legittimità costituzionale. In particolare, le ipotesi di "propaganda di idee" e di "istigazione a provocazione alla violenza" sarebbero illegittime, in quanto incriminano il pensiero senza un concreto passaggio all'azione. Mentre l'ipotesi di "istigazione o commissione di atti di discriminazione" può essere considerata costituzionalmente legittima solo se limitata a comportamenti attivi o omissivi diretti a colpire la dignità, l'identità o la personalità di soggetti determinati, andando oltre la mera manifestazione del pensiero. Infine, l'unica ipotesi pienamente legittima è quella relativa a violenza o istigazione a violenza concreta. Si veda, inoltre, E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1997, pp. 32 ss.

⁴¹ In questo senso, la giurisprudenza si è trovata a giudicare esibizioni quali il saluto romano o l'esposizione di simboli fascisti durante manifestazioni pubbliche, inclusa la parata di Predappio con la maglietta nera recante la scritta "*Auschwitzland*". Il Tribunale di Forlì ha assolto l'imputata per carenza di prova sulla riferibilità a organizzazioni neofasciste attive, mentre la Cassazione ha riqualificato il fatto ai sensi dell'art. 604-bis c.p., riconoscendo la rilevanza penale dell'apologia della Shoah e della sua minimizzazione, escludendo tuttavia la configurabilità di un generico incitamento alla discriminazione. Sul punto si veda l'Editoriale di R. BARTOLI, *Reati di opinione e costituzionalismo*, in *Diritto penale e processo*, 2025, I, p. 7; nonché A. COSTANTINI, *Il saluto romano nel quadro dei crimini d'odio razziale: dimensione offensiva e rapporti con la libertà di espressione*, in *Diritto penale e processo*, 2020, II, p. 215.

⁴² D. PULITANÒ, *Manifestazioni postfasciste e cultura liberale*, in *Sistema penale*, 2025.

⁴³ In dottrina è stato osservato come, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento tedesco – che sanziona penalmente qualsiasi impiego della simbologia nazista a prescindere dall'intenzione soggettiva dell'agente o da concreti collegamenti con organizzazioni eversive – il diritto penale italiano subordina la rilevanza delle condotte simboliche alla verifica in concreto della loro idoneità a realizzare un pericolo per l'ordine democratico o a veicolare messaggi di discriminazione e odio. Cfr. P. CAROLI, *Commemorare i caduti della Repubblica Sociale Italiana con il saluto romano non costituisce reato*, in *Diritto penale e processo*, 2017, XII, p. 1585.

⁴⁴ D.d.l. AC. n. 3343, *Introduzione dell'articolo 293-bis del codice penale, concernente il reato di propaganda del regime fascista e nazifascista*. D. MORELLI, *La proposta di legge Fiano e l'antifascismo*

È stato rilevato, infatti, che la proposta rischiava di sanzionare anche condotte puramente “estetiche” o provocatorie, prive di finalità apologetiche o di istigazione concreta, come la vendita di *gadget* raffiguranti immagini fasciste oppure gesti⁴⁵, come il saluto romano⁴⁶ in contesti non violenti⁴⁷. La previsione di una fattispecie tanto ampia e indeterminata avrebbe potuto condurre a una criminalizzazione dell'espressione simbolica, travolgendo il principio di legalità e compromettendo la funzione garantista del diritto penale⁴⁸.

La giurisprudenza costituzionale, pur non essendosi pronunciata direttamente sulla proposta Fiano, ha in più occasioni chiarito che l'antifascismo, per quanto valore fondante della Repubblica, non può giustificare in via automatica restrizioni alla libertà di manifestazione del pensiero⁴⁹. Anche le

estetico, in *laCostituzione.info*, 2017, reperibile su <https://www.lacostituzione.info/index.php/2017/07/10/la-proposta-di-legge-fiano-e-lantifascismo-estetico>, consultato il 3 febbraio 2026.

⁴⁵ A. LONGO, *I simboli (del Fascismo) e il tempo (della Costituzione): pochi spunti suggeriti dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 37577 del 2014*, in *Osservatorio AIC*, 2014, III, pp. 1-16.

⁴⁶ Le Sezioni Unite (Sez. Un., 18 gennaio 2024, n. 16153) hanno precisato che il saluto romano o la “chiamata del presente” possono integrare la fattispecie di cui all'art. 5 l. n. 645/1952 solo ove la condotta, valutata nel contesto spazio-temporale di riferimento, sia idonea a determinare un pericolo concreto di ricostituzione del disciolto partito fascista o di diffusione dei relativi valori antidemocratici. La decisione, pur confermando la linea tracciata dalla Corte costituzionale, ha inteso scongiurare ogni automatismo repressivo, riaffermando la centralità del giudizio di offensività in concreto.

Come osserva Tesauro, tuttavia, il richiamo delle Sezioni Unite al concetto di “consenso potenziale” rischia di reintrodurre surrettiziamente una forma di pericolosità presunta, trasformando la fattispecie in un reato d'opinione travestito da reato di pericolo concreto: la soglia probatoria dell'offensività resta infatti affidata a un accertamento eminentemente simbolico e, in ultima analisi, politico del gesto. Cfr. A. TESAURO, “*Le radici profonde non gelano*”, cit.; ID., “*Planando sopra boschi di braccia tese*”: il saluto fascista davanti alle Sezioni Unite, in *Diritto penale contemporaneo*, 2024, III, pp. 87 ss.; A. GALLUCCIO, *Il saluto fascista è reato? L'attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano, in una sentenza di condanna*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019.

⁴⁷ In dottrina è stato rilevato come l'introduzione di nuove fattispecie penali riconducibili al novero dei reati di opinione e segnatamente di quelle volte a reprimere manifestazioni o riferimenti al fascismo, ponga rilevanti problemi di compatibilità costituzionale. Tali incriminazioni, infatti, tendono a spostare l'oggetto della tutela dal pericolo concreto per l'ordine democratico alla salvaguardia di valori “storici” e identitari, configurando una forma di protezione simbolica dell'identità antifascista della Repubblica. In tal modo, si corre il rischio di incriminare non tanto la condotta concretamente pericolosa, quanto il semplice riferimento ideologico al fascismo, presupponendone un'intrinseca offensività per i valori fondanti della comunità costituzionale. Cfr. A. NOCERA, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 23.

⁴⁸ La proposta dell'On. Fiano si inserisce, dunque, in una tendenza più generale di populismo penale simbolico, in cui l'obiettivo non è tanto la prevenzione di lesioni effettive, quanto l'affermazione pubblica di valori identitari attraverso la minaccia della sanzione. Questo processo – che alcuni autori hanno definito “penalizzazione della memoria” – rischia di compromettere il delicato equilibrio tra repressione e libertà, soprattutto laddove l'oggetto della tutela non è un bene giuridico determinato, ma una visione ufficiale del passato, imposta in chiave prescrittiva e univoca. Cfr. M. MANETTI, *Lacune vere e presunte nella repressione della propaganda nazi-fascista (a proposito del d.d.l. “Fiano”)*, in *Forum Quad. Cost. Rass.*, 2017, X.

⁴⁹ A. J. GOLIA, *L'antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d'espressione online e democrazia (non) protetta in Casapound c. Facebook e Forza Nuova c. Facebook*, in *Federalismi.it*, 2020, XVIII, p. 139; l'Autore segnala che l'antifascismo «può essere forse più correttamente rappresentato come un *flusso*, una sorta di fiume carsico che emerge in modi diversi, a seconda del momento storico e della

opinioni storiche più radicali o revisionistiche sono protette dall'art. 21 Cost., a meno che non si traducano in propaganda violenta o incitamento concreto alla discriminazione⁵⁰. L'effettiva offensività della condotta e la sua idoneità a pregiudicare beni giuridici costituzionalmente rilevanti restano, dunque, criteri imprescindibili per legittimare l'intervento penale⁵¹.

In definitiva, il quadro normativo e giurisprudenziale attuale mostra una tensione irrisolta tra la necessità di tutelare la memoria storica come parte integrante dell'identità costituzionale e l'esigenza di garantire i principi fondamentali del diritto penale liberale⁵². La repressione dell'apologia del fascismo e del negazionismo può trovare fondamento giuridico solo laddove tali condotte costituiscano una minaccia effettiva all'ordine democratico o ai diritti delle persone. Al di fuori di tali ipotesi, il ricorso alla sanzione penale rischia di assumere una funzione puramente simbolica⁵³, incompatibile con il principio di proporzionalità e con la funzione garantista della giustizia penale.

5. – *Il diritto penale della memoria in prospettiva comparata e sovranazionale.* L'emersione del diritto penale della memoria come categoria autonoma trova fondamento, oltre che nelle legislazioni nazionali, anche nel diritto europeo e nel confronto tra ordinamenti, nei quali si riscontra una tendenza crescente alla penalizzazione della negazione o minimizzazione di crimini storici. La funzione assunta dal diritto penale in questo ambito si situa all'intersezione tra protezione dell'ordine democratico, prevenzione dell'odio e salvaguardia della memoria storica come patrimonio identitario delle collettività. Tuttavia, le soluzioni normative adottate nei diversi contesti giuridici evidenziano una significativa eterogeneità, non solo in termini di tecniche legislative, ma soprattutto con riguardo al bilanciamento tra libertà di espressione e tutela simbolico-identitaria.

congiuntura politica, tra i vari strati dell'ordinamento. In una certa misura, si potrebbe affermare che l'esperienza costituzionale italiana sia caratterizzata da diversi – non necessariamente contraddittori – antifascismi». Cfr. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit.; A. SPATARO, *Identità "costituzionale" e identità "nazionale": non sempre simul stabunt e non sempre simul cadent*, in *Rivista AIC*, 2025, III, p. 67.

⁵⁰ C. CARUSO, *Dignità degli altri e spazi di libertà degli intolleranti. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 795.

⁵¹ Sul tema, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2007.

⁵² Sul concetto di diritto penale liberale, si veda G. FIANDACA, *Intorno al diritto penale liberale*, in *disCrimen*, 2019, X; l'Autore sottolinea i tratti distintivi del diritto penale di matrice liberale: prevalenza della legislazione (principio di legalità), subordinazione della punibilità al dolo o alla colpa, esclusione della sanzione per mere offese morali, finalità preventiva della pena e proporzionalità dell'intervento penale. Fiandaca evidenzia, inoltre, come la tutela dei beni giuridici debba essere selettiva e critica, mettendo in guardia contro una riduzione del diritto penale liberale a mero garantismo quantitativo. Questi principi risultano particolarmente rilevanti nel bilanciamento tra protezione della memoria storica e rispetto dei fondamenti del diritto penale moderno.

⁵³ Sul diritto penale simbolico cfr. M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, IV, pp. 1546 ss.

In ambito europeo⁵⁴, come già sottolineato, un momento decisivo nella formalizzazione di una politica penale della memoria è rappresentato dalla Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione Europea, che impone agli Stati membri di punire le condotte di negazione pubblica, minimizzazione grossolana o apologia di crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale, qualora tali comportamenti siano idonei a incitare alla violenza o all'odio. Tale norma rappresenta un compromesso tra le diverse sensibilità culturali e giuridiche degli Stati membri, e ha dato luogo a recezioni profondamente differenziate: alcuni ordinamenti, come quello tedesco e austriaco, hanno adottato disposizioni penali specifiche sulla negazione dell'Olocausto; altri, come l'Italia, hanno recepito tali obblighi attraverso l'estensione di norme già esistenti.

Il modello tedesco costituisce uno dei paradigmi più solidi e controversi di penalizzazione del negazionismo. L'art. 130 del codice penale tedesco punisce severamente la negazione pubblica dell'Olocausto, configurandola non come mera lesione della verità storica, ma come condotta idonea a minare la pace pubblica attraverso l'incitamento all'odio. La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* ha legittimato tale scelta legislativa, affermando che la negazione dei crimini del nazismo costituisce un "abuso della libertà di espressione", in quanto nega la dignità delle vittime e costituisce un attacco simbolico ai fondamenti democratici dell'ordine costituzionale.

La Corte tedesca ha, quindi, interpretato l'identità costituzionale in chiave antifascista, senza rinunciare a un rigoroso controllo di proporzionalità e finalità rispetto alla libertà d'espressione⁵⁵.

Diversa risulta la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui giurisprudenza in materia si è sviluppata attorno all'art. 10 della Cedu, che garantisce la libertà di espressione, pur ammettendo limiti qualora siano "necessari in una società democratica"⁵⁶. La Corte ha perfino introdotto la nozione di "abuso del diritto", ex art. 17 Cedu, affermando che il ricorso alla libertà di espressione non può estendersi alla protezione di discorsi negazionisti e

⁵⁴ Cfr. G. M. LOZANO TERUEL, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in *Rivista AIC*, 2014, II.

⁵⁵ E. CATERINA, *L'eternità di un Provisorium: appunti sui limiti della revisione costituzionale a partire dal modello dell'art. 79, comma 3, della Legge fondamentale tedesca*, in *La Nuova Giuridica - Florence Law Review*, 2024, II, p. 33; l'Autore evidenzia come l'identità costituzionale nel modello tedesco, attraverso la "clausola di eternità" dell'art. 79, comma 3, GG, operi quale limite assoluto alla revisione costituzionale, garantendo la permanenza dei principi fondamentali della Costituzione e la coerenza assiologica dell'ordinamento, costituendo un parametro di riferimento per analoghe riflessioni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

⁵⁶ In base all'interpretazione costante della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'art. 10 CEDU ammette limitazioni alla libertà di espressione solo a condizioni rigorose: le restrizioni devono essere previste dalla legge, perseguire uno dei fini legittimi enumerati dal paragrafo 2 del medesimo articolo – come la tutela dell'ordine pubblico, della morale o dei diritti altrui – e risultare necessarie e proporzionate in una società democratica rispetto allo scopo perseguito e alla gravità della condotta limitata. Si veda F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, I, p. 42.

antidemocratici, soprattutto se associati a finalità razziste o revisioniste⁵⁷. La giurisprudenza di Strasburgo dimostra così un approccio più restrittivo rispetto alla penalizzazione della memoria⁵⁸, riconoscendo che il pluralismo ideologico implica anche la tolleranza di opinioni radicali o impopolari, a meno che non vi sia un pericolo concreto per la convivenza democratica. La Corte distingue con precisione tra negazione di fatti storici universalmente accertati – come la Shoah – e contestazione di eventi oggetto di dibattito storiografico, richiedendo, in ogni caso, una valutazione di proporzionalità tra la sanzione imposta e l'interesse pubblico alla repressione⁵⁹.

Il modello francese, a sua volta, si fonda sulla *loi Gayssot* del 1990, che punisce la negazione dell'esistenza di crimini contro l'umanità così come definiti nel processo di Norimberga. Tale disposizione ha suscitato dibattiti intensi in Francia, sia per il suo impatto sulla libertà scientifica e storiografica, sia per il rischio di una “memoria ufficiale imposta dallo Stato”. Nel 2008, il *Conseil constitutionnel* ha ribadito la necessità che ogni limitazione della libertà di parola sia proporzionata e fondata su finalità costituzionalmente rilevanti⁶⁰. Allo stesso modo, la Corte di cassazione francese ha riconosciuto che la legge deve essere interpretata restrittivamente, per evitare derive censorie incompatibili con lo Stato di diritto.

Nel confronto con tali ordinamenti, il modello italiano si presenta come più frammentato e meno sistematico. La legislazione vigente non contempla un reato autonomo di negazionismo⁶¹, ma prevede l'aggravante *ex art. 604-bis* c.p. nei casi in cui la negazione della Shoah o di altri crimini internazionali sia commessa nell'ambito di condotte di istigazione all'odio razziale o di propaganda. La

⁵⁷ In questo senso *Perinçek v. Switzerland*, n. 27510/08, 17 dicembre 2013; il giudice di Strasburgo ritiene che la condanna del ricorrente fondata sulla norma incriminatrice elvetica che punisce chi pubblicamente neghi, minimizzi grossolanamente o cerchi di giustificare un genocidio o altri crimini contro l'umanità, violi l'art. 10 Cedu, in quanto tale limitazione alla libertà di espressione non risulta «necessaria in una società democratica». La sentenza risulta allora di particolare interesse, in quanto la soluzione accolta si discosta da quella sviluppata nella decisione *Garaudy c. Francia* del 2003, nella quale la Corte europea – dichiarando irricevibile il ricorso per violazione dell'art. 17 Cedu – aveva affermato la legittimità dell'incriminazione della negazione della Shoah relativa al popolo ebraico.

⁵⁸ DONINI, *Negazionismo e protezione della memoria*, cit.; l'Autore mette in evidenza come l'approccio restrittivo delle Corti sovranazionali in qualche modo si “attenua” quando si parla di negazionismo c.d. “originario”. Inoltre, sulla differenza e l'evoluzione da forme “originali” e “più ampie” di negazionismo, cfr. E. FRONZA, *Memory and Punishment*, Berlin, Heidelberg, 2018, pp. 180 ss.

⁵⁹ L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek alla nuova aggravante previsionale italiana*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, X.

⁶⁰ La Corte di Cassazione francese conferma la tendenza a non mettere in discussione le leggi memoriali, attraverso il rigetto costante delle questioni prioritarie di costituzionalità che essa potrebbe trasmettere al *Conseil constitutionnel*. Cfr. J. FRANCILLON, *Questions prioritaires de constitutionnalité en matière d'infractions de presse (délits d'apologie de crimes de guerre, de contestation de l'existence de crimes l'humanité, et de diffamation), observations à propos de Crim. 2 et 19 mars 2010, n° 09-81.238 09-81.027, et 7 mai 2010, n° 09-80.774*, in *Rev. sc. crim.*, 2010, III, pp. 640 ss.; I. SPIGNO, *Ancora sulle lois mémorielles: la parola al Conseil constitutionnel sull'antinegazionismo*, in *Diritti comparati*, 2012, VI.

⁶¹ E. FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, in *Diritto penale e processo*, 2017, II, pp. 155 ss.; v. anche ID., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1016 ss.

struttura della norma richiede, quindi, un nesso tra la negazione del crimine e una condotta di istigazione concreta o di propaganda discriminatoria, escludendo, almeno in linea teorica, la punibilità della semplice espressione negazionista. Tuttavia, la vaghezza di alcuni concetti giuridici – come la “minimizzazione grave” o la “propaganda” – può dar luogo a interpretazioni estensive, in contrasto con i canoni di precisione e determinatezza richiesti dall’art. 25, comma 2, Cost.⁶²

Un ulteriore elemento critico riguarda l’assenza, nel sistema italiano, di un autentico bilanciamento giudiziale tra repressione del negazionismo e libertà di manifestazione del pensiero⁶³. Mentre altri ordinamenti affidano alla Corte costituzionale o ad autorità indipendenti il controllo sull’uso della memoria come bene penalmente protetto, in Italia tale equilibrio resta affidato all’interpretazione del giudice ordinario, con il rischio di derive giurisprudenziali non sempre coerenti⁶⁴. La penalizzazione della memoria storica rischia pertanto di assumere una funzione “retorica del male”, fondata più sull’esigenza di riaffermare pubblicamente una verità traumatica che sulla reale necessità di tutela di un bene giuridico⁶⁵.

In conclusione, l’analisi comparata mostra che il diritto penale della memoria si colloca in una zona grigia del diritto costituzionale e sovranazionale, nella quale convergono esigenze di tutela dell’identità democratica, prevenzione del discorso d’odio e protezione delle vittime della storia. Ciononostante, ogni intervento repressivo in questo ambito deve essere sorretto da una rigorosa analisi sui principi, per evitare che il diritto penale si trasformi in uno strumento di costruzione ideologica o in un mezzo per cristallizzare verità più o meno ufficiali. La memoria è un bene culturale e politico che richiede tutela, ma il diritto penale non può assurgere a legislatore della storia.

6. – *Conclusioni*. L’analisi condotta nel presente saggio evidenzia come la tutela della memoria storica attraverso gli strumenti propri del diritto penale

⁶² Limitatamente ai principi del diritto penale richiamati, si rinvia a F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2025, pp. 123 ss.

⁶³ Per un commento alla disciplina, *ex multis*, S. DE FLAMMINEIS, *Riflessioni sull’aggravante del “negazionismo”: offensività della condotta e valori in campo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; M. FLORES, *Negazionismi, revisionismi e libertà d’opinione*, 2007.

⁶⁴ In epoca ancora più recente, merita di essere richiamato come dato emblematico il fatto che, attraverso il deposito di una pluralità di mozioni presentate tra giugno e ottobre 2019, duecentododici senatori, espressione di quasi tutte le componenti parlamentari, abbiano aderito all’iniziativa della senatrice a vita Liliana Segre volta all’istituzione di una *Commissione straordinaria per il contrasto dell’intolleranza, del razzismo, dell’antisemitismo e dell’istigazione all’odio e alla violenza*, attribuendole un insieme di competenze significativamente più esteso: non soltanto funzioni di analisi e approfondimento, ma anche compiti di natura consultiva, propositiva e di segnalazione. La rilevanza della questione emerge non solo ai fini di un corretto inquadramento sistematico del fenomeno, ma anche in relazione alla possibile delimitazione dell’area dell’*hate speech* suscettibile di tutela costituzionale. Cfr. S. ANGIOI, *Hate speech e hate speech online. Questioni definitorie e problemi di regolamentazione tra diritto internazionale ed interventi del legislatore europeo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2025, pp. 496-521.

⁶⁵ M. DONINI, *Negazionismo e protezione della memoria*, cit.

rappresenti un terreno giuridico complesso e ricco di tensioni, in cui si intrecciano esigenze di difesa dell'identità costituzionale e necessità di salvaguardia delle libertà fondamentali. L'antifascismo, pilastro fondante della Repubblica italiana, ha trovato espressione normativa e giurisprudenziale in una legislazione repressiva che mira a prevenire la riorganizzazione del disciolto partito fascista e a reprimere ogni forma di apologia e negazionismo, intesi come minacce all'ordinamento democratico. Tuttavia, questo impegno si confronta con limiti imprescindibili di legalità, proporzionalità e rispetto della libertà di manifestazione del pensiero sanciti dalla Costituzione.

L'esperienza italiana, come messa a fuoco, mostra un sistema ancora in via di consolidamento, caratterizzato da norme frammentarie e da un dibattito aperto sul ruolo del diritto penale nella gestione della memoria storica. L'assenza di una fattispecie autonoma dedicata al negazionismo, l'utilizzo di aggravanti e la parziale mancanza di un controllo rigoroso sugli strumenti repressivi suggeriscono la necessità di un ripensamento critico, volto a evitare che la sanzione penale si trasformi in uno strumento di imposizione di una narrazione ufficiale, anziché in una tutela effettiva di beni giuridici concreti.

Il confronto comparato con altri ordinamenti europei sottolinea le differenti strategie adottate, da una repressione rigorosa e simbolicamente significativa, come nel caso tedesco, a un approccio più garantista e attento alla libertà di espressione, come emerge dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Questa pluralità di modelli evidenzia che non esiste una soluzione univoca, ma che la legittimità del diritto penale della memoria dipende dal bilanciamento rigoroso tra la necessità di prevenire l'incitamento all'odio e la tutela del pluralismo democratico. In particolare, la proposta di legge Fiano, pur avendo rappresentato un tentativo di rafforzare la risposta normativa contro la diffusione di simboli e messaggi nostalgici del fascismo, ha sollevato interrogativi cruciali circa la delimitazione tra legittima repressione e censura simbolica. Questo caso paradigmatico richiama la necessità di evitare che l'antifascismo, pur valore imprescindibile della Repubblica, venga strumentalizzato in chiave simbolica – diventando un “antifascismo apparente”⁶⁶ –, nel cui ambito il diritto penale intervenga per vietare forme di memoria che, seppur politicamente o moralmente discutibili, non costituiscono una reale minaccia per l'ordinamento democratico⁶⁷.

⁶⁶ L'antifascismo non può ridursi a enunciato simbolico o strumento retorico: la sua efficacia come principio costituzionale dipende dalla capacità del diritto e delle istituzioni di tradurlo in azioni concrete di prevenzione del neofascismo, evitando che il richiamo ai valori nati dalla Resistenza diventi mera commemorazione o legittimazione formale, senza un reale impatto sulla tutela dell'ordinamento; si veda A. RUGGERI, *Appunti per uno studio su memoria e Costituzione*, in *Consulta online*, 2019, fasc. II.

⁶⁷ D. PICCIONE, *L'antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della Costituzione e diritto penale dell'emotività*, in *Giur. cost.*, 2017, IV, p. 1941; ID., *L'espressione del pensiero ostile alla democrazia, tra diritto penale dell'emotività e psicologia collettiva*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, III, p. 77.

Il diritto penale, dunque, deve rimanere applicabile solo a condotte che presentano un chiaro profilo di offensività. La memoria storica, quale bene culturale e politico⁶⁸, richiede strumenti di tutela multilivello, che coinvolgano l'educazione, il dibattito pubblico e l'intervento delle istituzioni democratiche, piuttosto che affidarsi primariamente alla sanzione penale⁶⁹.

In definitiva, la sfida per il diritto penale contemporaneo è quella di conciliare l'urgente esigenza di preservare la memoria con il rispetto dei diritti fondamentali e la prevenzione di derive autoritarie nel controllo della storia. Solo attraverso un approccio critico, attento ai limiti costituzionali e aperto al dialogo comparato, sarà possibile costruire un sistema di tutela che sia giuridicamente legittimo, socialmente efficace e democraticamente sostenibile.

⁶⁸ All'esito di questa riflessione, sembra evidente che, di fronte al fenomeno grave del negazionismo – che colpisce direttamente il fondamento politico e costituente della nostra società – la risposta non debba necessariamente passare attraverso lo strumento penale. Prima ancora di pensare a condanne rivolte a chi, opponendosi alla democrazia, strumentalizza la menzogna storica come arma, occorre un intervento più profondo, affidato al solo piano politico. A tal fine è essenziale valorizzare gli spazi aperti della sfera pubblica, piuttosto che i contesti chiusi delle aule giudiziarie o dei testi normativi, promuovendo una riflessione condivisa sui valori etici e morali che la memoria storica custodisce e trasmette. In questo senso, «l'impegno di verità ha bisogno di libertà: della libertà incondizionata cui la ricerca scientifica ha diritto», così D. PULITANÒ, *Di fronte all'infamia nel diritto*, in *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di L. Garlati e T. Vettor, Milano, 2009, p. 229.

⁶⁹ In una prospettiva coerente con i principi del costituzionalismo democratico, il diritto penale dovrebbe ispirarsi a quella concezione di *diritto mite* che, lungi dall'imporre verità assolute attraverso la minaccia di pena, mira a preservare lo spazio del dissenso e del confronto critico. Solo un diritto che accetta la propria limitatezza e rinuncia alla pretesa di definire ciò che è “vero” o “giusto” può davvero garantire la coesistenza pacifica delle differenze e la vitalità del dibattito democratico. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

SEGRETEZZA MATERNA E TUTELA DELL'IDENTITÀ DEL NATO: IL NODO GIURIDICO DEL PARTO ANONIMO

MARGHERITA COMPAGNUCCI*

Il contributo si propone di analizzare l'intrinseco conflitto tra il diritto all'anonimato della madre partoriente e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, corollario imprescindibile dell'identità personale. L'analisi si concentra su una disamina del quadro normativo multilivello in materia e sul raggiunto (dis)equilibrio tra le diverse posizioni giuridiche, frutto di un bilanciamento assiologico di matrice giurisprudenziale. La trattazione, quindi, si focalizza sull'istituto dell'interpello e su come questo si atteggi nel caso di morte o incapacità della donna, sottolineando, peraltro, i limiti operativi rispetto a eventuali fratelli biologici. Nel panorama contemporaneo tale complessa dialettica giuridica rileva altresì nell'ambito della fecondazione eterologa. In conclusione, il presente studio intende offrire una ricostruzione sistematica dei principali snodi giuridici in esame, valutando il contemperamento tra anonimato e identità personale alla luce delle rinnovate istanze sociali.

This article explores the inherent tension between a mother's right to anonymity in childbirth and the child's right to know their origins, regarded as an essential component of personal identity. The analysis focuses on the multilayered legal framework governing this matter and examines the (in)balance reached between these competing rights, shaped by value-based reasoning in constitutional and supranational jurisprudence. The discussion then turns to the legal mechanism of the request for disclosure (interpello), particularly in cases involving the mother's death or incapacity, while also highlighting its operational limitations concerning potential biological siblings. In the current legal landscape, this complex dialectic also emerges in the context of heterologous fertilisation. Ultimately, the study seeks to offer a systematic reconstruction of the main legal issues at stake, assessing the reconciliation between anonymity and personal identity considering evolving social demands.

SOMMARIO: 1. Introduzione: la filiazione tra nuove istanze e antiche tensioni. – 2. Il diritto della madre a partorire in anonimato: ratio dell'istituto e quadro normativo vigente. – 2.1. Critiche dottrinali. – 3. Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e l'identità personale come diritto inviolabile. – 4. Il nodo gordiano: anonimato materno e tutela dell'identità del nato: evoluzione giuridica. – 4.1. Criticità operative: decesso e incapacità

* Studentessa in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2025 M. Compagnucci. This is an open access article, double blind peer reviewed, published by Firenze University press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

della partoriente. – 4.2. Revoca tacita dell'anonimato. – 4.3. Fratelli biologici. – 5. La fecondazione eterologa – 5.1. Anonimato del donatore e diritto alla conoscenza del figlio. – 6. Profili comparatistici rispetto all'anonimato materno. – 6.1. Prospettiva comparatistica rispetto alla PMA eterologa. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione: la filiazione tra nuove istanze e antiche tensioni.* – A fronte delle nuove istanze sociali e delle trasformazioni indotte dal progresso scientifico, l'ordinamento giuridico – nella consapevolezza che talora la filiazione prescinde da un dato prettamente genetico¹ – ha mostrato una tendenza alla progressiva attenuazione e relativizzazione del principio del *favor veritatis*². Ciononostante, va parimenti rilevato come, al contempo, tali innovazioni abbiano acuito la necessità di tutelare il diritto del nato da tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa alla conoscenza delle proprie origini. Un'esigenza, quest'ultima, già emersa storicamente in relazione ai nati da parto anonimo, ambito sul quale si intende concentrare l'analisi.

L'istituto del parto anonimo³ risponde all'esigenza di garantire alla donna la possibilità di partorire presso una struttura sanitaria in condizioni di sicurezza per sé e per il nascituro, senza dover rivelare la propria identità.

Nondimeno, l'assetto normativo che legittima la segretezza della partoriente si pone in tensione con una contrapposta posizione giuridica soggettiva, derivandone un conflitto tra due diritti fondamentali dell'individuo, riconosciuti a livello costituzionale e sovranazionale: il diritto del nato a conoscere le proprie origini, quale espressione dell'identità personale e componente ineliminabile della dignità individuale, e il diritto della madre a mantenere l'anonimato, irrinunciabile presidio a tutela della vita privata e della salute della gestante e di vita per il concepito.

In tale prospettiva, la memoria si configura quale condizione strutturale del vivere, posto che, sulla scorta dell'insegnamento lockiano e di Stefano Rodotà, tanto il vissuto quanto la genealogia biologica concorrono a delineare i contorni

¹ Il riferimento è *in primis* alle ipotesi di fecondazione eterologa, E. DEL PRATO, *La scelta come strumento tecnico di filiazione*, in *Famiglia*, 2001, pp. 1035 ss.; notevole importanza assumono anche altre forme di filiazione non genetica, quale la filiazione sociale, M.G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in *Comparazione e diritto civile*, 2013, pp. 1-35.

² A. GORGONI, *Nuove genitorialità e filiazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, I, pp. 162-172; A. GORGONI, *Il favor per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore*, in *Persona e Mercato*, 2022, IV, pp. 540-565; M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, pp. 199 ss.; P. STANZIONE, *Le genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2019, II, pp. 668-679.

³ L'istituto trova quale antecedente la ruota degli esposti, attraverso cui le madri potevano affidare i neonati presso appositi istituti di accoglienza, senza essere identificate; sul punto, A. AVITABILE, *Il diritto all'anonimato in ambito familiare*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, Diritto all'anonimato*, Padova, 2008, XLVIII, G. FINOCCHIARO, pp. 143-148; L. ZULLO, *Anonimato della partoriente e diritto dell'adottato all'accesso alle informazioni sulla famiglia di origine*, Milano, 2018, pp. 36-38.

del sé⁴. La memoria si declina così sia come diritto all'oblio per la partoriente, sia come esigenza ineludibile di verità per il figlio.

Il presente contributo si propone di indagare le modalità attraverso cui l'ordinamento giuridico – nella sua articolazione multilivello – ha cercato di comporre tale antinomia.

2. *Il diritto della madre a partorire in anonimato: ratio dell'istituto e quadro normativo vigente.* – Al fine di indagare le complesse dinamiche che caratterizzano la materia, non si può prescindere dall'analisi della duplice *ratio* sottesa al parto anonimo⁵: per un verso, l'istanza preventiva, volta ad offrire alla donna una via legale e sicura per portare a termine la gravidanza, evitando esiti irreparabili, quali abbandono o infanticidio, volendo altresì scoraggiare il ricorso all'aborto, coerentemente con la finalità di tutela del diritto alla salute (art. 32 Cost.) e di protezione della maternità (art. 31, secondo comma, Cost.); per altro verso, l'anonimato mira a tutelare la dignità e la vita privata della madre, che potrebbe trovarsi in condizioni di fragilità personale o sociale.

Occorre, tuttavia, rilevare la frammentarietà della disciplina in materia: essa trova fondamento nell'art. 30, comma 1, d.p.r. 396/2000⁶, che consente la registrazione della nascita «senza l'indicazione delle generalità della madre». Tale previsione è coordinata con l'art. 93 d.lgs. 196/2003 (Codice della privacy), che rafforza la riservatezza delle cartelle cliniche relative al parto, prevedendo che, in tale circostanza, il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali identificativi della madre, possano essere rilasciati decorsi cento anni dalla formazione del documento, e con l'art. 28, comma 7, l.

⁴ Scriveva il filosofo J. LOCKE, *Saggio sull'Intelletto Umano*, 1690, ripubb. Bari, 1999, capitolo XXVII: «Fin dove questa coscienza può essere estesa indietro a una qualsiasi azione o pensiero del passato, fin li giunge l'identità di quella persona»; di estrema rilevanza le considerazioni di S. RODOTA, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, pp. 211 ss.: «Profondissimo è divenuto il pozzo dell'identità, e su questo troppi giuristi evitano di sporgersi. (...) Ma in quel pozzo bisogna pur calarsi, anche per evitare che il diritto non sia più in grado di contribuire a dare la giusta misura alla costruzione e alla rappresentazione dell'identità, all'essere e all'apparire», ancora, «Il primo tra i segni distintivi dell'identità, lo strumento di base per l'identificazione pubblica, viene ricondotto a un dato privato, alla nascita e, di conseguenza, all'appartenenza familiare»; al contempo, tuttavia, l'A. afferma che «L'autonomia nel governo del sé, l'integrità della persona, la dignità inviolabile segnano pure il confine oltre il quale non può spingersi l'altrui pretesa di verità».

⁵ Corte cost. 16 novembre 2005, n. 425, in cui viene esplicitato come tale facoltà rappresenti «una scelta legislativa volta a salvaguardare la vita e la salute del nascituro e della madre»; Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278: «Il fondamento costituzionale del diritto della madre all'anonimato riposa, infatti, sull'esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili. La salvaguardia della vita e della salute sono, dunque, i beni di primario rilievo presenti sullo sfondo di una scelta di sistema improntata nel senso di favorire, per sé stessa, la genitorialità naturale».

⁶ La disposizione riproduce il previgente art. 70, comma 1, r.d. n. 1238 del 9 settembre 1939 (Ordinamento dello stato civile), come modificato dall'art. 2, comma 1, l. n. 127 del 15 maggio 1997 (c.d. Legge Bassanini bis).

184/1983, il quale stabilisce l'impossibilità di accedere alle informazioni che identifichino la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata⁷.

La risalente disciplina legislativa è stata oggetto di censura da parte della giurisprudenza sovranazionale⁸ e costituzionale, posto che l'assoluta immutabilità dell'anonimato comportava un sacrificio sproporzionato e irragionevole del diritto del nato a conoscere le proprie origini. Pur riaffermandone la centralità, difatti, la Consulta⁹ ha aperto alla possibilità che, attraverso l'interpello, la madre possa essere contattata dal giudice, su richiesta del figlio, per saggiare un'eventuale revoca del segreto, il quale, se confermato, resta insuperabile.

Di conseguenza, si assiste al superamento di una «cristallizzazione» e «immobilizzazione» del sistema, frutto di una superata prospettiva sincronica, a favore di una visione diacronica, che garantisca una ponderazione di tutti gli interessi, in primo luogo indiscutibilmente quello del nato; d'altro canto, a parere di chi scrive, l'irreversibilità della scelta non tutelerebbe adeguatamente neppure la madre, espropriata della facoltà di maturare un diverso convincimento nel corso della propria vita¹⁰.

⁷ M. RIZZUTI, *Trattamento dei dati sanitari e recenti sviluppi del diritto di famiglia*, in *Diritto e salute*, 2017, II, pp. 30-36; B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, III, pp. 709-725; A. VILLELLA, *Il diritto dell'adottato a conoscere l'identità dei fratelli biologici tra diritto all'identità personale e discutibili limitazioni*, in *Diritto di famiglia e delle successioni, Dialoghi con la giurisprudenza*, 2019, I, pp. 308-314.

⁸ *Godelli c. Italia* (dec.) [CEDU], no. 33783/12, 18 marzo 2013, la quale, pur riconoscendo l'ampia discrezionalità attribuita agli stati in tale ambito, sanziona la mancanza di qualsiasi tentativo di bilanciamento tra i contrapposti interessi con conseguente violazione del rispetto del diritto alla vita privata e familiare garantito dall'articolo 8 della Convenzione europea; ad un differente esito, dal momento che l'ordinamento francese prevede invece la reversibilità del segreto materno, attraverso la predisposizione di un organo e un procedimento amministrativo volti, su istanza dei figli, a ricontattare, ove possibile, le madri anonime, si è pervenuti con *Odièvre c. France* (dec.) [CEDU], no. 42326/98, 13 febbraio 2003, e, ancor più recentemente, *Cherrier c. Francia* (dec.) [GC], no. 18843/20, 30 gennaio 2024 con nota di M. CECCHI, *Tra diritto a conoscere le proprie origini e diritto all'anonimato del genitore biologico*, in *Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2024, VI, p. 821.; sul punto, A.O. COZZI, *Parto anonimo: una tradizione giuridica pressoché isolata che resiste*, in *Quaderni Costituzionali*, 2024, II, pp. 468-471.

⁹ Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278 dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7 della legge 4 maggio 1983, n. 184 «nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione»; sulla scorta di ciò, la Corte Costituzionale rimetteva al legislatore interno la determinazione delle concrete modalità per effettuare l'interpello della madre. A fronte dell'inerzia legislativa, è stata la Corte di Cassazione a delineare la procedura: Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946.

¹⁰ Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278: «Una volta intervenuta la scelta per l'anonimato, infatti, la relativa manifestazione di volontà assume connotati di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad «espropriare» la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione; trasformandosi, in definitiva, quel diritto in una sorta di vincolo obbligatorio, che finisce per avere un'efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare e, dunque, per proiettare l'impedimento alla eventuale relativa rimozione proprio sul figlio, alla posizione del quale si è inteso, ab origine, collegare il vincolo del segreto su chi lo abbia generato».

2.1. *Critiche dottrinali.* – Fiumi di inchiostro sono stati versati sull’annosa questione del parto anonimo, anche alla luce di un confronto con gli ordinamenti giuridici stranieri.

È stato autorevolmente criticato in dottrina¹¹ il raggiunto equilibrio, reputando che la madre si trovi in una posizione nettamente privilegiata rispetto a quella del padre del nato. Infatti, mentre la partoriente può decidere di non essere nominata e pertanto recidere ogni legame col figlio, tale scelta non è data al padre, che, laddove non effettuasse il riconoscimento, potrebbe in seguito essere chiamato in giudizio con l’esperienza di un’azione per la dichiarazione di paternità.

Ebbene, non si può negare l’ontologica disomogeneità di posizione tra i due soggetti, ricordando, con le parole della Corte di Cassazione, che «*non è il diritto in sé della madre all’anonimato che viene garantito, ma la scelta che le ha consentito di portare a termine la gravidanza e partorire senza assumere le conseguenze sociali e giuridiche di tale scelta*»¹². Ad essere oggetto di tutela non è il tirannico (se si vuole, capriccioso) diritto a partorire anonimamente della madre, bensì la potenzialità stessa di vita per il nato e della salute di entrambi, aspetti assenti rispetto alla posizione paterna.

Maggiormente condivisibili appaiono le considerazioni di altri autori¹³, che stigmatizzano la preminenza assoluta attribuita alle scelte materne anche rispetto alla prole – si anticipa, fintantoché la donna sia in vita – con una conseguente e indubbia compressione del diritto in capo al figlio alla ricostruzione della propria genealogia biologica, non potendo sottacersi né negarsi come quest’ultima sia fondante della sua identità personale. Nondimeno, pur muovendo da tale assunto, si rileva come sia imprescindibile che l’ordinamento continui a garantire una disciplina capace di dare tutela concreta e preventiva a situazioni di particolare fragilità, posto che tale facoltà funge da presupposto per l’esistenza del nato stesso.

3. *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e l’identità personale come diritto inviolabile.* – Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche si radica in una pluralità di fonti internazionali e costituzionali, quali gli artt. 2 e 3 della Costituzione italiana, che tutelano la dignità e lo sviluppo della personalità, e l’art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, che protegge la vita privata e familiare¹⁴.

¹¹ M. MANTOVANI, *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, VI, pp. 323-337.

¹² Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024.

¹³ M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell’attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, VII, 2021, pp. 763-775; A. MENDOLA, *Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all’anonimato materno*, in *Famiglia e diritto*, II, 2021, pp. 163 ss.: l’Autore definisce la partoriente quale «arbitra indiscussa dello stato di filiazione del nato».

¹⁴ *Mikulić c. Croazia* (dec.) [CEDU], no. 53176 /02, 7 febbraio 2002; *Godelli c. Italia* (dec.) [CEDU], no. 33783/12, 18 marzo 2013; in particolare, al par. 54 viene anche affermata l’imprescrittibilità del diritto in questione.

Inoltre, l'art. 7 della Convenzione ONU sui Diritti del Fanciullo stabilisce il diritto del minore, «nella misura del possibile», a conoscere i propri genitori sin dalla nascita.

A livello domestico, la Suprema Corte¹⁵ ha ribadito che il bisogno di conoscere le proprie origini è un aspetto fondamentale della personalità, capace di influenzare profondamente l'identità e la vita relazionale di una persona; analogamente, la Corte costituzionale¹⁶ ha confermato che esso è un elemento essenziale dell'identità filiale per la piena realizzazione del soggetto, collegandolo alla dignità umana.

Si noti come tale diritto non riguardi solo la sfera identitaria, ma anche esigenze di tutela della salute, come la necessità di informazioni sui genitori biologici per la prevenzione di patologie genetiche¹⁷.

La dottrina¹⁸ ha ulteriormente elaborato la nozione di identità personale come processo dinamico, non cristallizzabile, che accompagna l'individuo lungo l'intero arco della vita. In questo senso, il diritto alle origini non si esaurisce nella sfera affettiva, ma si estende alle dimensioni relazionali e sociali del soggetto; ciò è tanto più vero in contesti familiari in evoluzione, dove le forme di filiazione non sono più limitate alla sola relazione biologica¹⁹.

4. *Il nodo gordiano: anonimato materno e tutela dell'identità del nato: evoluzione giuridica.* – Per lungo tempo l'ordinamento italiano ha attribuito prevalenza pressoché assoluta al diritto della madre all'anonimato, escludendo qualunque possibilità di accesso del figlio ai dati identificativi²⁰.

¹⁵ Cass. civ., 3 marzo 2022, n. 7093: «il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale»; Cass. civ., 11 giugno 2015, n. 11887; a livello giurisprudenziale, la prima teorizzazione del diritto all'identità personale, riconducibile all'art. 2 Cost., si ha con Pret. Roma, 6 maggio 1974, poi consacrato con la successiva Cass. civ., 22 giugno 1985, n. 3769; sul punto, C. INGENITO, *Il diritto all'identità dei figli in due recenti pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, II, 2021, pp. 337-358.

¹⁶ Corte cost. 16 maggio 2001, n. 120; Corte cost. 9 febbraio 1994, n. 13.

¹⁷ L'affermazione merita un approfondimento: i dati sanitari, ricavabili dal certificato di assistenza al parto o dalla cartella clinica della partoriente, costituiscono l'insieme delle informazioni relative allo stato di salute della donna e, pur trattandosi di dati sensibili e come tali bisognosi di specifica tutela, differiscono dai dati identificativi, che permettono di individuare in maniera diretta un soggetto. Centrale importanza assume la recente ordinanza Cass. civ., 9 agosto 2021, n. 22497, che, nel ribadire la distinzione tra le due tipologie di dati, ha affermato che «il diritto di accedere alle informazioni sanitarie sulla salute della madre, al fine di accertare la sussistenza di eventuali malattie ereditarie trasmissibili, può essere esercitato indipendentemente dalla volontà della donna e anche prima della sua morte, purché ne sia garantito l'anonimato “erga omnes”», dunque assicurando la segretezza delle informazioni identificative, anche nei confronti dello stesso richiedente.

¹⁸ G. PINO, *L'identità personale*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando e C.M. Mazzoni, Torino, 2010, pp. 306 ss; C.M. BIANCA, *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, pp. 18 ss.; C. INGENITO, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini: alla ricerca dell'identità perduta o mai acquisita*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, XVI bis, pp. 3392-3423.

¹⁹ M.G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in *Comparazione e diritto civile*, 2013, pp. 14-18.

²⁰ Corte cost. 30 novembre 2005, n. 425: ha ritenuto conforme a Costituzione l'art. 28, comma 7, l. 184/1983, che sanciva l'inderogabilità dell'anonimato materno. In quella decisione, la Consulta aveva affermato che la scelta della madre di non essere nominata costituiva uno strumento necessario per

Il quadro muta con il caso *Godelli c. Italia* (2012), ad esito del quale la Corte di Strasburgo condanna il nostro Paese, adducendo la totale assenza di un meccanismo di bilanciamento tra il diritto della madre e quello del figlio.

Sulla scia di tale pronuncia, la Corte costituzionale è intervenuta con la sentenza n. 278/2013, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, l. 184/1983, «nella parte in cui non prevede [...] la possibilità per il giudice di interpellare la madre su richiesta del figlio, ai fini di un'eventuale revoca della dichiarazione di anonimato».

Con tale decisione, la Consulta ha introdotto l'istituto dell'interpello quale strumento di riequilibrio: il giudice può contattare la madre, in condizioni di massima riservatezza, per verificare se intenda confermare o revocare la propria scelta. L'interpello segna il passaggio da un anonimato assoluto ad uno, almeno potenzialmente, reversibile²¹.

4.1. *Criticità operative: decesso e incapacità della partoriente.* – Nonostante l'opportuna innovazione, l'interpello rimane privo di una disciplina legislativa organica. La sua concreta attuazione è affidata alla discrezionalità dei tribunali, con conseguente disomogeneità applicativa.

In particolare, la giurisprudenza si mostra ondivaga rispetto all'ipotesi del decesso della donna che si fosse avvalsa dell'anonimato.

L'orientamento maggioritario²² sostiene che, con la morte della stessa, il diritto all'anonimato, in quanto diritto personalissimo, si estingue: difatti, la morte configurerebbe «circostanza presuntiva della volontà di rimozione del segreto», ravvisando che tale evento renda il diritto all'anonimato «recessivo» e «indebolito», con conseguente riespansione del diritto del figlio, pur nel rispetto dell'identità "sociale" costruita in vita dalla donna, che potrebbe includere legami familiari o relazionali²³.

A fronte di ciò, si segnala una pronuncia di merito di segno opposto²⁴, in cui si reputa che il decesso non costituisca revoca implicita dell'anonimato, in difetto di un'esplicita disciplina normativa.

garantire la prosecuzione della gravidanza, e dunque per tutelare beni primari quali la vita e la salute della donna e del nascituro; in senso contrario, seppur isolata nel panorama giurisprudenziale antecedente il 2013, T.A.R. Marche, 7 marzo 2002, n. 215.

²¹ G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, X, pp. 10-51.

²² Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024, con nota di S. VICIANI, *Il bilanciamento degli interessi tra il diritto della madre all'anonimato (diritto all'oblio) e il diritto del figlio naturale di conoscere le proprie origini*, in *Giustizia civile*, 2017, II, pp. 1-11.

²³ Cass. civ., 9 novembre 2016, n. 22838; Cass. civ., 7 febbraio 2018, n. 3004.

²⁴ App. Torino, sez. minori, 5 novembre 2014, n. 598, cassata da Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024.

Maggiore uniformità giurisprudenziale²⁵ si rinviene in ordine alla fattispecie di incapacità della donna: si è esclusa la possibilità di interpellare la madre, qualora essa si trovi in gravi condizioni fisiche e psichiche tali da compromettere la sua capacità di intendere e di volere, poiché l'eventuale consenso alla revoca risulterebbe viziato. Come già emerso, invero, il diritto al parto anonimo è un diritto personalissimo, che può essere esercitato solo dal titolare dello stesso.

4.2. *Revoca tacita dell'anonimato.* – Un'interessante questione ha poi riguardato la configurabilità di una revoca tacita all'anonimato. La giurisprudenza di legittimità²⁶ ha riconosciuto la possibilità di esperire l'azione di accertamento giudiziale della maternità, a seguito del decesso della madre, nonostante l'originaria scelta del parto anonimo, laddove la stessa, in vita, abbia «con la propria inequivocabile condotta» dimostrato di voler rinunciare alla riservatezza. Tale comportamento è stato ritenuto idoneo a integrare una revoca implicita dell'anonimato, rilevabile attraverso indici presuntivi e nessi inferenziali, determinando il venir meno della prevalenza del diritto all'oblio materno rispetto all'interesse del figlio alla verità biologica.

4.3. *Fratelli biologici.* – Nel caso in cui la madre abbia esercitato il diritto al parto anonimo, l'accesso dell'adottato alle informazioni sui fratelli biologici subisce un limite derivato: la conoscenza delle loro identità, infatti, presuppone necessariamente la preliminare rivelazione dei dati materni.

Con la sentenza n. 6963/2018²⁷, la Corte di Cassazione, ribaltando le decisioni dei giudici di merito, ha, in astratto, riconosciuto che il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini non si esaurisce nell'identificazione dei genitori biologici, ma si estende anche ai fratelli e sorelle biologici. Tale accesso è tuttavia subordinato a un previo interpello giurisdizionale, modellato sulla base dell'istituto delineato per la madre, parimenti volto a tutelare la riservatezza dei fratelli, interesse, anch'esso, di pari rango costituzionale.

Nell'ipotesi di parto anonimo, tale possibilità è subordinata all'esito dell'interpello della madre: solo nell'ipotesi in cui questa revochi la scelta di

²⁵ App. Ancona, sez. minori, 12 marzo 2021, con nota di R. TREZZA, *Diritto di interpello del figlio e stato di incapacità della madre anonima* in *Famiglia*, 2022, II, pp. 1-10: «Nel corso dell'interpello, la madre naturale del reclamante aveva dimostrato una grave compromissione delle facoltà cognitive e volitive, non era stata in grado di esprimere la propria volontà e addirittura neppure di ricordare l'evento – nascita del figlio – che le veniva rappresentato. La Corte di merito ha ritenuto che il diritto all'oblio della donna, inteso sia come diritto di dimenticare sia come diritto di essere dimenticata, fosse ancora sussistente e dovesse essere protetto, considerando che la madre non aveva mai voluto che la sua identità venisse svelata e che la rievocazione dell'evento della nascita avrebbe potuto compromettere il suo stato psichico»; Cass. civ., 3 marzo 2022, n. 7093; Cass. civ., 9 agosto 2021, n. 22497.

²⁶ Cass. civ., 22 settembre 2020, n. 19824; A. GORGONI, *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto*, Torino, 2021, pp. 255-256: l'Autore suggerisce una lettura estensiva, in base alla quale ammettere la dichiarazione giudiziale di maternità anche qualora la madre sia ancora in vita, laddove quest'ultima abbia vissuto con il figlio in modo continuativo e abbia di fatto assunto i doveri genitoriali.

²⁷ L. ZULLO, *Anonimato della partoriente e diritto dell'adottato all'accesso alle informazioni sulla famiglia di origine*, Milano, 2018, pp. 137-139.

segretezza si può procedere a contattare i fratelli per acquisirne il consenso. In caso contrario, la tutela dell'anonimato materno è destinata a prevalere, rendendo impraticabile la richiesta, giacché l'interpello dei fratelli risulterebbe altrimenti inevitabilmente lesivo della riservatezza della madre.

5. *La fecondazione eterologa.* – La legge 40/2004²⁸, nella sua formulazione originaria, vietava espressamente il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa. Il divieto si fondava sull'idea che l'ingresso di un terzo nella genitorialità minasse la certezza dello *status filiationis* e introducesse rischi di mercificazione del corpo umano, determinato da un «commercio della maternità»²⁹.

Con la sentenza n. 162/2014, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di tale divieto, nella parte in cui escludeva dall'accesso alle tecniche le coppie affette da sterilità assoluta o infertilità irreversibile per violazione dei principi di eguaglianza (art. 3 Cost.) e di tutela della salute (art. 32 Cost.), oltre a comprimere in modo irragionevole il diritto della coppia a formare una famiglia (artt. 2 e 29 Cost.).

Un profilo centrale della pronuncia concerne l'interesse del nato: la Consulta ha affermato che il concepimento mediante PMA eterologa non compromette lo *status filiationis* - «elemento costitutivo dell'identità personale» - congruamente tutelato anche in assenza di legame genetico con entrambi i genitori, posto che il nato da fecondazione eterologa è figlio a tutti gli effetti della coppia che ha espresso il consenso, indipendentemente dalla provenienza dei gameti; è dunque la manifestazione di volontà che funge da «strumento tecnico di filiazione»³⁰.

5.1. *Anonimato del donatore e diritto alla conoscenza del figlio.* – Nondimeno, non si può certo affermare che vi sia un appiattimento dell'interesse del nato alla sola posizione giuridica di figlio né una totale coincidenza tra discendenza biologica e *status filiationis*; anzi il desiderio del figlio di conoscere la propria genealogia biologica perlopiù prescinde dalla volontà di contestazione del proprio stato, non richiedendo che esso corrisponda alla verità biologica, bensì risulta espressivo dell'esigenza di «sapere da dove si viene, per realizzare una propria storia personale, per elaborare pienamente la propria identità»³¹.

La problematica dell'anonimato dei donatori di ovuli e gameti è già esplosa in Paesi europei in cui il ricorso alla pratica è consentito da un maggior numero di

²⁸ L. 40/2004, art. 4, co. 3, nella formulazione originaria: «È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo».

²⁹ C. CAMPIGLIO, *La p.m.a. nel quadro internazionale e transnazionale*, in *Trattato di biodiritto*, cit., pp. 1498 ss.

³⁰ E. DEL PRATO, *La scelta come strumento tecnico di filiazione*, in *Famiglia*, 2001, pp. 1035 ss.; F. ZAGARIA, *Fecondazione eterologa, status filiationis e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini*, in *Persona e mercato*, 2021, II, pp. 370-392.

³¹ L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini, tra segreto, anonimato e verità, nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, II, pp. 815-836; M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, p. 24.

anni, ma è ragionevole ritenere che la medesima questione si porrà al raggiungimento della maggiore età dei nati in Italia dal 2014.

La legge è muta rispetto alla possibilità di conoscere l'identità del soggetto donante, limitandosi a prevedere che il donatore «non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi»³².

È ormai assodato che, affinché risulti lecito il sacrificio di un diritto, è richiesto un bilanciamento con un interesse altrettanto meritevole di tutela³³: si consenta, dunque, di esprimere qualche perplessità in ordine all'elemento qui addotto come giustificatorio della compressione del diritto del nato alla conoscenza delle proprie origini, rimarcando come non sussista alcun diritto alla genitorialità, ma soltanto una aspirazione alla stessa³⁴. L'ardua composizione tra tutela della riservatezza e tutela dell'identità personale contraddistingue sia il parto in anonimato che la fecondazione eterologa, non potendosi, tuttavia, ignorare la diversità di *ratio* sottesa alle due ipotesi: se indubbiamente l'anonimato nel primo caso è strumentale alla tutela della vita e della salute, beni di primario rilievo costituzionale, nel secondo appare funzionale alla realizzazione del desiderio genitoriale, rispetto a cui sembra preordinata la non rilevabilità dell'identità dei donatori, incentivati a donare dalla completa esenzione da futuri vincoli giuridici³⁵. Non è allora forse questo l'unico ambito del diritto in cui ad un desiderio, pur meritevole e comprensibile, è consentito prevalere su un diritto? Ammettendo tale dubbio, un'ombra di sospetta illegittimità costituzionale calerebbe sulla materia, anche al confronto con il recente arresto costituzionale, inerente alla possibilità di accesso per le donne *single* alle procedure di p.m.a.³⁶

³² L. 40/2004, art. 9, co. 3; L. LENTI, *Dati genetici e procreazione medicalmente assistita*, in *Jus Civile*, 2024, I, pp. 44-52.

³³ PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, cit., pp. 10-51.

³⁴ Cass. civ., 22 aprile 2020, n. 8029; Corte cost. 22 maggio 2025, n. 69: «L'interesse all'autodeterminazione procreativa, ascrivibile in pari tempo alla tutela della vita privata non è espressione di una libertà che abbia la stessa latitudine di ciò che la tecnica potenzialmente consente, né fonda una pretesa costitutiva di un diritto alla genitorialità»; in tal senso anche Corte cost. 26 marzo 2025, n. 33, Corte cost. 10 marzo 2021, n. 33, Corte cost. 11 novembre 2020, n. 230 e Corte cost. 30 ottobre 2019, n. 221; nonché, *Petithory Lanzmann c. Francia* (dec.) [CEDU], no. 23038/19, 5 dicembre 2019, par. 18; *Paradiso e Campanelli c. Italia* (dec.) [CEDU], no. 25358/12, 24 gennaio 2017, par. 141; *E.B. c. Francia* (dec.) [CEDU], no. 43546/02, 22 gennaio 2008, par. 41; *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* (dec.) [CEDU], no. 76240/01, 28 giugno 2007, par. 121; *Fretté c. Francia* (dec.) [CEDU], no. 36515/97, 26 febbraio 2002, par. 29.

³⁵ M. RIZZUTI, *Trattamento dei dati sanitari e recenti sviluppi del diritto di famiglia*, in *Diritto e salute*, 2017, II, pp. 30-36.

³⁶ Corte cost. 22 maggio 2025, n. 69, la quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 5 della legge 40/2004, confermando il divieto di accesso alle tecniche di p.m.a. per le donne *single*, ribadendo l'inesistenza di un diritto alla genitorialità. A parere di chi scrive, questo epilogo è stato determinato esclusivamente dall'assenza di una bigenitorialità, rispetto alla quale la Consulta si è rimessa alla discrezionalità legislativa, ma occorre ribattere che il favor esistente nel nostro ordinamento rispetto all'esistenza di due figure genitoriali (*rectius*: due genitori di sesso diverso) è un principio non assoluto, bensì tendenziale, e che un diritto alla genitorialità o esiste per tutti o per nessuno; M. DI MASI, *Le sentenze nn. 68 e 69/2025 ovvero dello strabismo della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2025, 1 ss.

6. *Profili comparatistici rispetto all'anonimato materno.* – Il tema dell'anonimato materno e del diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini costituisce un nodo problematico nel panorama europeo, segnato da profonde divergenze normative e socioculturali. Mentre ordinamenti come quello francese e italiano mantengono il principio del parto anonimo, quale strumento di tutela sociale, altri sistemi giuridici, quali quelli spagnolo, tedesco e svedese, attribuiscono prevalenza al diritto alla verità biologica, configurandolo quale corollario della dignità e del libero sviluppo della personalità.

In Francia, l'anonimato, dal 2002 non più irreversibile, è temperato dal ruolo del *Conseil National pour l'accès aux origines personnelles* (CNAOP), che media tra esigenze confliggenti, senza tuttavia sacrificare la facoltà di veto materno. In Spagna, al contrario, la giurisprudenza costituzionale ha elevato il diritto del figlio a conoscere le proprie radici a valore preminente, sancendo l'illegittimità della segretezza assoluta. La Germania - così come Svezia, Belgio, Austria e Svizzera - coerentemente con il principio "*mater semper certa est*", rifiuta il parto anonimo e tutela in via primaria l'identificazione materna. Peculiare l'esperienza svedese, in cui si rinviene un'assunzione di responsabilità statale verso l'accertamento della paternità, a garanzia di una piena corrispondenza tra verità biologica e verità legale. In Inghilterra e, in genere, nei Paesi di *common law* si afferma, infine, il modello di "*open adoption*", che, attraverso registri e strumenti di mediazione, promuove un equilibrio dinamico tra legami d'origine e vincoli adottivi³⁷.

Ne emerge, dunque, un mosaico complesso, in cui il bilanciamento tra anonimato e diritto alle origini riflette concezioni diverse di filiazione, identità e responsabilità pubblica.

6.1. *Prospettiva comparatistica rispetto alla PMA eterologa.* – Un confronto a livello internazionale risulta utile anche in materia di procreazione medicalmente assistita eterologa, dove si registra un progressivo superamento dell'anonimato del donatore, a vantaggio del diritto del nato alla conoscenza delle proprie origini genetiche. In tal senso, emblematico è il caso del Regno Unito, che già nel 2004 ha sancito la possibilità per i figli nati da eterologa di accedere ai dati non identificativi del donatore, nonché, *pro futuro*, anche quelli anagrafici, affermando la centralità della verità biologica quale fondamento identitario³⁸.

Analogamente, la Francia, attraverso la riforma del 2021 del *Code de la Santé Publique* (artt. L. 2143-2 ss. CSP), ha introdotto un sistema che, pur rispettando il consenso originario del donatore, attribuisce al nato maggiorenne il diritto di ottenere sia informazioni identificative sia dati sanitari e personali del proprio genitore genetico. Tale evoluzione normativa si è intrecciata con la giurisprudenza della Corte EDU³⁹, la quale ha riconosciuto la conoscenza delle proprie origini

³⁷ ZULLO, *Anonimato della partoriente e diritto dell'adottato all'accesso alle informazioni sulla famiglia di origine*, cit., pp. 139 ss.

³⁸ D. ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: caso italiano e l'esperienza estera*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2016, I, pp. 211-239.

³⁹ *Gauvin-Fournis e Silliau c. Francia* (dec.) [CEDU], nos. 21424/16 e 45728/17, 7 settembre 2023.

come componente essenziale dell'identità personale, affermando la natura ormai obsoleta dell'anonimato in un'epoca segnata dalla genomica e dai big data⁴⁰.

A livello comparato, emerge una chiara tendenza in Europa: Paesi quali Austria, Germania, Svezia e Svizzera non prevedono più l'anonimato, istituendo registri nazionali dei donatori; in particolare la Svizzera, dal 2001, garantisce agli individui concepiti con gameti eterologhi l'accesso alle generalità del donatore, una volta raggiunta la maggiore età, con procedure semplificate dal 2019⁴¹.

A sostegno di tale orientamento si colloca anche la Raccomandazione 2156/2019 del Consiglio d'Europa, la quale invita gli Stati membri a vietare l'anonimato nelle nuove donazioni, a istituire registri nazionali e a disciplinare in modo rigoroso il numero di donazioni, prevenendo altresì rischi sanitari e di consanguineità.

Ne risulta un quadro in cui l'interesse del nato prevale sistematicamente sul diritto del donatore alla riservatezza: se per quest'ultimo la partecipazione alla genitorialità resta un atto privo di implicazioni esistenziali profonde, per il primo l'accesso alla verità biologica si configura quale diritto fondamentale, protetto dall'art. 8 CEDU e dai principi costituzionali sullo sviluppo della personalità.

Si noti come questa differenza di tutele normative porti a risultati irragionevoli. Difatti, si immagini l'ipotesi in cui dal medesimo materiale genetico vengano concepiti due figli: nel caso italiano, il donatore resta avvolto dall'anonimato, mentre in altri ordinamenti europei egli è tenuto a fornire al nato le proprie generalità. La questione si fa ancor più paradossale se si considera che gran parte dei gameti impiegati in Italia – in particolare quelli femminili – proviene da cliniche estere, a causa della cronica scarsità di donazioni nazionali. Ne risulta un'evidente e arbitraria discrasia di trattamento tra chi nasce nel nostro Paese e chi, con gli stessi gameti e dunque con il medesimo patrimonio genetico, viene concepito in uno Stato che riconosce il diritto a conoscere l'identità del donatore: al medesimo soggetto genetico si applicano così discipline diametralmente opposte.

7. *Conclusioni.* – Il conflitto tra anonimato della madre e diritto del figlio a conoscere le proprie origini si presenta come un nodo gordiano del diritto di famiglia contemporaneo, che taluni arresti giurisprudenziali hanno tentato di

⁴⁰ L. LENTI, *Dati genetici e procreazione medicalmente assistita*, in *Jus civile*, 2024, I, pp. 44-52: l'A. ben illustra la nuova normativa vigente in Francia, in base alla quale si stabilisce che una persona concepita tramite PMA eterologa ha il diritto di conoscere l'identità e i dati non identificativi del donatore, il quale deve acconsentire alla futura comunicazione di tali informazioni (età, condizioni fisiche, situazioni familiari e professionali del donatore), pena il rifiuto della donazione stessa. La morte non impedisce tale divulgazione. I dati relativi al donatore sono raccolti e conservati dall'*Agence de la biomédecine* e resi accessibili tramite la Commissione CAPADD, la quale può rivolgersi ai donatori precedenti, che invece avevano garantito l'anonimato, per ottenere il consenso alla comunicazione dei dati, pur non potendo superare l'eventuale rifiuto. Inoltre, i medici possono accedere alle informazioni mediche non identificative per finalità terapeutiche o preventive.

⁴¹ I. PRETELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini con particolare riferimento a figlie e figli di ascendenza multipla o complessa*, in *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, a cura di F. Pesce, Napoli, 2022, pp. 169-204.

recidere attraverso operazioni di ricomposizione assiologica, in considerazione della perdurante inerzia legislativa. La mancanza di una riforma organica ha dato adito ad aporie sistematiche dei Tribunali, con conseguente difformità di tutela.

In ragione della sua *ratio*, l'anonimato materno, a parere di chi scrive, non può che mantenere una centralità e garanzia di tutela, pena la inefficacia dello strumento stesso: le donne che ricorrono a tale decisione, pur trovandosi di regola in condizioni di vita di estrema difficoltà, realizzano una scelta responsabile e coraggiosa, che ha quale obiettivo la tutela del nato medesimo e che, come tale, si iscrive all'interno del principio cardine del "*best interest of the child*", benché ciò emerga solo indirettamente.

Nondimeno, permane la polarità rispetto al diritto del figlio alla conoscenza della propria genealogia genetica, il quale non può essere sacrificato sull'altare della assolutezza del segreto; in tale prospettiva, positiva è infatti la previsione dell'interpello. Tuttavia, solo uno strutturale (dis)equilibrio tra le due posizioni in esame, coerente con la *ratio* sottesa all'istituto, sembra essere in grado di realizzare una effettiva ponderazione: il diritto non è chiamato a realizzare un mondo perfetto, ma il migliore tra quelli possibili⁴², sensibile alle diverse istanze sociali, ma conscio anche che il fulcro di certi diritti, pur comprimendone altri, rimane necessariamente insacrificabile.

Al netto di quanto fin qui esposto, sarebbe da accogliere con favore – e con particolare urgenza relativamente alle questioni più discusse tra la giurisprudenza – l'introduzione di un protocollo uniforme a livello nazionale che disciplini per via legislativa l'interpello, prevedendo al contempo cautele procedurali volte a garantire la massima riservatezza della donna e della sua identità sociale.

Un ulteriore correttivo strutturale sarebbe rappresentato dalla creazione di un organo terzo che consenta alla madre di revocare, in qualunque momento, la propria dichiarazione di anonimato, sulla scorta dell'ente francese CNAOP, con contestuale comunicazione al figlio in merito a tale decisione, con l'idoneo supporto di figure professionali, quali psicologi e mediatori familiari; rispetto a quest'ultimo, in via speculare rispetto alla madre biologica, va però tutelato anche l'eventuale diritto di non sapere⁴³.

Se dunque ogni aspetto della filiazione deve essere letto in base al principio paidocentrico, non ci si può allora esimere dal manifestare delle perplessità in ordine al bilanciamento raggiunto nei casi di p.m.a. eterologa, posto che in tale ipotesi la preminenza attribuita al diritto all'anonimato del donatore non appare sorretta da una *ratio* di pari intensità rispetto a quella che pervade quello materno;

⁴² Il rinvio è naturalmente al noto filosofo G.W. Leibniz.

⁴³ C. SCOGNAMIGLIO, *Sul diritto dell'adottato ad ignorare l'identità dei propri genitori naturali*, in *Giurisprudenza italiana*, 1988, p. 105; M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, cit., p. 29: «Il diritto del figlio ad un armonioso sviluppo della sua personalità comprende il diritto di conoscere le proprie origini così come il suo opposto, il diritto di non sapere. La scelta tra le due strade, ovviamente, implica che egli sia informato dai genitori delle circostanze della sua nascita, della non coincidenza della filiazione giuridica e sociale con quella biologica».

dunque qui una maggiore attenzione all'aspetto della tutela dell'identità del nato appare auspicabile.

Nella fecondazione eterologa e nel parto anonimo i diritti in gioco si trovano solo apparentemente in analogia: il donatore non ha alcun coinvolgimento emotivo o progettuale, diversamente dalla madre biologica, rispetto alla quale il ricordo del parto può avere effetti destabilizzanti⁴⁴. Si sottolinea, nuovamente, come il diritto all'oblio materno sia teleologicamente orientato alla protezione di un principio di vita già in essere, mentre la scelta di donare i propri gameti, la quale – a differenza del concepimento – è sempre ponderata e intenzionale, intervenga in un momento in cui non vi è ancora un nascituro da tutelare.

In ultima istanza, i mutamenti socioculturali impongono di discernere con precisione quali valori debbano restare intangibili e quali siano invece soggetti a ponderazione, affinché il diritto possa adeguarsi alle nuove realtà senza tradire i principi fondamentali della tutela della filiazione.

⁴⁴ LENTI, *Dati genetici e procreazione medicalmente assistita*, cit., pp. 44-52.

HAUNTED LEGAL MEMORY: IBSEN, INTERNATIONAL LAW, AND THE GHOSTS OF YUGOSLAVIA

GIORGOS ASKITAS*

This paper explores the intersection of law, theatre and collective memory through Ibsen's "Ghosts", framed within the post-Yugoslav memorial lawscape. By reading Mrs. Alving, Oswald and Pastor Manders as allegories of the State, civil society and the international community, it examines how law becomes haunted by history. Through memory laws, mnemonic agents, and ghost narratives, it argues that legal systems both preserve and suppress the past. The Yugoslav case, marked by Srebrenica and its fragmented remembrances, reveals a haunted jurisprudence where justice and denial share the same stage.

L'articolo analizza l'intersezione tra diritto, teatro e memoria collettiva attraverso "Spettri" di Ibsen, nel contesto giuridico e memoriale post-jugoslavo. Interpretando Mrs. Alving, Oswald e il Pastore Manders come allegorie dello Stato, della società civile e della comunità internazionale, si mostra come il diritto sia perseguitato dai fantasmi della storia. Attraverso leggi della memoria, agenti mnemonici e narrazioni spettrali, si evidenzia come il diritto conservi e insieme sopprima il passato. Il caso jugoslavo rivela una giurisprudenza "infestata", dove giustizia e negazione condividono la stessa scena.

SUMMARY: 1. Stage directions. – 1.1 Introduction. – 1.2. Historical setting. – 2. Mnemonic narratives. – 2.1. Mnemonic Narratives from the Above: Memory Laws. – 2.2. Mnemonic Narratives from the Below: Ghost Narratives. – 3. Character studies: Mrs Alving, Oswald and Pastor Manders as the post-Yugoslav states, non-state entities, and international organizations. – 3.1. The State as Mrs. Alving: fabricating and suppressing the past. – 3.1.1. Bosnia And Herzegovina: Mrs Alving's Motherhood. – 3.1.2. Croatia: Mrs. Alving's Legacy. – 3.1.3. Serbia: Mrs. Alving's Denial. – 3.2. Non-State entities as Oswald. – 3.2.1. Oswald. – 3.2.2. Non-State mnemonic agents. – 3.3.1. Pastor Manders. – 3.3.2. Pastor Manders as the epitome of the international community. – 4. Curtain call: the stage emptied, the ghosts remain.

* PhD Candidate in International Law and Teaching Assistant at Université Paris XIII.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974 - 5640 © 2025 G. Askitas. This is an open access article, double blind peer reviewed, published by Firenze University press under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

1. *Stage directions.*

1.1. *Introduction.* – «Ghosts! ...it was just like seeing ghosts»¹, exclaims Mrs. Alving, still tormented by her past. As the present inexorably paces toward becoming the past, she uncovers subtle – sometimes not so subtle – traces of what she strives desperately to avoid, to conceal from others and even from herself. The past, as both an individual and collective experience, creeps upon us all: it defines who we are and what we represent, as individuals, as legal subjects, as nations and as States.

The past creates our collective imagination. What is a nation, if not a constellation of individual memories woven into collective experiences? What is a State without its history – or rather, without its *historiography*? What is the international community without the accumulated pasts of its members, marked by both cooperation and conflict? The past shapes us into breathing legal subjects, active participants in the international order; it manipulates theories of the State, even as it is itself manipulated by State narratives. Time in its past form – or rather, memory – constitutes an essential element of every legal system; it represents, in a different sense, a peculiar source of law that shapes legal cultures. Memory is the connective link of the legal *continuum*, binding together our common legal past, present, and future. Historical narratives can generate normative tendencies for future law-making². Thus, while in the “law in the books” States are defined by territorial borders, in the “law in action” the unifying thread of the population – of legal subjects – is their shared legal memory.

How does one remember law? In what manner does law itself reminisce about its past? Do legal systems encourage the preservation of a juridical memory, sustaining continuity through the recollection of precedent and tradition? If the doctrine of an objective and neutral legal truth exists – as the *positivists* maintain – does an objectively proven legal past exist as such, or only in the fragments recalled by legal subjects? Do States exercise jurisdiction over the definition of the past? May it be constructed, altered, or confirmed by international fora? Can a State acknowledge the existence of competing legal pasts? And, ultimately, who possesses the authority to act as a mnemonic agent? Is law capable of or willing to respond to these questions, or is it a quest that lies upon us, the legal subjects, to discover, decrypt through law’s interdisciplinarity, as a means to fight against

¹ H. IBSEN, *Βρυκόλακες (Ghosts)*, Atene, 2022, p. 65.

² As R.E. FIFE, *Creative Forces and Institution Building in International Law*, in *History and International Law*, edited by A. Ciampi, Cheltenham, 2019, pp. 18–20 has observed, international law is structurally dependent on history while simultaneously seeking to discipline it. Unlike historians, international lawyers are required to produce authoritative and final determinations – through doctrines such as *pacta sunt servanda* and *res judicata* – in order to ensure stability, predictability, and institutional continuity. This functional need for closure means that international law inevitably privileges certain historical narratives while marginalizing others, particularly in post-conflict contexts where memory remains fragmented and contested. The resulting tension between legal determinacy and historical pluralism renders international law especially susceptible to what may be described as a “haunting” by unresolved pasts.

“legicidio”, meaning the annihilation of actual legality behind formal law’s façade?³

In that sense, one can also find *mnemonic agents* in theatre. The stage becomes a laboratory of remembrance, where character interplay dramatizes how collective memory is refracted into private lives⁴. Theatrical memory is never neutral: it is carried by the actors’ bodies, the characters’ voices, and the spectators’ own pasts. Each performance thus becomes an *autoethnographic ritual of memory*, where individual recollections converge into a shared narrative that decrypts the present and gestures toward a common future. In this sense, theatre not only represents memory, but enacts it, re-staging inherited traumas and aspirations in ways that law itself often attempts.

Through such an autoethnographic acting of history, one can *cartographier* a culture, a society, even a legal order. It is a process that Annie Ernaux has described as an “autoethnography of the self”⁵ – or, as the one who now unravels the thread of this juridicotheatrical mnemonic narrative has coined, an “autonomography” of a legal culture⁶. The intersection of law and theatre has gradually emerged as a field attentive to performance as a mode of legal reasoning⁷. Theatre – and other performative arts, like cinema⁸ – and trial alike share dramaturgical structures: actors and witnesses, scripts and statutes, stages and courtrooms. Both construct meaning through repetition, ritual, and the embodiment of narrative. When viewed through the lens of memory, theatre becomes a privileged site for exploring how societies remember, repress, and reenact their past. Just as legal systems institutionalize memory through judgments, memorial laws, and truth commissions, theatre dramatizes collective remembrance by staging inherited conflicts and traumas.

Memory thus becomes a definitive legal *formant* both in the context of internal law as well as in that of international law, as encompassed by various examples of State – driven law, notably so – called «memory laws». At the same time, memory can also emerge as a *legal cryptotype*, the arch-nemesis of official legal memory – such as State commemorations – yet also its subaltern alternative

³ L. DANIELE, *Da Gaza all’Italia: genocidio, “legicidio” e derive anticostituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 2025, 3, <https://www.costituzionalismo.it/wp-content/uploads/3-2025-1.-Daniele.pdf>, last access on 19 December 2025.

⁴ L. KAPUSHEVSKA DRAKULEVSKA, *Theatre as a Figure and a Place of Cultural Memory*, in *Culture*, 2013, 4, pp. 31–39.

⁵ I. CHARPENTIER, *Les ‘ethnotextes’ d’Annie Ernaux ou les ambivalences de la réflexivité littéraire*, in *Annie Ernaux: se perdre dans l’écriture de soi*, edited by B. Danielle, D. Juliette, Paris, 2011, pp. 77–101.

⁶ G. ASKITAS, *Droit international et autonomographie: Analyse critique des subjectivités de la communauté internationale*, PhD thesis, École Doctorale Erasme, Université Sorbonne Paris Nord, <https://erasme.univ-spn.fr/giorgos-askitas/>, last access on 6 October 2025.

⁷ B. HUGHES MOORE, *Law and Theatre*, in *Law and Humanities*, edited by D. Newman, R. Sandberg, Cambridge, 2024, pp. 187–192.

⁸ C. VITUCCI, *Cinema e diritto internazionale*, in www.sidi-isil.org, <https://www.sidi-isil.org/gruppi-di-interesse-tematici/cinema-e-diritto-internazionale/>, last access on 9 September 2025.

through various non-State mnemonic agents⁹. In order to understand this collision of law and *memories*, this paper proposes to approach the subject of mnemonic *nomography* through Ibsen's body of theatrical work, and in particular *Ghosts*, while situating the inquiry within the post-Yugoslav context, where the interplay of law and memory is evidenced through a constellation of State and non-State mnemonic agents and fragmented autobiographical memories. Quoting from Annie Ernaux in *La vie extérieure*, we, writer and readers alike as participants in this thread, wish to take part in «*écrire cela, et tout ce que j'ai écrit ici, comme preuve*»¹⁰ (to write this, and all that I have written here, as evidence), or – transplanted into legal discourse – in a juridical evidentiary process that far exceeds the limitations of legal doctrine and its language. This article adopts an interdisciplinary, interpretive methodology that combines legal analysis with literary allegory and memory studies. Law is approached not as a closed normative system but as a cultural practice through which collective memory is performed, institutionalized, and contested. Ibsen's "Ghosts" is used as an analytical lens to examine States, non-State actors, and international institutions as mnemonic agents, while the post-Yugoslav context provides a comparative legal setting in which official memory laws are read alongside vernacular "ghost narratives". This approach foregrounds the tension between state-sanctioned remembrance and counter-memory, conceptualized here as a form of "haunted jurisprudence".

Before one embarks on this exploration, a few remarks on the former-Yugoslav context, on Ibsen, and on memory laws are necessary. Were it possible to set the tone with a didascalía (stage direction), it would suggest that the reader approach what follows as a law enthusiast's process of comparative legal exploration for its own sake, while also indulging in a subdued *Yugonostalgia*¹¹.

1.2. *Historical Setting*. – Any exploration of law and memory in the post-Yugoslav space requires, at the outset, a brief historical background. The Socialist Federal Republic of Yugoslavia was born in the aftermath of World War II under the leadership of Josip Broz Tito, consisting of six entities and two autonomous provinces in a balance of federalism and non-aligned socialism¹². After Tito's death in 1980, centrifugal pressures – ethnic, economic, and political – began to rip open the seams. In the early 1990s, the republics of Slovenia, Croatia, Bosnia and Herzegovina, and North Macedonia declared independence¹³.

⁹ R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, XXXIX, 2, pp. 343–401.

¹⁰ A. ERNAUX, *La vie extérieure: 1993-1999*, Paris, 2000 (repr. coll. « Folio », 2001), p. 36.

¹¹ For the term "Yugonostalgia", Cf. M. MAKSIMOVIĆ, *Unattainable Past, Unsatisfying Present – Yugonostalgia: An Omen of a Better Future?*, *Nationalities Papers*, 2017, XLV, 6, pp. 1066–1081.

¹² L. BENNETT, *Yugoslavia's Bloody Collapse: Causes, Course and Consequences*, New York, 1995.

¹³ S. RAMET, *The Three Yugoslavias: State-Building and Legitimation, 1918–2005*, Bloomington, 2006, pp. 51–232.

The massacre at Srebrenica in July 1995, where more than 8,000 Bosniak men and boys were executed by Bosnian Serb forces¹⁴, remains perhaps the darkest chapter: later judged as genocide by both the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Court of Justice (ICJ)¹⁵. Key political figures such as Radovan Karadžić and Ratko Mladić were tried before the ICTY – Karadžić was convicted in 2016 and Mladić in 2017 – while Biljana Plavšić, former President of Republika Srpska, became the first woman indicted for genocide and ultimately convicted of crimes against humanity¹⁶. The Dayton Peace Agreement of December 1995 formalized the end of war in Bosnia and Herzegovina, structuring the country into two entities (the Federation and Republika Srpska) and inserting high representatives to oversee implementation¹⁷. Meanwhile, Serbia’s own transition – from Slobodan Milošević’s authoritarian rule to democratic governance – was punctuated by war crimes indictments and contested narratives of victimhood and blame¹⁸. As institutions like the ICTY sought to adjudicate the past in the name of accountability, various states in the post-Yugoslav space also endeavored to legislate memory – enacting memorial laws, erecting monuments, controlling school curricula, and criminalizing denial¹⁹. Over time, these efforts have crystallized into competing versions of history, each State (or community) striving to inscribe its own memory as orthodox, even as revision, denial or counter-memory persist across borders²⁰.

2. Mnemonic narratives.

2.1. *Mnemonic Narratives from the Above: Memory Laws* – Memory laws are perhaps the most explicit attempt to legislate remembrance, to turn the fragile act of memory into binding normativity. They are not mere statutes among others: they seek to draw a line between what can and cannot be said about the past, to enshrine certain narratives as legally “true” while silencing others. The Council of Europe has described them as laws that “enshrine state-approved interpretations of crucial historical events and promote certain narratives about the past, by banning, for example, the propagation of totalitarian ideologies or criminalizing expressions which deny, grossly minimize, approve or justify acts constituting

¹⁴ L. NETTFIELD, S. WAGNER, *Srebrenica in the Aftermath of Genocide*, Cambridge, 2013, pp. 31-50.

¹⁵ International Court of Justice, *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment 26 February 2007.

¹⁶ *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, ICTY, Judgment 24 March 2016; *Prosecutor v. Ratko Mladić*, IT-09-92-T, ICTY, Judgment 22 November 2017; *Prosecutor v. Biljana Plavšić*, IT-00-39&40/1-S, ICTY, Sentencing Judgment 27 February 2003.

¹⁷ The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, Dayton, 14 december 1995, peacemaker.un.org, <https://peacemaker.un.org/sites/default/files/document/files/2024/05/ba951121-daytonagreement.pdf>, last access on 4 October 2025.

¹⁸ J. GOW, *The Serbian Project and Its Adversaries: A Strategy of War Crimes*, London, 2003, pp. 118-144.

¹⁹ B. HIRONĚŠOVÁ, J. HASIĆ, *The 2021 Memory Law in Bosnia and Herzegovina – Reconciliation or Polarization?*, in *Journal of Genocide Research*, 2024, XXVI, 4, pp. 399-417.

²⁰ For further reference, *Venti anni di pace fredda in Bosnia Erzegovina*, edited by S. Camilotti e S. Regazzoni, Venezia, 2016.

genocide or crimes against humanity”²¹. In this sense, memory laws dramatize the State’s ambition to act as the ultimate mnemonic agent²².

Their manifestations are many. At the international level, the UN General Assembly has twice intervened directly in memory: in 2005, by proclaiming International Holocaust Remembrance Day²³, and in 2024, by designating 11 July as International Day of Remembrance for the Srebrenica Genocide²⁴ – a decision supported by many states but vehemently opposed by Serbia and its allies. These examples reveal memory laws as both national and transnational phenomena, simultaneously protective and divisive.

Supporters argue that such laws are indispensable to reconciliation and justice: they recognize victims, resist denialism and affirm a jurisprudence of memory that, as Teitel suggests, extends law beyond punishment to moral acknowledgment²⁵. But the critiques are equally sharp, as memory laws risk constraining free expression, politicizing history, and ossifying selective state narratives. The debate, then, is less about the existence of memory laws than about their legitimacy. Are they guardians of historical truth or instruments of historical monopoly? Are they jurisprudence as remembrance or jurisprudence as censorship? The UN’s Srebrenica resolution captures the paradox: remembrance can dignify victims, but it can also fracture communities when different versions of the past collide. In this way, memory laws remain juridical performances of history – staging a contest between law’s aspiration to fix memory and memory’s refusal to be fixed.

Given the above, the polemic against memory laws derives from their very nature as *mnemonic narratives from above*, carrying the inherent risk of suppressing alternative accounts produced by mnemonic agents who lack judicial authority over remembrance. In this collision of narratives, one discerns the struggle between memory as State performance – risking degeneration into mere spectacle, where justice is reduced to symbolic gesture – and the counterclaims of subaltern mnemonic agents, who assert their right to historical truth and their capacity to define memory and legal past as they recall it. Between this right and the attempts at historical denialism or revisionism advanced through State-driven memory laws, one observes the emergence of litigating and adjudicating normative arenas, in which State and non-State actors alike contend for authority over the past.

2.2. *Mnemonic Narratives from the Below: Ghost Narratives.* – Following the above and drawing on the distinction between internal and external legal culture,

²¹ Council of Europe, *Memory laws and freedom of expression*, Strasbourg, 2018, p. 2.

²² D. GAITENIDIS, *Memory laws in international and comparative law: regulating remembrance of the past*, in *Comparative European Politics*, 2025.

²³ United Nations General Assembly, *Resolution 60/7, Holocaust Remembrance*, 1 November 2005.

²⁴ United Nations General Assembly, *Resolution A/78/L.67, International Day of Reflection and Remembrance of the 1995 Genocide in Srebrenica*, 23 May 2024.

²⁵ R. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, 2000, pp. 118–124.

it is important to consider how external legal culture approaches the preservation of its juridical memories. Positive law is but one dimension of *legal fiction* and legal imagination often proves more inclusive than State-sanctioned law. While there exist many forms of expression for this autonomographic inventiveness, it is particularly fruitful to examine *ghost narratives* as a distinctive aspect of mnemonic autonomography – especially compelling in the post-Yugoslav context.

As with Mrs. Alving, ghost stories have nurtured us since childhood, particularly those of us who are legal subjects of the Balkan region, if an autoethnographic remark may be permitted. Our legal cultures are constructed by ghosts and marked by their haunting presence over legal institutions and legal *micro-événements*. This is all the more evident in the realm of international law, which is tasked with addressing human rights violations, grave crimes against humanity, the dignity of human faculties and the pursuit of justice for those who have fallen. International legal doctrine itself often appears as a ghostly feature – an effort both to exorcise and to preserve the spectral remains of atrocity.

In this sense, ghost narratives may also be read through Foucault's distinction between history and counter-history. For Foucault, "history" is the narrative produced by dominant powers, a discourse of continuity and legitimacy; "counter-history" emerges as its disruptive counterpart, the memory of the vanquished²⁶. Ghost narratives thus oscillate between these poles: on the one hand, the judicial histories inscribed in law's judgments and commemorations; on the other, the counter-histories voiced by survivors, NGOs, and subaltern communities who contest the State's authority over remembrance.

In this context, "ghost narratives" may be broadly understood as stories of encounters with the agency of the dead. As Mirjam Mencej notes, the term *ghost* functions as an umbrella concept, encompassing not only visible apparitions but also auditory, tactile, and affective phenomena attributed to the dead²⁷ – closest to Paul Cowdell's definition of ghosts as "covering all *post-mortem* contact with the living"²⁸, where the focus is less on the entity than on the incident itself. In Srebrenica, these narratives operate as mnemonic devices, preserving the memory of atrocity and translating collective trauma into symbolic form. They provide not only therapeutic relief but also serve as vernacular counter-histories, contesting the silences and denials that haunt the region.

Mencej identifies three principal clusters of ghost narratives circulating in post-war Srebrenica. The first concerns the *ghosts of the unburied dead*. These stories reflect the tragic reality that many victims of the 1995 genocide were never

²⁶ M. FOUCAULT, *Society Must be Defended: Lectures at the Collège de France 1975–1976*, London, 2003, pp. 68–72.

²⁷ M. MENCEJ, *The Dead, the War, and Ethnic Identity: Ghost Narratives in Post-War Srebrenica*, in *Folklore*, 2021, CXXXIX, 4, p. 428.

²⁸ P. COWDELL, *Ghosts, Ethnography, and the Politics of Belonging in English Rural Communities*, in *Ethnologia Europaea*, 2011, CLI, 1, p. 50.

found or properly buried. According to traditional belief, untimely or violent deaths produce “bad deaths”, leaving the souls of the deceased suspended in a liminal state. They return as apparitions or haunting presences, reminding the living of their obligation to provide burial and symbolically insisting on unfinished justice²⁹. A second cluster revolves around the *ghosts of those interred in the Potočari memorial cemetery*. Far from being portrayed as passive figures, they are represented as powerful agents of revenge. Their spectral agency transforms the powerlessness of the Bosniak community within Serb-dominated Republika Srpska into a symbolic form of control. In these narratives, the buried dead are not marginal but central actors in the politics of memory, reclaiming the commemorative landscape against continuous processes of Serbian hegemonization³⁰. The third cluster tells of a murdered imam who, after being killed by the Serbian army, continued to call the faithful to prayer from the demolished minaret of Srebrenica’s mosque. This legend is remarkable because its witnesses are said to have been Serbs themselves, thereby compelling an acknowledgment of guilt from the very perpetrators. At once uncanny and moralizing, the story is framed as evidence of divine justice and as a higher ethical imperative transcending earthly politics³¹. Taken together, these ghost narratives constitute a spectral archive: a counter-narrative to denial and revisionism, and a powerful medium through which Bosniak communities preserve their juridical memory and articulate claims to justice.

3. *Character studies: Mrs Alving, Oswald and Pastor Manders as the post-Yugoslav States, non-State entities, and international organizations.* – Having outlined the foundations of memory laws and non-State memorial jurisprudence, it is now possible to turn to the dynamics of how States deploy –or manipulate – memory and law in order to assert political agendas and to construct dominant versions of the past. In this respect, character interactivity on the theatrical stage provides a compelling metaphor for the choreography of state relations and negotiations in the international arena.

Three figures from Henrik Ibsen’s “Ghosts” may be read as emblematic *binômes* of this mnemonic drama³². Mrs. Alving, tormented by the spectres of her past, stands for the post-Yugoslav States: jurisdictions over memory that strive to fabricate official versions of history, only to be haunted by the truths they suppress. Oswald, her ailing son who seeks to escape the shadows of family secrecy, mirrors non-State entities, including populations and NGOs, who struggle to voice alternative memories beyond the stranglehold of state narratives. Finally, Pastor Manders, cloaked in an *ethicological* façade yet marked by indifference and moral ambiguity, represents the international community as a

²⁹ MENCEJ, *The Dead, the War, and Ethnic Identity*, cit., p. 423.

³⁰ Ivi, p. 420.

³¹ Ivi, pp. 140–142.

³² H. IBSEN, *Ghosts*, transl. Eng. M. Meyer, London, 1965.

whole – ranging from the United Nations and international courts to, more recently, the European Union.

In this allegorical dramaturgy, the stage becomes a site of negotiation where State, non-State, and international actors each seek to inscribe their memory into law, oscillating between revelation and concealment, justice and denial. To maintain this dramaturgical frame, each section will therefore begin with a brief character study before proceeding to the corresponding legal analysis.

3.1. *The State as Mrs. Alving: Fabricating and Suppressing the Past.* –

«But I can't stand it any longer, with all these webs of obligation. I can't stand it! I've got to work my way out to freedom».

Mrs. Helene Alving, *Ghosts*, Act II.

Mrs. Alving, Ibsen's tragic matriarch, embodies the paradox of concealment and disclosure: she attempts to suppress the shame of her husband's life while simultaneously being unable to escape the ghosts that such concealment produces³³. In her, the audience perceives a character at once complicit and victim, both the author of a curated memory and the subject haunted by its return. Read allegorically, she mirrors the State as a jurisdiction over memory – an entity that fabricates official narratives to preserve its dignity yet remains perpetually afflicted by the spectral truths it seeks to bury³⁴.

As with Mrs. Alving, the Bosnian State performs remembrance through official commemorations and legal instruments, while at the same time struggling with competing memories that return in ghostly form, through the conflicting narratives of its ethnic minorities.

3.1.1. *Bosnia And Herzegovina: Mrs Alving's Motherhood.* – In Bosnia and Herzegovina, memory politics has been shaped by competing ethnic narratives and the fragmentation institutionalized by the Dayton Peace Agreement. Unlike Croatia and Serbia, which draw heavily on medieval continuities, Bosniak historiography has focused on the Ottoman past, often represented positively as a period of sophisticated culture and religious plurality. By contrast, Bosnian Serb and Croat narratives echo those of Serbia and Croatia, characterizing Ottoman rule as oppressive, marked by forced Islamization and favoritism toward certain religious groups. At the symbolic level, Sarajevo's street names have become a key site of mnemonic contestation. New street names frequently reference sovereign Bosnian statehood, invoking figures from the Ottoman and Austro-Hungarian periods to emphasize a long-standing autonomy predating Yugoslavia. This

³³ W. BRADFORD, *'Ghosts' Character Analysis of Mrs. Helene Alving: Oswald's mother from Henrik Ibsen's family drama*, in www.thoughtco.com, <https://www.thoughtco.com/ghosts-character-analysis-mrs-helene-alving-2713469>, last access on 6 October 2025.

³⁴ *Character Analysis of Mrs. Alving in "Ghosts," a Play by Henrik Ibsen*, in www.kibin.com, <https://www.kibin.com/essay-examples/character-analysis-of-mrs-alving-in-ghosts-a-play-by-henrik-ibsen-IPoHihhG>, last access on 6 October 2025.

renaming reflects an attempt to assert continuity of statehood while simultaneously effacing traces of the Yugoslav socialist past³⁵.

In the Federation of Bosnia and Herzegovina, streets honoring Tito and the socialist legacy were removed, while in Republika Srpska, names referencing Bosniak presence were systematically erased. In Sarajevo alone, over 400 of 1,044 streets were renamed after the war; in Banja Luka, 240 out of 400 street names were changed³⁶. Commemoration has also been deployed as a site of political struggle³⁷. Yet these efforts are often framed as tools for European integration rather than genuine engagement with memory. At the same time, Srebrenica has become the paradigmatic *lieu de mémoire* of the Bosniak community, commemorated annually and increasingly internationalized, not least through cinematic works such as Jasmila Žbanić's *Quo Vadis, Aida?* (2020), which narrates the genocide while offering possibilities of interethnic coexistence³⁸. In this fragmented landscape, Bosnia and Herzegovina appears as a ghostly polity, haunted by conflicting narratives of its constituent peoples, where *lieux de mémoire* are less shared than contested, reflecting the enduring fractures of its post-Dayton order.

3.1.2. *Croatia: Mrs. Alving's Legacy.* – In Croatia, memory politics have been strongly tied to the narrative of an uninterrupted statehood, often described as a “millennial dream”. School curricula, commemorative practices, and public discourse emphasize medieval kings such as Tomislav and Zvonimir, presenting them as symbols of a continuous Croatian statehood that predates Yugoslavia and culminated in independence in 1991. This historical framing is reinforced through *lieux de mémoire*, including streets renaming and state ceremonies, which erase Yugoslav symbols and elevate figures of national struggle³⁹.

The most controversial commemorative site is Bleiburg⁴⁰, where post-war executions of soldiers and collaborators by Tito's partisans are reframed as the “tragedy of the Croatian people”. The commemorations – often state-funded and attended by officials – have transformed Bleiburg into a ritualized symbol of Croatian victimhood, despite the overt presence of Ustaša symbolism⁴¹. At the same time, Holocaust remembrance has been integrated into the EU's memorialization framework, with annual ceremonies at Jasenovac and the

³⁵ L. DAVID, T. TROŠT, *Renationalizing Memory in the Post-Yugoslav Region*, in *European Review of History*, 2022, XXIX, 2, p. 239.

³⁶ Ivi, p. 240.

³⁷ For example, Centro di Ateneo per i diritti umani - Antonio Papisca, *Giornata internazionale di riflessione e commemorazione del genocidio del 1995 a Srebrenica, 11 luglio 2025*, www.unipd-centrodirittiumani.it, <https://unipd-centrodirittiumani.it/it/notizie/giornata-internazionale-di-riflessione-e-commemorazione-del-genocidio-del-1995-a-srebrenica-11-luglio-2025>, last access on 19 December 2025.

³⁸ DAVID, TROŠT, *Renationalizing Memory*, cit., pp. 243–246.

³⁹ Ivi, pp. 229–249, 235–236.

⁴⁰ Ivi, pp. 240–241.

⁴¹ Ivi, pp. 237–238.

adoption of January 27th as a Holocaust Memorial Day, though often accompanied by a relativization of Ustaša crimes and efforts to nationalize the victimhood of Croats themselves⁴².

3.1.3. *Serbia: Mrs. Alving's Denial.* – In Serbia, memory politics are dominated by a dual process: the victimization of the Serb people, on the one hand, and the systematic silencing or relativization of Serb responsibility for wartime atrocities, on the other. Historical narratives privilege the medieval period, particularly the Battle of Kosovo (1389), as the foundational *lieu de mémoire* of Serbian statehood and suffering. School curricula and public commemorations frame Serbia as the perennial victim of aggression, a narrative that continues to shape its interpretation of the 1990s wars⁴³.

This renationalization of memory has been accompanied by what scholars call *memoricide*: the deliberate destruction, erasure, or denial of cultural memory in order to overwrite inconvenient histories. In the Serbian case, *memoricide* manifests through the denial of genocide at Srebrenica, the marginalization of non-Serb victimhood and the commemoration of sites where Serbs were killed while neglecting atrocities committed by Serbian forces. Such practices have entrenched competing mnemonic narratives, effectively producing a fragmented and polarized memory landscape⁴⁴.

Commemorative practices reflect this logic. Street names and public spaces in Belgrade and Republika Srpska privilege Serbian medieval and nationalist figures, while Yugoslav and multiethnic legacies are erased. Meanwhile, official remembrance often elevates Serb victimhood – most prominently at commemorations for Operation Storm – while denying or downplaying events such as Srebrenica. This selective memorialization perpetuates a juridical and cultural struggle over memory, in which Serbia seeks to consolidate its victim narrative while resisting international norms of remembrance⁴⁵.

3.2. *Non-State Entities as Oswald.* –

«Everything will burn. All that recalls father's memory is doomed.

Here am I, too, burning down».

Oswald, Ghosts, Act III

⁴² Ivi, pp. 242–243.

⁴³ Ivi, pp. 229–249, 234–236.

⁴⁴ Ivi, p. 238.

⁴⁵ Ivi, p. 244.

3.2.1. *Oswald*. – Oswald Alving returns not as a triumphant son but as a haunted figure, burdened by what he calls the “disease” of inheritance. His affliction is both biological and symbolic: a malady of memory, the unspoken sins of his father and the silence of his mother that have inscribed themselves onto his body. In Oswald, Ibsen dramatizes the paradox of an individual striving for liberation while being consumed by the very legacies he seeks to transcend. His yearning for light, for an existence beyond secrecy and repression, underscores the fragility of subjecthood caught between memory and denial⁴⁶.

3.2.2. *Non-State Mnemonic Agents*. – This figure offers a fruitful metaphor for non-State mnemonic agents in the post-Yugoslav space – NGOs, survivor associations and, most powerfully, the Mothers of Srebrenica. Like Oswald, they operate at the margins of hegemonic memory, bearing the weight of suppressed truths while insisting on their articulation. Their activism, including transnational litigation and persistent commemoration, performs an Oswaldian struggle: to survive the inheritance of silence by transforming trauma into testimony. In this sense, Oswald’s fragile rebellion prefigures the resilience of memory activism that contests the official narratives of States.

If Mrs. Alving embodies the spectral burden of the State, Oswald represents the restless demand for counter-history, echoing the voice of non-State actors in the post-Yugoslav space. Just as Oswald seeks to escape the suffocating legacy of his family, NGOs, civil society groups, and grassroots movements strive to carve out an alternative memory, resisting the hegemonic silence imposed by political elites. This form of “memory activism” has been described as a knowledge-based effort aimed at producing counter-memory and widening public debate⁴⁷. In Serbia, for instance, the Women in Black’s annual vigils for Srebrenica victims construct an alternative calendar of remembrance, directly challenging official denial⁴⁸. In Bosnia, groups such as the Four Faces of Omarska have reclaimed contested sites of atrocity by organizing commemorative rituals despite institutional resistance.⁴⁹ These acts of civil resistance inscribe the agency of populations into the legal-cultural memoryscape, turning counter-memory into both a moral archive and a juridical claim. It is within this dynamic of resistance and inscription that the activism of groups like the Mothers of Srebrenica finds its place, pushing the boundaries of law itself through litigation and transnational advocacy.

⁴⁶ *Character Analysis: Oswald Alving*, in www.cliffsnotes.com, <https://www.cliffsnotes.com/literature/g/ghosts/character-analysis/oswald-aling>, last access on 6 October 2025.

⁴⁷ E. GÓRSKA, *Memory Activism: Methods of Creation of Alternative Collective Memory in Former Yugoslavia and Israel*, in *Maska*, 2016, XXXII, pp. 8–20.

⁴⁸ Remembering Srebrenica, *Not In Our Name: The Women in Black*, in www.Srebrenica.org.uk, <https://srebrenica.org.uk/what-happened/not-in-our-name-the-women-in-black>, last access on 12 February 2026.

⁴⁹ For more information on the Four Faces of Omarska I. GLIŠIĆ, B. PURIĆ, *Emergency Aesthetics: The Case of the Four Faces of Omarska*, in *ARTMargins*, 2023, XII, 3, pp. 54–75.

3.3. *Pastor Manders As the International Community.*

3.3.1. *Pastor Manders.* – Pastor Manders presents himself as the guardian of doctrinal order, a man devoted to social propriety and moral rectitude. Described as “simple-minded and self-involved ... existing in an imaginary world where people and events conform to his stereotypes”⁵⁰, he rigidly clings to formulas such as «We have no right to do anything that will scandalize the community» – principles he deploys even when confronted by contradictions he cannot reconcile. His ethicological posture allows him to insist on neutrality, but beneath that facade lies indifference and moral ambiguity. He sacrifices individual integrity to maintain the appearance of propriety and social order⁵¹.

If Mrs. Alving stands for the State’s haunted memory, and Oswald for non-State struggle, then Manders maps onto the international community: a figure of authority that professes neutrality, enforces rules, and masks complicity behind the cloak of ethical duty. The next section will examine how, like Manders, international actors claim neutrality while shaping memory law and discourse at the global stage.

3.3.2. *Pastor Manders As the Epitome of The International Community.* – Just as Pastor Manders cloaks indecision and complicity behind an ethicological *façade*, the international community often presents itself as the custodian of neutrality and order while struggling with its own ghosts of responsibility. The United Nations stands as the most striking example: Resolution 819 of 1993 declared Srebrenica a “safe area”, yet the failure of UNPROFOR and the conduct of Dutch peacekeepers in July 1995 directly contributed to the massacre that followed⁵². The subsequent litigation against the Netherlands before domestic courts confirmed responsibility for the conduct of Dutchbat troops, but in a way that carefully avoided attributing wrongful acts to the UN itself⁵³. This judicial maneuver reflects a broader pattern: international organizations often manage memory by insulating themselves from legal accountability, while simultaneously proclaiming commitment to human rights.

NATO’s intervention in 1999 over Kosovo similarly exemplified this paradox: justified as a humanitarian intervention, it generated an enduring contest over legality, memory and the boundary between State sovereignty and international moral authority⁵⁴. The ICJ and ICC, in turn, have played a crucial role in shaping the juridical memory of atrocity. In the *Bosnia and Herzegovina v. Serbia*

⁵⁰ *Character Analysis: Pastor Manders*, cliffsnotes.com, https://www.cliffsnotes.com/literature/g/ghosts/character-analysis/pastor-manders?utm_source=chatgpt.com, last access on 6 October 2025.

⁵¹ *Ibidem*

⁵² United Nations Security Council, *Resolution 819/1993*, UN Doc. S/RES/819 (16 April 1993).

⁵³ Supreme Court of the Netherlands, *Netherlands v. Mothers of Srebrenica*, Judgment of 19 July 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223.

⁵⁴ A. CASSESE, *Ex iniuria ius oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in *European Journal of International Law*, 1999, X, 1, pp. 23–30.

judgment, the ICJ affirmed that genocide had occurred in Srebrenica but refrained from attributing responsibility to Serbia as a State, despite acknowledging Serbia's failure to prevent and punish the crime⁵⁵. Likewise, the ICTY and later the ICC developed an interpretive framework that both recognized the juridical gravity of genocide while carefully delimiting State accountability. This selective recognition mirrors Manders' tendency to articulate universal principles while evading their most troubling consequences.

The European Union adds another dimension to this ethicological *façade*⁵⁶. As scholars have shown, the EU often engages in what has been called the "Europeanization of memory", promoting standardized forms of remembrance of genocide, human rights, and authoritarianism as conditions for accession⁵⁷. In the Western Balkans, this has meant the institutionalization of Srebrenica memorialization as part of the *acquis communautaire* of European values. Yet, this process has also produced what critics describe as a "memory-washing" effect: symbolic recognition of atrocities paired with political expediency and silence over ongoing violations⁵⁸. In this sense, the EU uses memory both as a moral currency and as a conditionality tool, reinforcing its authority as the arbiter of which pasts must be remembered for the future to be European.

4. *Curtain call: the stage emptied, the ghosts remain.* – At the end of Ibsen's "Ghosts", Oswald utters the anguished plea, "Give me the sun!" – a desperate demand for light in a world suffocated by secrecy and decay. It is a plea for clarity: to see, to remember, to exist unshackled by the ghosts of the past. In the post-Yugoslav landscape, this cry echoes as the voice of peoples and survivors who, against the weight of denial, ask for a horizon beyond silence.

The orphanage that burns in the final act becomes an unsettling allegory for Yugoslavia itself. Built upon ideals of unity and common good, it is consumed by flames not from external attack but from within—by the tinder of hypocrisy, manipulation and unspoken truth. Its fire does not erase its history but rather reveals it, forcing into view the ghosts that once sheltered in its walls. Like the orphanage, the Yugoslav project persists after its demise as a spectral structure: collapsed in form yet still haunting the memories of its inheritors.

Above all remains the absent father – the patriarch whose corruption dictated silence, whose vices shaped memory and whose authority endures in

⁵⁵ International Court of Justice, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, paras. 297, 430–434.

⁵⁶ For further reference, N. CORRITORE, *Srebrenica: una responsabilità e una storia europea*, www.balcanicaucaso.org, https://www.balcanicaucaso.org/cp_article/srebrenica-una-responsabilita-e-una-storia-europea, last access on 19 December 2025.

⁵⁷ A. SIERP, *Europeanising Memory: The European Union's Politics of Memory*, in *Handbook on the Politics of Memory*, edited by M. Mälksoo, Cheltenham – Northampton, 2023, pp. 81–94.

⁵⁸ L. DAVID, *The Past Can't Heal Us: The Dangers of Mandating Memory in the Name of Human Rights*, Cambridge, 2020, pp. 112–118.

absence more powerfully than it did in life. In Ibsen's drama he rules even as a ghost; in the Yugoslav context he symbolizes the spectral power of the State and its leaders, dictating what may be remembered and what must be forgotten. Against this invisible authority, States, NGOs and survivors continue their struggle, each performing their own fragment of memory, each contesting the silence.

And still the question lingers: can the sun be given? Or must it be taken—wrested from the grip of ghosts, seized against the shadows? Law itself here becomes part of the drama: it oscillates between exorcism and preservation, between the ambition to declare definitive truths and the impossibility of ever escaping contested memories. International judgments, commemorations and memory laws perform the role of closing arguments, yet the case remains perpetually open. The curtain may fall, but the trial of memory continues — and the ghosts remain.

MEMORIE DI LEGALITÀ. DISAMINA DELLE RIFLESSIONI MATURE DI PIERO CALAMANDREI SUL PRINCIPIO DI LEGALITÀ DECLINATO IN CHIAVE COSTITUZIONALE

EDOARDO GIULIANI*

Muovendo dal procedimento del 1956 a carico di Danilo Dolci, l'articolo intende rievocare la memoria della riflessione di Piero Calamandrei sul principio di legalità e individuare nella formulazione della legalità 'costituzionale' l'approdo maturo della sua speculazione, attraverso una ricognizione sistematica di fonti e materiali già consolidati.

Tramite l'analisi degli atti processuali e delle opere del giurista fiorentino, contestualizzati grazie ad alcuni documenti storici, emerge una notevole attenzione nei confronti della Costituzione come fonte e modello di legalità, sia in sede legislativa che giurisdizionale: i giudici rivestono il ruolo di primi promotori di un nuovo ordinamento, mediante l'applicazione diretta del testo costituzionale.

Dalla disamina si evince che la posizione teorica di Calamandrei, benché ondivaga nel suo evolversi, termina in una risemantizzazione in chiave costituzionale del principio di legalità, da lui tenacemente valorizzato come cardine dell'ordinamento.

Starting from the 1956 trial against Danilo Dolci, this article recalls Piero Calamandrei's reflections on the principle of legality and identifies the formulation of a constitutional legality as the mature outcome of his thought, through a systematic review of already known sources and materials. The analysis of trial documents and of Calamandrei's works, contextualized in the light of historical sources, reveals his strong attention to the Constitution as a source and a model of legality, both in legislative and judicial practice. From this perspective, judges emerge as the first promoters of a new legal order, through the direct application of the constitutional text. The study shows that, although Calamandrei's theoretical position was marked by some oscillations in its development, it ultimately resulted in a constitutional re-semanticization of the principle of legality, which he consistently valued as a cornerstone of the legal system.

SOMMARIO: 1. Danilo Dolci: dallo sciopero alla difesa di Piero Calamandrei. – 2. L'arringa: un'occasione non solo processuale. – 3. La legalità oltre l'arringa. – 4. Cenni conclusivi.

* Studente di Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974 - 5640 © 2025 E. Giuliani. This is an open access article, published by Firenze University press, ex art. 9, co. 5, reg. per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche n. 42 del 2019, under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

1. *Danilo Dolci: dallo sciopero alla difesa di Piero Calamandrei*. – Il 28 giugno 2024 si celebravano i 100 anni dalla nascita di Danilo Dolci, figura rilevante per la storia del Mezzogiorno, la cui memoria è stata conservata principalmente nei luoghi della sua azione: figlio della media borghesia triestina, a 26 anni si trasferisce in Sicilia, a Trappeto, frazione di Partinico, presso cui aveva trascorso un periodo della fanciullezza per il lavoro di ferroviere del padre, dando principio ad una scelta di vita che lo condurrà a rappresentare «nel dopoguerra la prima traduzione della questione siciliana dal piano letterario a quello sociale»³, grazie alla «consapevolezza che il degrado sociale costituisce la vera emergenza del dopoguerra»³.

Il periodo di maggior risonanza mediatica dell'impegno sociale di Dolci giunge quattro anni più tardi, a seguito del suo arresto del 2 febbraio 1956 durante uno «sciopero alla rovescia», da lui organizzato e promosso, consistente nel rifacimento di una trazzera. Allo sciopero prendono parte una manciata di braccianti e pescatori disoccupati e senza sostentamento, che lamentano la prevaricazione di alcuni «pescatori di frodo che, indisturbati, sottraggono i mezzi di sussistenza alla gente del luogo»⁴. L'obiettivo della protesta pacifica è dimostrare alle autorità la disponibilità di forza lavoro e la possibilità di impiegarla anche in urgenti opere di pubblica utilità.

Il giorno successivo l'edizione nazionale del Corriere della Sera riporta a pagina 4 il comunicato della Questura di Palermo, col quale si rendono noti i reati contestati al «noto agitatore»⁵ e ad altri sei organizzatori sindacali⁶: oltraggio e resistenza alla forza pubblica, abusiva conduzione di lavori su suolo pubblico e rifiuto all'ordine di scioglimento della manifestazione sediziosa.

Il clamore generato dall'avvenimento si percepisce dall'autorevolezza delle voci che si schierano in difesa del triestino: alla Camera dei Deputati vengono presentate alcune interrogazioni parlamentari, come quella dell'on. Ugo La Malfa; l'allora sindaco di Firenze, Giorgio La Pira, attraverso un telegramma diretto al Ministro dell'Interno Fernando Tambroni, esprime il proprio «dolore»⁷ e auspica un «intervento pronto, sapiente e fraterno»⁸ del ministro stesso.

La Pira non rimane l'unico fiorentino ad interessarsi alle sorti dell'arresto e

¹ G. BARONE, *La forza della nonviolenza. Bibliografia e profilo biografico di Danilo Dolci*, Napoli, 2000; M. GRIFO, *Le reti di Danilo Dolci. Sviluppo di comunità e nonviolenza in Sicilia occidentale*, Milano, 2021; G. FONTANELLI, *Danilo Dolci*, Firenze, 1984; G. CASARRUBEA, *Piantare uomini. Danilo Dolci sul filo della memoria*, Roma, 2014.

² P. VARVARO, *Ritratti critici di contemporanei: Danilo Dolci*, in *Belfagor*, 1995, L, 2, pp. 161-182.

³ *Ibidem*.

⁴ Corriere della Sera, 5 febbraio 1956.

⁵ Corriere della Sera, 3 febbraio 1956.

⁶ Francesco Abbate, Ignazio Speciale, Salvatore Ferrante, Carlo Zanini, Domenico Macaluso e Salvatore Termine.

⁷ Corriere della Sera, 5 febbraio 1956.

⁸ *Ibidem*.

del processo intentati nei confronti di Danilo Dolci: Piero Calamandrei, docente a sua volta presso l'Università di Firenze e membro come La Pira dell'Assemblea costituente, è l'avvocato, fra quelli che rappresentano in giudizio Dolci, che pronuncia, il 30 marzo 1956 a Palermo, l'arringa finale del procedimento.

2. *L'arringa: un'occasione non solo processuale.* – Il testo rientra nell'ultima fase della speculazione giuridica del Calamandrei afferente al tema della legalità, per molti anni aspetto cruciale della sua riflessione. In esso appare verosimile cogliere anche una sfumatura testamentaria⁹: rivolto per contingenza ai giudici, dialoga con il vasto pubblico metaforicamente assiepato alle porte dell'aula del tribunale di Palermo, composto dal complesso dei giuristi italiani e delle future generazioni¹⁰.

Non occorre un particolare sforzo argomentativo per dimostrare che, oltre al frequente impiego della retorica forense e al richiamo ai fatti di cui il processo si occupa, l'arringa sia costruita intorno alle riflessioni mature e alle esortazioni, rivolte tanto ai contemporanei quanto ai posteri, a portare a compimento l'itinerario indicato dalla Costituzione nel segno di una bonifica profonda di ogni ambito e livello dell'ordinamento, dalle disposizioni fondamentali dei codici¹¹ alla normativa di dettaglio¹².

Emblematiche, a dimostrazione di quanto asserito, si distinguono le frasi finali:

Vedete, in quest'aula, in questo momento, non ci sono più giudici e avvocati, imputati e agenti di polizia: ci sono soltanto italiani: uomini di questo Paese che finalmente è riuscito ad avere una Costituzione che promette libertà e giustizia. Aiutateci, signori Giudici, colla vostra sentenza, aiutate i morti che si sono sacrificati e aiutate i vivi a difendere questa Costituzione che vuol dare a tutti i cittadini del nostro Paese pari giustizia e pari dignità!¹³

Ripercorrendo gli snodi fondamentali intorno a cui si svolge l'orazione, appare chiara fin da principio l'insistenza sulla qualificazione del procedimento

⁹ Piero Calamandrei morirà infatti il 27 aprile 1956, appena 28 giorni dopo la declamazione dell'arringa, avvenuta il 30 marzo 1956 nelle aule del tribunale di Palermo. A dimostrazione del carattere testimoniale dell'occasione rimangono le parole di A.C. Jemolo: A.C. JEMOLO, *Piero Calamandrei*, in *Belfagor*, 1957, XII, 1, p. 52.

¹⁰ C. MORTATI, *Gli scritti di diritto costituzionale di Piero Calamandrei*, in *Il Foro Italiano*, 1968, XCI, 3, p. 28; N. BOBBIO, *Ricordo di Piero Calamandrei*, in *Belfagor*, 1958, XIII, 5, p. 601; N. TROCKER, *Processo e giustizia: attualità del pensiero di Piero Calamandrei*, in *Piero Calamandrei: rettore dell'Università di Firenze, la democrazia, la cultura, il diritto*, a cura di S. Merlini, Milano, 2005, pp. 62-63.

¹¹ Come l'articolo 1 comma 3 del codice civile, abrogato il 14 settembre 1944: «Le limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall'appartenenza a determinate razze sono stabilite da leggi speciali».

¹² Come l'articolo 415 del codice penale, la cui violazione viene contestata a Danilo Dolci: «Chiunque pubblicamente istiga alla disobbedienza delle leggi di ordine pubblico, ovvero all'odio fra le classi sociali, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni». Nel 1966 viene concessa amnistia se il reato è stato commesso fino al 31 gennaio 1966 «per motivi ed in occasione di manifestazioni sindacali» e «per motivi sindacali».

¹³ P. CALAMANDREI, *In difesa di Danilo Dolci*, in *Opere giuridiche di Piero Calamandrei*, a cura di M. Cappelletti, X, Roma, 2019, p. 571.

come straordinario e atipico¹⁴: oltre a rappresentare una precisa scelta di retorica forense, volta a ricordare ai giudici la peculiarità degli individui coinvolti, la gravità dell'evento e la risonanza politica e mediatica, essa permette al giurista toscano di inserire in un'arringa, solitamente studiata solo in base alle esigenze del caso concreto, alcuni passaggi di più ampio respiro.

Calamandrei decide infatti di modellare ciascuno dei due protagonisti come icona paradigmatica della propria posizione:

Al centro di questa vicenda giudiziaria c'è, come la scena madre di un dramma, un dialogo tra due personaggi, ognuno dei quali ha assunto senza accorgersene un valore simbolico.[...]. Nella traduzione di oggi, Danilo dice: 'per noi la vera legge è la Costituzione democratica'; il commissario Di Giorgi risponde: 'per noi l'unica legge è il testo unico di pubblica sicurezza del tempo fascista'. Anche qui il contrasto è come quello tra Antigone e Creonte: tra la umana giustizia e i regolamenti di polizia; con questo solo di diverso, che qui Danilo non invoca leggi 'non scritte'. (Perché, per chi non lo sapesse ancora, la nostra Costituzione è già stata scritta da dieci anni.)¹⁵

Attraverso questo espediente ottiene il duplice risultato di rimanere aderente alle irrinunciabili finalità retoriche e di delineare uno iato più astratto fra due tipi di legalità, contrapponendo quella sostenuta dal Dolci e dai suoi compagni, nuova, latrice del cambiamento, afferente alla Costituzione repubblicana e alle logiche di trasformazione in essa contenute, a quella del commissario Di Giorgi, conservatrice, ancorata al passato e alla memoria di un modello ormai al tramonto, diffuso nel ventennio fascista e negli anni immediatamente successivi.

L'"invocazione" attribuita a Dolci si può tradurre in una richiesta di applicazione diretta delle norme del testo costituzionale grazie alla loro portata precettiva¹⁶, e non meramente programmatica come invece sostenuto da certe autorevoli impostazioni giurisprudenziali e dottrinarie¹⁷.

¹⁴ Ivi, pp. 555-556.

¹⁵ Ivi, p. 563.

¹⁶ P.B. DI RUFFIA, *La Costituzione italiana nel primo decennio della sua entrata in vigore*, in *Il Politico*, XXIII, 1, 1958, p. 54.

¹⁷ Cass., Sez. Un. pen., 7 febbraio 1948: «Le norme consacrate nella Costituzione della Repubblica hanno, prevalentemente, carattere precettivo, ma alcune sono di immediata applicazione, altre non. (1) Le norme che riconoscono e garantiscono diritti di libertà civile sono di immediata applicazione qualora però non abbiano bisogno di essere integrate per la loro applicazione, nel quale caso assumano il carattere di norme direttive o programmatiche, nel senso che pongono principi di cui il legislatore deve curare l'attuazione. (2) La norma scritta nel secondo comma dell'art. 25, la quale stabilisce che nessuno può essere punito se non in forza di una legge, che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, deve ritenersi programmatica o direttiva, data la sua incompiutezza, per non avere nulla stabilito in tema di successione di leggi più favorevoli. (3) Essa impegna soltanto il futuro legislatore ordinario, e non abroga leggi penali preesistenti, che contengano sanzioni penali per fatti commessi anteriormente alla loro entrata in vigore.»; G. AZZARITI, *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, in *Il Foro Italiano*, 1956, LXXIX, 4, pp. 12-13.

Calamandrei decide dunque di schierarsi¹⁸ all'interno di un'accesa diatriba, popolare durante la decade successiva alla promulgazione della Costituzione, di cui è testimonianza fondamentale la prima pronuncia della Corte Costituzionale: essa asserisce che la distinzione fra le cosiddette "norme programmatiche" e "norme precettive" non rilevi nei giudizi di legittimità costituzionale, poiché la Consulta medesima può definire costituzionalmente illegittima una disposizione in contrasto con una "norma programmatica"¹⁹, rendendo così superflua la ragione alla base della divaricazione e, di conseguenza, la sua stessa esistenza.

Tale interpretazione riguardo la natura delle norme costituzionali diviene strumentale all'affermazione processuale del modello di legalità sostenuto dalla difesa: la scelta dei giudici di applicarle direttamente, disapplicando le disposizioni del Testo Unico di Pubblica Sicurezza, significherebbe comprendere la portata della scelta, non limitata alla verifica dell'aderenza del fatto storico alla fattispecie astratta della norma incriminatrice, ma ampliata, quantomeno *lato sensu*, a quale legalità, e dunque a quale "giustizia", applicare²⁰.

3. *La legalità oltre l'arringa.* – A dimostrazione della continuità che lega le tematiche del processo Dolci con quelle che hanno solcato il *mare magnum* della produzione di Calamandrei, si può ricordare un passaggio contenuto in *Appunti sul concetto di legalità*²¹, in cui emerge che:

Di giustizia si può parlare anche in un altro senso, come di nozione non solo distinta, ma anche talvolta contrapposta a quella di legalità: per cui la soluzione legale, che nel sistema della legalità è giusta per definizione, può talvolta apparire, pur rimanendo legale, come ingiusta. In questo secondo significato il criterio per qualificare giusta o ingiusta una certa soluzione non è più tratto dalla legge positiva ma da una premessa di diverso ordine, che vale all'infuori e al di sopra di essa. La legge anzi, da misura di valore, diventa essa stessa oggetto di valutazione. [...] E il diritto stabilito dalle leggi non si considera più tutto quanto coincidente allo stesso modo con la giustizia, ma si ammette la possibilità logica di distinguere un diritto "giusto" [...] da un diritto "ingiusto", senza veder nella prima qualificazione una tautologia e

¹⁸ S. MERLINI, *Piero Calamandrei e la ricostruzione della democrazia in Italia*, in *Piero Calamandrei: rettore dell'Università di Firenze, la democrazia, la cultura, il diritto*, a cura di S. Merlini, Milano, 2005, p. 47.

¹⁹ Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1: «la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche [...] non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche».

²⁰ P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche di Piero Calamandrei*, a cura di M. Cappelletti, III, Roma, 2019, pp. 122-126.

²¹ Manoscritto trovato fra le carte personali dell'Autore, doveva costituire parte di un ampio studio, non ultimato, sul concetto di legalità. La parte pubblicata dall'Università di Roma Tre ha costituito la base di un corso di lezioni, raccolte in dispense universitarie, tenute da P. Calamandrei nell'Università di Firenze nei mesi di ottobre, novembre e dicembre 1944. Interessante è il commento che di tali *Appunti* fornisce P. Grossi, attraverso un'analisi volta a sviscerarne il significato nascosto e contestualizzato nel periodo storico di appartenenza: P. GROSSI, *Presenze significative*, in *Stile fiorentino: gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, 1986, pp. 161-162.

nella seconda una *contradictio in adiecto*.²³

Negli ultimi mesi del 1944, periodo in cui si colloca questo contributo, la guerra non è ancora terminata, ma l'Armistizio di Cassibile è stato siglato da più di un anno e Firenze è appena stata liberata: come le sorti del Paese, anche la produzione di Calamandrei intraprende un nuovo corso. La consapevolezza delle devastazioni sofferte dall'ordinamento, e con esso dal principio di legalità²³, erompe, evidenziandosi nei suoi scritti: sembra lontano il 1942, anno della controversa professione del «culto della legalità a tutti i costi»²⁴, emblematica della rassegnazione e dello scoramento da cui il giurista fiorentino sembra non riuscire più a sottrarsi.

Il 25 agosto 1943 infatti, due settimane prima dell'8 settembre, lo Stesso manifesta pubblicamente un cambio di prospettiva, esprimendosi sulle pagine del Corriere della Sera con parole inconciliabili rispetto a quelle, pur cronologicamente prossime, del 1942, destinate a essere ricordate per la loro sintetica gravità:

Noi soli, insieme con la magistratura, abbiamo vissuto questo tormento delle leggi che si sbriciolavano, come cartapesta parlata, tra le mani di chi voleva servirsene: e se qualcuno ha potuto sorridere della scherzosa formula con cui il fascismo fu definito come un 'regime rigidamente autoritario temperato da un'autoritaria indisciplina', questa frase sapeva d'amaro per noi avvocati, ai quali la giornaliera esperienza insegnava che, se il rigido autoritarismo aveva abolito la libertà, la totalitaria indisciplina aveva posto al luogo di essa l'arbitrio individuale e la corruzione ufficialmente tollerata, e la trista beffa delle leggi illusorie, alle quali non credeva neanche il legislatore²⁵.

L'ormai lucido disincanto non permette né all'uomo né al giurista, «un illuminista che nelle emergenti venature storicistiche rivela più di una delusione»²⁶, di celare la sofferenza che pare riaffiorare sul limitare dell'esperienza fascista; e tuttavia da alcuni dettagli, come dall'uso del tempo passato per menzionare il «tormento» e i nefasti avvenimenti, può scorgersi un nuovo *animus* che pervaderà gli anni successivi all'evento bellico²⁷.

Occorre però in questa sede quantomeno menzionare la complessità che ha

²² P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità*, cit., p. 122.

²³ A tal riguardo così si esprime: P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità*, in *Opere giuridiche di Piero Calamandrei*, a cura di M. Cappelletti, III, Roma, 2019, p. 133.

²⁴ P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Rivista del diritto commerciale*, XI-XII, 1, Milano, 1942, p. 348. Per una comprensione più approfondita del rapporto fra Calamandrei e il contributo di Lopez Onate si rinvia a P. COSTA, *Lo "Stato totalitario": un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVIII, Milano, 1999, pp. 155 e ss.

²⁵ Corriere della Sera, 25 agosto 1943.

²⁶ P. GROSSI, *Presenze significanti*, in *Stile fiorentino: gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, XXIII, Milano, 1986, p. 160.

²⁷ B. SORDI, *Piero Calamandrei rettore*, in *Piero Calamandrei: rettore dell'Università di Firenze, la democrazia, la cultura, il diritto*, a cura di S. Merlini, Milano, 2005, p. 9.

accompagnato il rapporto fra Calamandrei e il regime fascista: un'autorevole penna ricorda che nel periodo a cavallo fra la fine della Prima Guerra Mondiale e la marcia su Roma il giurista fiorentino è «più afascist[a] che antifascist[a]»²⁸, mentre negli anni successivi, fino al 1924 dell'omicidio Matteotti, alterna alcune dichiarazioni dalle tinte antiparlamentariste al sostegno al Circolo di Cultura di Firenze, oggetto delle prime intimidazioni dello squadristico fascista e frequentato da intellettuali come Gaetano Salvemini, i fratelli Carlo e Nello Rosselli e Alessandro Levi.

Continuando a non abbandonare la sfiducia per i «pettegolezzi parlamentari»²⁹, nel 1925 collabora attivamente a *Non mollare*, rivista fiorentina apertamente antifascista, gestita, tra gli altri, dagli stessi Salvemini e Rosselli.

Negli anni '30 Calamandrei si concentra prevalentemente sull'insegnamento universitario e sulla professione forense, attraversando una «rinuncia alla libertà, rinuncia alla moralità»³⁰ e mantenendo un «dissenso chiuso in se stesso»³¹: pur non aderendo mai al Partito fascista, nel 1931 presta giuramento al regime per poter mantenere la cattedra.

L'aspetto più controverso rimane la partecipazione, che Calamandrei descrive fin da subito come semplice «consulenza tecnica»³², alla stesura del Codice di procedura civile, promulgato il 28 ottobre 1940; dello stesso avviso non è Leone Ginzburg³³, il quale rimarca che: «la pura tecnica giuridica, di là dei valori etico-politici, esista solo nei gradini più bassi [...]. Più si sale e meno è possibile che l'atto tecnico rimanga puramente tecnico, non si colori cioè di qualche cos'altro»³⁴.

Due anni dopo, negli *Appunti sul concetto di legalità*, Calamandrei afferma che la «legalità» in «senso sostanziale», «dal momento della applicazione delle leggi risale fino ad investire il momento della loro creazione»³⁵: per Simon Lewis Sullam «di nuovo in nome della 'legalità' [...] Calamandrei si era ritrovato a partecipare al momento – a ben vedere politico – della 'formazione delle leggi', cioè alla revisione del Codice Grandi»^{36,37}.

²⁸ A. CASELLATO, *Introduzione* a P. CALAMANDREI, *Zona di guerra. Lettere, scritti, discorsi*, 2006, pp. XLII-XLVIII.

²⁹ P. CALAMANDREI, *Conferenza all'università popolare di Siena*, in *Rivista del diritto commerciale I linguaggi della memoria civile. Piero Calamandrei e la memoria della Grande Guerra e della Resistenza*, a cura di S. Calamandrei, Montepulciano, 2007, pp. 177-181.

³⁰ P. CALAMANDREI, *Il tradimento dei giovani*, in P. CALAMANDREI, F. CALAMANDREI, *Una famiglia in guerra. Lettere e scritti (1936-1956)*, a cura di A. Casellato, Roma-Bari, 2008, p. 175.

³¹ P. CALAMANDREI, *Passaggiate con Pancrazi*, in *Il Ponte*, 1953, IV, Firenze, pp. 468-474.

³² *Lettere 1915-1956*, a cura di G. Agosti, A. Galante Garrone, II, Firenze, 1968, pp. 214-221 e 450.

³³ Simili opinioni si rinvengono anche in P. CALAMANDREI, *Diario*, I, Roma, 2015, p. 161.

³⁴ L. GINZBURG, *Lettere dal confino, 1940-1943*, a cura di L. Mangoni, Torino, 2004, pp. 110-111.

³⁵ P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità*, cit., p. 56.

³⁶ S.L. SULLAM, *Piero Calamandrei e i fantasmi del fascismo e dell'antifascismo. Note su un percorso politico*, in *Contemporanea*, Bologna, 2020, XXIII, 2, pp. 225-246.

³⁷ Per la ricostruzione del rapporto fra Calamandrei e il regime si è seguito, citazioni comprese, S.L. SULLAM, *Piero Calamandrei e i fantasmi del fascismo e dell'antifascismo*, cit., pp. 225-246. Per un approfondimento più completo, che comprenda un'analisi generale sui giuristi italiani durante il ventennio e sul loro rapporto chiaroscurale col regime, si rimanda a P. CAPPELLINI, *Il fascismo*

È in tale contesto che devono essere inserite le lezioni del 1944: la «giustizia» contrastante con la legalità, evocazione che solo pochi anni prima il «giurista educato al culto delle dommatiche post-risorgimentali, con un'educazione tanto plagiante da fare di queste una ideologia giuridica intensissima da cui egli né vuole né è in grado di separarsi»³⁸ avrebbe potuto etichettare come inaccettabile od ossimorica³⁹, diviene la via entro cui condurre i destini di un ordinamento di nuovo fanciullo, e come tale da educare alla luce di un puntuale rinnovamento di certi principi.

La legalità, cessando di essere parametro di validità di una norma, esaurisce anche la propria capacità di conferire alle disposizioni un'aura di giustizia: il principio, reso sovrano taumaturgo dall'Ottocento giuridico, si scopre «Scaduto dalla sua altezza, [...] abbandonato alle disputazioni degli uomini. [...] povero gigante scoronato»⁴⁰, come lo Stato liberale che così Capograssi dipingeva nel 1918, incapace di resistere all'allentamento del sistema giuridico senza una profonda risemantizzazione⁴¹.

Calamandrei indica a tal proposito una soluzione in grado di garantire alla legalità la linfa necessaria alla sopravvivenza: nel 1944 la definisce genericamente «premessa di diverso ordine»⁴²; negli anni successivi, con maggior precisione, Costituzione.

Il 14 ottobre 1945, dopo aver denunciato tre ordini di minacce⁴³ per la nascita dell'Assemblea Costituente, conclude il comizio in Piazza Santa Croce a Firenze affermando che: «L'unica strada che porta alla legalità, alla vera legalità che non è quella imposta dall'alto ma quella voluta dal popolo, è quella che passa per la Costituente»⁴⁴. La presa di posizione è netta, i termini utilizzati eloquenti: non ci sono altri percorsi che permettano alla legalità di rimanere coerente con il proprio significato e capace di dispiegare i propri effetti sull'ordinamento, se non quelli che passano dalla volontà del corpo elettorale espressa nella scelta dei suoi rappresentanti in Costituente⁴⁵.

Le minacce paventate nel discorso dell'ottobre del 1945 in breve tempo si dissolvono, la Costituente viene eletta e intraprende un delicato itinerario: redigere un testo costituzionale che eviti il ripresentarsi di esperienze autocratiche e svolga un ruolo di guida per l'ordinamento e i consociati.

invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime, in Quaderni fiorentini, XXVIII, Milano, 1999, p. 239.

³⁸ P. GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., p. 150.

³⁹ Calamandrei stesso rientra in questo novero: a tal proposito: N. TROCKER, *Processo e giustizia*, cit., pp. 60-61.

⁴⁰ G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo stato* in *Opere*, I, Milano, 1959, p. 5.

⁴¹ P. COSTA, *Lo "Stato totalitario"*, cit., pp. 163-165.

⁴² P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità*, cit., p. 122.

⁴³ Essi sono, in ordine di citazione all'interno del discorso, «coloro che temono la Costituente»; «l'armistizio e gli alleati»; «terzo pericolo [...]»: e questo è dentro di noi»: P. CALAMANDREI, *Discorso per la Costituente*, in *Il Ponte*, 1962, XVIII, 4, pp. 622, 623-625.

⁴⁴ P. CALAMANDREI, *Discorso per la Costituente*, cit., p. 626.

⁴⁵ C. MORTATI, *Gli scritti di diritto costituzionale di Piero Calamandrei*, in *Il Foro Italiano*, 1968, XCI, 3, p. 28.

Eppure, già nei primi anni successivi all’emanazione della Costituzione, Calamandrei sembra prevedere il possibile punto di caduta della nuova concezione di legalità nata all’ombra della Repubblica: la convivenza nell’ordinamento di numerose leggi promulgate nel periodo fascista con quelle prodotte dopo il primo gennaio del 1948, insieme alla mancata attuazione del testo fondamentale in punto di istituzione della Corte Costituzionale, gravano sulle spalle del giudice della scelta, in caso di contrasto fra di esse, su quale applicare, e dunque su quale legalità far prevalere⁴⁶.

L’apparato normativo emanato durante il ventennio è proceduralmente valido, non risentendo di vizi incidenti sull’*iter* legislativo capaci di violare il principio di legalità; l’aspetto problematico impinge sul contenuto delle norme, contrastanti con le disposizioni poste a presidio dei diritti fondamentali dal successivo dettato costituzionale: l’interpretazione formale del principio sopra citato non si estende infatti oltre alla garanzia del rispetto delle modalità di formazione di una norma. È alle conseguenze di tale impostazione che si riferisce lo stesso Calamandrei con la celebre frase: «nello stampo della legalità [...] si può colare oro o piombo»⁴⁷.

In occasione della conferenza tenuta a Padova il 20 aprile 1951 e intitolata significativamente “La crisi della giustizia”, il giurista descrive la situazione che si produce nella prassi dei tribunali, luoghi in cui la funzione giurisdizionale, incarnata dai giudici, deve scendere a compromessi con la nuova dicotomia creatasi:

Le vecchie leggi restano in piedi, ma le correnti politiche da cui queste leggi scaturirono sono ormai superate; [...]. Questi sono i periodi di crisi della legalità: quando il giudice è costretto ad applicare leggi che non corrispondono più alla coscienza sociale. [...] esitando tra il rimaner fedele alla sopravvivenza formale delle vecchie leggi e il lasciarsi attirare dalle seduzioni della nuova giustizia che spunta. [...] Voi intendete allora com’è difficile la situazione del giudice e del giurista [...]; essi devono applicare leggi screditate dalla Costituzione. [...] e allora rinasce ad ogni passo dinanzi ai tribunali la polemica per stabilire se certi articoli della Costituzione si debbano considerare come entrati in vigore immediatamente, ovvero se per entrare in vigore occorre che siano trasfusi in leggi ordinarie che prendano il posto di quelle contrarie alla Costituzione, rimaste formalmente in vigore. Ecco uno dei casi in cui il giudice è arbitro della scelta tra la legalità e la politica: se vuol essere un puro logico deve applicare la legge così com’è, anche se contraria alla Costituzione; ma se preferisce ispirarsi alla realtà

⁴⁶ Così Calamandrei si esprime anche nella conferenza barese *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, tenuta il 20 marzo 1955 per la solenne inaugurazione del Circolo giuridico, alla presenza delle autorità civiche e giudiziarie, tra le quali il primo presidente della Corte di cassazione, il presidente del Consiglio di Stato, il presidente della Corte dei Conti: P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 1955, pp. 108-109.

⁴⁷ P. CALAMANDREI, *Prefazione a “Dei delitti e delle pene” di Cesare Beccaria*, in *Opere giuridiche di Piero Calamandrei*, a cura di M. Cappelletti, X, Roma, 2019, p. 246.

storica, deve attenersi ai principi della Costituzione, rifiutandosi di applicare la legge in contrasto con essa.⁴⁸

Il giudice diviene arbitro investito non solo della decisione sul caso concreto, ma anche della scelta fra legalità e politica, la quale potrebbe essere sciolta e tradotta come divaricazione fra legalità intesa in senso formale o in senso sostanziale: nonostante Calamandrei non indichi esplicitamente quale comportamento il magistrato giusdicente debba mantenere, un'interpretazione sistematica della sua produzione rende evidente che solo privilegiando la seconda valutazione la legalità potrà evolversi⁴⁹, passando da rappresentare un principio unicamente latore di validità, ad essere il principale vettore di una "giustizia" interna alla disposizione, caratterizzata dai nuovi valori e principi della Costituzione⁵⁰.

Avanzando cronologicamente fino al 1956 e all'arringa con cui si è aperta la sintetica ricognizione, non deve apparire sorprendente ritrovare i medesimi concetti enucleati nel corso degli anni dal giurista, pur rielaborati alla luce di un pensiero ormai maturo:

Questo è uno di quei periodi, che ogni tanto si presentano nella vita dei popoli, in cui la gloria di poter costruire pacificamente l'avvenire, il vanto di poter guidare entro la legalità questa trasformazione sociale che è in atto e che non si ferma più, spetta soprattutto ai giudici. Nella storia millenaria del nostro paese più volte si sono presentati questi periodi di trapasso da un ordinamento sociale ad un altro, durante i quali l'altissimo compito di adeguare il diritto alle esigenze della nuova società in formazione è stato assunto dalla giurisprudenza [...]. Anche oggi l'Italia vive uno di questi periodi di trapasso, nei quali la funzione dei giudici, meglio che quella di difendere una legalità decrepita, è quella di creare gradualmente la nuova legalità promessa dalla Costituzione.⁵¹

4. *Cenni conclusivi.* – Il discorso conclusivo del "processo Dolci" consente di affrontare da una posizione meno consueta l'analisi del tema della legalità: esso fa parte dell'ultimo segmento della speculazione di Piero Calamandrei e, come tale, rappresenta un punto di vista privilegiato per scorgerne gli snodi cruciali.

La vita del giurista fiorentino si è dipanata attraverso il periodo a cavallo fra il liberalismo giuridico e il secondo dopoguerra costituzionale⁵², ossia quello in cui si sono determinati i fattori responsabili dell'attuale assetto istituzionale: è possibile pertanto tracciare dei paralleli fra l'evoluzione dell'ordinamento e i

⁴⁸ P. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia: conferenza tenuta all'Università di Padova il 20 aprile 1951*, Padova, 1953.

⁴⁹ B. SORDI, *Piero Calamandrei rettore*, cit., p. 10.

⁵⁰ N. BOBBIO, *Ricordo di Piero Calamandrei*, cit., p. 598, A.C. JEMOLO, *Piero Calamandrei*, cit., p. 51.

⁵¹ P. CALAMANDREI, *In difesa di Danilo Dolci*, cit., p. 564.

⁵² P. GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., p. 158.

contributi, che talvolta hanno assunto i contorni di previsioni⁵³, dell'Autore, appuntandone continuità e discontinuità.

Si rivela utile tentare di intercettare e valorizzare la direzione indicata dal tramonto di tale riflessione: Calamandrei denuncia la forte urgenza che la legalità sia rivalutata alla luce del giovane dettato costituzionale, unico mezzo in grado di accostare ad essa la giustizia sostanziale ed evitare che quest'ultima rimanga vittima del formalismo; il quadro si completa indicando nei giudici i soli capaci di scorgere da lontano i segnali di una società in trasformazione e, per questo, i principali attori della rinascita.

Tali aspetti non vengono in rilievo separatamente, ma sono reciprocamente il fine e il mezzo con cui l'ordinamento deve evolversi: la staticità del legislatore di fronte al recepimento della logica alla base della Costituzione, evidenziata dalla mancata attuazione di alcuni importanti istituti in essa previsti⁵⁴, impone ai giudici di attivarsi.

Ciò che Calamandrei auspica sul limitare del 1944, in *Appunti sul concetto di legalità*, è il riassunto di una delle declinazioni che la legalità può assumere se considerata in senso costituzionale: «solo quando attraverso i congegni della rappresentanza politica si possa arrivare a far sì che gli interessi del popolo possano far sentire la loro voce, [...] si potrà dire che il principio della legalità sia attuato in pieno.»⁵⁵.

La qualifica di “costituzionale” non è quindi da intendersi come riferimento ad un mero insieme di norme: il testo entrato in vigore nel 1948, autorevolmente definito «casa comune»⁵⁶, pone al proprio centro la memoria delle esperienze giuridiche e istituzionali precedenti, alla luce e in contrasto della quale sono modellati gli ideali che da esso promanano.

Il prosieguo dell'*iter* della Repubblica, percorso secondo una parabola tutt'altro che lineare e solcato da profonde crisi, si è rivelato memore del pensiero del giurista fiorentino: il principio di legalità non si è frammentato al deflagrare del sistema delle fonti, ma ha mantenuto unità ed effettività aderendo alla

⁵³ Si citano a titolo esemplificativo due interventi del Calamandrei: «In verità, sulle mura di questo grande edificio non ancora compiuto [...] tante finestre si aprono verso l'avvenire. Chi abbia buona vista riesce a scorgere in lontananza, da qualche strappo delle vicini caligini, orizzonti di redenzione e di solidarietà umana, di libero e sereno lavoro, di pace internazionale e sociale. Dalla più alta di queste finestre (l'art. 11 cost.) si riesce a intravedere laggiù, quando il cielo non è nuvoloso, qualcosa che potrebb'essere gli Stati Uniti d'Europa e del Mondo» (P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, studio introduttivo a P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, oggi in *Opere giuridiche di Piero Calamandrei*, a cura di M. Cappelletti, III, Roma, 2019, p. 335); P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità*, cit., p. 134.

⁵⁴ A titolo esemplificativo: la Corte Costituzionale pubblicherà in *Gazzetta Ufficiale* la sua prima sentenza il 14 giugno 1956, le prime elezioni dei consigli regionali nelle quindici regioni a “statuto ordinario” si tenevano il 7 giugno 1970.

⁵⁵ P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità*, cit., p. 93.

⁵⁶ La definizione di Costituzione come “casa comune” appartiene a Giorgio La Pira, G. LA PIRA, *La casa comune: una costituzione per l'uomo*, a cura di U. De Siervo, Firenze, 1979. L'accostamento del testo costituzionale al concetto di “edificio” è presente anche nella produzione di Calamandrei, sebbene assuma una sfumatura diversa: a titolo esemplificativo P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, cit., pp. 334-335.

Costituzione del 1948.

DEMOCRAZIA MILITANTE E DEMOCRAZIA APERTA: DUE MEMORIE STORICHE, DUE MODELLI COSTITUZIONALI*

MATTEO FRAU**

Il contributo ricostruisce il concetto di democrazia militante elaborato da Karl Loewenstein in risposta al fascismo come tecnica di sovversione delle democrazie. La memoria del fallimento della Repubblica di Weimar ha suggerito l'adozione del modello della democrazia protetta delineato dalla Legge fondamentale tedesca. In prospettiva comparata, l'alterità delle premesse storiche della Costituzione italiana ha condotto, nonostante la memoria "parallela" del regime mussoliniano, alla costruzione di una democrazia aperta. Il saggio si conclude esaminando la metamorfosi e l'espansione multilivello della nozione di democrazia protetta a fronte di nuove minacce e nuove forme di militanza democratica.

The article reconstructs the concept of militant democracy developed by Karl Loewenstein as a response to fascism as a technique for subverting democracies. The memory of the failure of the Weimar Republic prompted the adoption of the protected democracy model as established by the German Basic Law. From a comparative perspective, the distinctiveness of the historical premises of the Italian Constitution led, despite the "parallel" memory of the Mussolini regime, to the creation of an open democracy. The essay concludes by examining the metamorphosis and multi-level expansion of the notion of protected democracy in the face of new threats and new forms of democratic militancy.

SOMMARIO: 1. La democrazia militante secondo Loewenstein: un antidoto al fascismo come «tecnica politica». – 2. Dai difetti della Costituzione di Weimar ai correttivi della Legge fondamentale: il modello costituzionale della democrazia protetta. – 3. Brevi cenni alla storia parallela di un modello alternativo. La Costituzione italiana come “democrazia aperta”. – 4. Alcune note conclusive sull’espansione multilivello dell’odierna militanza democratica. Nuovi nemici della democrazia e nuove forme di protezione.

* Il contributo riprende, con lievi aggiustamenti, le riflessioni svolte dall'Autore in occasione dell'evento di presentazione di questo Fascicolo, tenutosi il 7 maggio 2025 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

** Professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Brescia.

1. *La democrazia militante secondo Loewenstein: un antidoto al fascismo come «tecnica politica»*. – Nel saggio del 1937 *Militant Democracy and Fundamental Rights*, Karl Loewenstein invoca la «democrazia militante» al fine di contrastare il fascismo inteso come «tecnica» di rovesciamento delle democrazie¹. Naturalmente il fascismo è anche un movimento politico. Anzi, per il costituzionalista tedesco di origine ebraica rifugiato negli Stati Uniti d'America, esso aveva ormai cessato di essere un «episodio isolato» nella storia di alcuni Stati europei ed era diventato, nella seconda metà degli anni Trenta del Secolo Breve, un «movimento universale» paragonabile, per capacità di diffusione, all'irresistibile ascesa del liberalismo dopo la Rivoluzione francese². Del resto, il fascismo era «l'autentico figlio dell'età delle meraviglie tecniche e delle masse emotive», facilmente persuadibili dalla ripetizione martellante di affermazioni grossolane e dalle ricostruzioni semplicistiche di problemi complessi³. Significativa era anche l'emersione di quella sorta di *Internazionale fascista* testimoniata non solo da alcune espressioni di fattuale amicizia politica tra i regimi autoritari, ma anche da un allineamento transnazionale delle «camicie multicolore», il quale poteva talora tradursi in forma di vera e propria cooperazione internazionale (si pensi al Patto Anticomintern 1936-1937)⁴.

Eppure, come si accennava, per Loewenstein «il fascismo non è un'ideologia, ma una tecnica politica»⁵. Il fascismo, altrimenti detto, «vuole solo comandare» («fascism simply wants to rule») e utilizza abilmente «la democrazia e la tolleranza democratica per farne strame», edificando una dittatura antidemocratica basata sulla violenza e sulla negazione dello stato di diritto⁶.

Il tallone d'Achille della democrazia, che viene sfruttato dalla tecnica fascista per sovvertirla, risiede in definitiva nel fatto che «le democrazie sono giuridicamente tenute a consentire la formazione e l'ascesa di partiti antiparlamentari e antidemocratici a condizione che questi conformino il loro profilo esteriore ai principi della legalità e del libero gioco dell'opinione pubblica»⁷. L'assunto del «fondamentalismo democratico» per cui la democrazia non potrebbe, senza rinnegare sé stessa, violare i diritti fondamentali dei nemici

¹ K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, I-II, in *The American Political Science Review*, 1937, XXXI, 3, pp. 417-432, e 4, pp. 638-658; trad. it. *Democrazia militante e diritti fondamentali*, a cura di M. Croce, Macerata, 2024.

² Ivi, p. 15. Loewenstein, nel denunciare l'allarmante proliferazione degli autoritarismi, distingueva gli Stati propriamente «fascisti», contraddistinti dalla «dittatura monopartitica» (l'Italia, la Germania e la Turchia, cui si sarebbe aggiunta di lì a poco anche la Spagna dopo la vittoria di Franco nella Guerra civile), dagli «Stati autoritari monopartitici» (Austria, Bulgaria, Grecia e Portogallo) e «pluripartitici» (Ungheria, Romania, Jugoslavia, Lettonia e Lituania).

³ Ivi, p. 28.

⁴ La comune missione di «salvare la civiltà occidentale dal “caos” bolscevico» riusciva così a prevalere persino sullo sciovinismo tipico dei regimi fascisti. Ivi, p. 17.

⁵ Ivi, p. 27.

⁶ Ivi, p. 28.

⁷ Ivi, p. 29, ove l'A. osserva altresì: «Fino a poco tempo fa, il fondamentalismo democratico e la cecità legalista hanno voluto ignorare che il meccanismo della democrazia è il cavallo di Troia con cui il nemico fa ingresso in città».

della democrazia, fa sì che qualsivoglia opinione politica possa trovare libera espressione e qualsiasi partito politico possa accedere alle istituzioni della rappresentanza democratica, anche al fine di utilizzarle per screditare l'ordine democratico e minarlo alle fondamenta paralizzando la funzione di governo. Questo rischio viene accettato in virtù della «tollerante convinzione dell'ideologia democratica secondo cui alla lunga la verità è più forte della menzogna»⁸. Ma questa tollerante convinzione è solo un'illusione. Lo spiegherà magistralmente anche Hannah Arendt, ricordando come la dittatura totalitaria non si limita a pretendere l'obbedienza assoluta di (ex) cittadini privati di ogni libertà, ma, più ancora, distrugge il legame dell'individuo con la realtà impedendo il discernimento tra vero e falso⁹.

Dunque, la fiducia dell'ideologia democratica di poter prevalere sui totalitarismi grazie all'autoevidenza della verità che le sarebbe intrinseca – sia sul versante assiologico (come messaggio di libertà e giustizia) sia su quello metodologico (come tecnica della tolleranza) – è malriposta. Nella prospettiva di Karl Loewenstein la democrazia non deve essere affatto *tollerante*, bensì *militante*. Dato che il fascismo, secondo l'autore tedesco, è anzitutto una tecnica (più precisamente «una tecnica sostenuta dalle idee solo *ex post facto*»), esso può essere contrastato «solo con una tecnica simile»¹⁰. Donde un accorato appello alla democrazia militante.

Se è vero infatti che la democrazia *si fonda* sui diritti fondamentali, e anzi *si fonde* con essi, è altresì vero che il «fascismo ha dichiarato guerra alla democrazia»¹¹ gettandola in una sorta di *état de siège* permanente, cioè in una situazione che legittima la sospensione selettiva delle garanzie costituzionali a scopo «conservativo» dell'ordine democratico:

«Le democrazie europee si trovano in un virtuale stato d'assedio, il quale, anche nelle Costituzioni democratiche, implica la concentrazione dei poteri nelle mani del governo e la sospensione dei diritti fondamentali. Se la democrazia crede nella superiorità dei suoi valori assoluti rispetto all'opportunismo dei luoghi comuni fascisti, essa deve dimostrarsi all'altezza delle esigenze del momento e compiere ogni sforzo possibile per salvarli, anche a rischio e a costo di violare i suoi stessi principi fondamentali»¹².

⁸ Ivi, p. 28.

⁹ «Come il terrore, anche nella sua forma pretotale, semplicemente tirannica, distrugge tutti i legami fra gli uomini, così l'autocostrizione del pensiero ideologico distrugge tutti i legami con la realtà. La preparazione è giunta a buon punto quando gli individui hanno perso il contatto coi loro simili e con la realtà che li circonda; perché, insieme con questo contatto, gli individui perdono la capacità di esperienza e di pensiero. Il suddito ideale del regime totalitario non è il nazista convinto o il comunista convinto, ma l'individuo per il quale la distinzione fra realtà e finzione, fra vero e falso non esiste più». H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1951; trad. it. *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2009, p. 649.

¹⁰ LOEWENSTEIN, *Democrazia militante*, cit., p. 39.

¹¹ Ivi, p. 42.

¹² *Ibidem*.

La tragica esperienza della Repubblica di Weimar è per Loewenstein particolarmente significativa. La sua analisi non è incentrata – come quella di Carl Schmitt – sulla dittatura commissaria e sul ruolo del *Reichspräsident* quale custode della Costituzione; Schmitt, del resto, interpretava la dissoluzione del sistema parlamentare attraverso la chiave di lettura della contro-rivoluzione legale attuata dai partiti e dai movimenti di massa¹³. Loewenstein muove da una prospettiva radicale e per certi versi opposta, sottolineando l'esigenza di impedire ai partiti antisistema l'accesso all'agorà, alla rappresentanza parlamentare e, di qui, alla funzione di governo, nonché di limitare più a monte la libertà di opinione e di propaganda politica degli intolleranti, in quanto finalizzata a distruggere l'ordine costituzionale democratico.

Passando in rassegna le misure adottate dalle istituzioni weimariane per difendere la democrazia, Loewenstein descrive un «quadro sostanzialmente tragico dei metodi di lotta contro la sovversione: disimpegnati, esitanti, del tutto inefficaci»¹⁴. Tra di essi la legge per la protezione della Repubblica (*Gesetz zum Schutz der Republik*), approvata il 21 luglio 1922 in seguito all'assassinio di *herr* Rathenau nel giugno dello stesso anno e contraddistinta da una sistematica disapplicazione¹⁵. E un discorso analogo vale per il decreto di emergenza del 13 aprile 1932 sulla salvaguardia dell'autorità dello Stato (*zur Sicherung der Staatsautorität*) voluto dal Governo Brüning, che disponeva vanamente lo scioglimento delle organizzazioni di natura paramilitare del partito nazista, SA (*Sturmabteilungen*) ed SS (*Schutzstaffel*). Altrettanto tardive e inefficaci si erano rivelate le misure di *Uniformverbot*, relative al divieto di indossare in pubblico uniformi politiche.

Nulla poté fermare l'ascesa del nazismo in Germania. Le concause erano ovviamente molteplici ed eterogenee, a cominciare dagli effetti della Pace di Versailles – basti citare il Presidente del *Reichstag* Konstantin Fehrenbach, che nel maggio del 1919 ebbe a profetizzare: «Questo Trattato [...] è la perpetuazione della Guerra»¹⁶ –, ma alcune di esse erano annidate in difetti strutturali della democrazia weimariana come disegno giuridico-costituzionale: l'assenza di rimedi procedurali contro i mali del parlamentarismo, logorato dall'instabilità governativa e dallo spettro della *negative Mehrheit* dei partiti antisistema (maggioranza negativa materializzatasi nel voto di sfiducia dei nazisti del NSDAP e dei comunisti del KPD al Governo von Papen il 12 settembre 1932)¹⁷; l'inefficace realizzazione

¹³ C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung. Beiträge zum Öffentlichen Recht der Gegenwart I*, Tübingen, 1931; trad. it. *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981.

¹⁴ LOEWENSTEIN, *Democrazia militante*, cit., pp. 32-33.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Cfr. H.A. WINKLER, *La Repubblica di Weimar*, Roma, 1998, p. 96.

¹⁷ Il voto fu poi dichiarato invalido, poiché il Cancelliere era in possesso di un decreto di scioglimento già firmato dal Presidente del *Reich*, ma Göring, al tempo Presidente del *Reichstag*, ignorò deliberatamente la cartella rossa con l'ordine di scioglimento che il Cancelliere aveva platealmente depositato sul banco della presidenza, consentendo che la votazione della mozione di sfiducia avesse

normativa del carattere formalmente rigido della Costituzione; da ultimo, ma non per importanza, l'assenza di strumenti di difesa appropriati a una democrazia vigile e militante.

2. *Dai difetti della Costituzione di Weimar ai correttivi della Legge fondamentale: il modello costituzionale della democrazia protetta.* – La memoria del catastrofico epilogo della Repubblica di Weimar è ben presente nei lavori preparatori della Legge fondamentale tedesca, specialmente nei dibattiti della Convenzione costituzionale di Herrenchiemsee e del *Parlamentarischer Rat*. L'8 settembre 1948 il deputato socialdemocratico Carlo Schmid invocò «intolleranza nei confronti di chi vo[lesse] usare la democrazia per sopprimerla»¹⁸. Il 19 settembre, un altro deputato socialdemocratico, Walter Menzel, si unì all'appello in favore della costruzione di una vera democrazia militante: «non possiamo nuovamente accettare di far distruggere la democrazia dagli strumenti della democrazia»¹⁹. Il cristiano sociale Josef Schwalber dichiarò a sua volta che la Costituzione di Weimar, celebrata a suo tempo come fulgido esempio di avanzata democrazia costituzionale, aveva consegnato «ai nemici dello Stato gli stessi, se non addirittura maggiori diritti, che ai sostenitori della Costituzione»²⁰, aggiungendo, in perfetta aderenza alla tesi di Loewenstein, che «essa fu talmente liberale da offrire ai nemici della libertà e della democrazia la base per distruggerle entrambe per via legale»²¹.

Prima di esplorare il peculiare arsenale costituzionale che fa della Legge fondamentale di Bonn un caso paradigmatico di democrazia protetta, va sottolineato che nel vigente ordinamento tedesco la principale forma di protezione procedurale della democrazia dall'azione dei partiti antisistema è il suo carattere rigido. Affermazione, quest'ultima, che a prima vista potrebbe sembrare strana, dal momento che già la Costituzione tedesca del 1919, caduta sotto i colpi della famigerata Legge dei pieni poteri (*Ermächtigungsgesetz*), aveva rappresentato uno dei primi esempi di costituzione formalmente rigida, essendo modificabile con una maggioranza dei due terzi dei votanti nel *Reichstag* e quindi attraverso un procedimento di revisione molto più aggravato di quello previsto per l'approvazione della legge ordinaria²². Cionondimeno, la citata Legge dei pieni

luogo. Così, con 512 voti favorevoli, 42 contrari e 5 astenuti, il *Reichstag* sanciva, accompagnandola da uno «scrosciante applauso», la morte politica del Governo di Franz von Papen. Ivi, pp. 509-602.

¹⁸ H.A. WINKLER, *Il paradosso quale paradigma. Dalla Repubblica di Weimar alla lezione di Weimar*, in G.A. RUSCONI, H.A. WINKLER, *L'eredità di Weimar*, Roma, 1999, p. 74.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, in sintonia con LOEWENSTEIN, *Democrazia militante*, cit., p. 29: «Al fascismo, sotto forma di un partito politico giuridicamente riconosciuto, furono concesse tutte le opportunità offerte dalle istituzioni democratiche».

²¹ WINKLER, *Il paradosso quale paradigma*, cit., p. 74.

²² Ai sensi dell'art. 76 WRV, la modifica della Costituzione richiedeva il consenso dei due terzi dei votanti in presenza dei due terzi dei membri del *Reichstag*. La decisione del *Reichsrat*, invece, che si poteva pronunciare con la stessa maggioranza per proporre una modifica o per opporsi, non era vincolante, mentre era ammessa la modifica per referendum popolare a maggioranza degli elettori.

poteri del marzo 1933, voluta dal Cancelliere Hitler proprio per avviare la trasformazione della Repubblica in senso totalitario, era stata approvata (con 444 voti a favore e 94 contrari) in conformità alla procedura di revisione costituzionale, anche se in un clima di intimidazione generale. Il partito socialdemocratico (SPD) fu l'unico partito a votare compatto contro la Legge, mentre ai deputati comunisti del KPD era precluso votare in quanto arrestati o ricercati. I partiti moderati, il *Zentrumspartei* e il *Bayerische Volkspartei* (BVP) finirono invece per negoziare con i nazionalsocialisti la scellerata approvazione dell'*Ermächtigungsgesetz*, che, senza abrogare formalmente la Costituzione di Weimar, la riduceva a un involucro completamente svuotato, avviando così il processo di *Gleichschaltung*, ossia di "allineamento" delle istituzioni repubblicane al nazionalsocialismo. L'anno successivo Hitler poté varare la Legge sul Capo dello Stato del *Reich* tedesco (*Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches*) emanata il 1° agosto 1934, alla vigilia della morte del *Reichspräsident* Hindenburg, che, trasferendo al Cancelliere in carica le funzioni di *Führer und Reichskanzler*, fece del *Führerprinzip* il principio organizzativo dell'intero apparato politico, amministrativo e militare del III *Reich*.

Il problema della rigidità "molle" della Costituzione di Weimar derivava dal fatto che, a parte alcune carenze della procedura di revisione, era la stessa Repubblica democratica a mostrare una sorta di «indifferenza verso la difesa dell'*ethos* repubblicano»²³. Mancava, in particolare, una clausola costituzionale di immodificabilità del nucleo fondamentale della Costituzione che potesse fungere, anche simbolicamente, da estremo presidio normativo e valoriale finalizzato alla sopravvivenza della democrazia. Difettava altresì un giudice delle leggi comparabile all'odierno Tribunale costituzionale federale tedesco. Invece di un organo giudiziario *ad hoc* di ispirazione kelseniana (quale era quello introdotto nel 1920 in Austria), vi era a Weimar un Custode della Costituzione in senso schmittiano²⁴, ossia il Presidente del *Reich*, il quale era dotato peraltro di un ampio potere emergenziale – rivelatosi *ex post* vano e persino controproducente – che gli permetteva di sospendere temporaneamente i diritti fondamentali e governare per decreto (art. 48 WRV). Accanto a quest'ultimo operavano, da un lato, un Tribunale del Reich (*Reichsgericht*) con il compito di dirimere i conflitti tra *Länder* e *Reich* (e altre controversie) ma non di operare un vero e proprio controllo sistematico e accentrato di costituzionalità delle leggi e, dall'altro lato, una Corte di Stato (*Staatsgerichtshof*) parimenti dotata di limitate competenze costituzionali.

Paradossalmente, la rigidità formale della Costituzione di Weimar aveva funzionato alla rovescia rispetto alla sua *ratio*: senza impedire ai nazionalsocialisti di abbattere la Repubblica per mezzo della *Ermächtigungsgesetz*, aveva invece

V. F. LANCHESTER, *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn. Introduzione e testi*, Milano, 2009, p. 231.

²³ A. GATTI, *La democrazia protetta*, in *Il contrasto al terrorismo negli ordinamenti democratici*, a cura di M. Frau, E. Tira, Brescia, 2022, p. 15.

²⁴ V. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit.

ostacolato le riforme dell'assetto costituzionale proposte dai partiti fedeli alla democrazia in chiave costruttiva. Come annota lo stesso Loewenstein, la rigidità costituzionale della Repubblica di Weimar finì per rivelarsi un elemento di debolezza per la democrazia che essa intendeva proteggere: «Le elezioni del settembre 1930 portarono a uno stallo politico per cui ogni modifica costituzionale finiva col dipendere dal sostegno di coloro contro cui era indirizzata: si creò così quell'atmosfera di illegalità e alto tradimento che determinò il tracollo della Repubblica»²⁵.

Memori dell'esperienza weimariana, i padri della Legge fondamentale di Bonn decisero non già di rinunciare al carattere rigido della Costituzione, ma semmai di rafforzarlo e ripensarlo. Da un testo costituzionale formalmente rigido e sostanzialmente elastico, quale era la Costituzione tedesca del 1919, si è così passati a un testo formalmente e sostanzialmente rigido, oltre che immutabile nel suo contenuto essenziale in virtù di una clausola esplicita di eternità costituzionale (art. 79, comma 3, GG). Benché nel dibattito costituente e dottrinale non pochi dubitassero dell'efficacia sostanziale di norme di questo tipo²⁶ – la questione si inserisce del resto nelle diatribe classiche del positivismo giuridico – è indubbio che la clausola di eternità contribuisca a forgiare giuridicamente il concetto di democrazia militante, almeno nella misura in cui essa afferma la presenza di alcuni valori-principio sottratti al procedimento di revisione costituzionale. Quest'ultimo è peraltro di gran lunga più aggravato che nella Repubblica del 1919, poiché la Legge fondamentale oggi impone, oltre alla maggioranza qualificata di due terzi dei membri del *Bundestag*, anche quella di due terzi dei voti del *Bundesrat*, con la conseguenza che è necessario il raggiungimento non solo di una super-maggioranza della rappresentanza politica federale, ma anche il consenso di una parallela e potenzialmente disomogenea super-maggioranza dei delegati dei Governi dei *Länder*²⁷. Inoltre, a presidiare la rigidità costituzionale, vi è oggi il *Bundesverfassungsgericht*, organo di importanza centrale nel controllo di costituzionalità delle leggi, mentre la figura del Presidente della Repubblica è stata completamente ridisegnata – a partire dalla sua elezione non più popolare ma affidata all'Assemblea federale (*Bundesversammlung*) – per renderla conforme al regime parlamentare monista disegnato dalla Legge fondamentale.

Proseguendo in questa sintetica rassegna degli strumenti normativi che permettono di qualificare l'odierna Democrazia tedesca in termini di “democrazia

²⁵ LOEWENSTEIN, *Democrazia militante*, cit., p. 33.

²⁶ E. CATERINA, *L'eternità di un provisorium: appunti sui limiti della revisione costituzionale a partire dal modello dell'art. 79, comma 3, della Legge fondamentale tedesca*, in questa *Rivista*, 2024, VI, 2, p. 36, ricorda che, contro lo scetticismo manifestato da diversi costituenti verso la clausola di eternità – ritenuta in particolare dal socialdemocratico Katz previsione inutile a contrastare i movimenti rivoluzionari – fu anzitutto Dehler «a difendere la versione del Comitato di redazione riproponendola come emendamento “per costruire una barriera, non già nella convinzione che essa serva a evitare una rivoluzione, ma con la volontà di togliere alla rivoluzione la maschera della legalità”».

²⁷ Quindi si tratta di una procedura per molti aspetti più aggravata di quella stabilita dall'art. 76 WRV e già descritta *supra* in nota 22.

protetta”, ci si imbatte in altre disposizioni particolarmente rilevanti. Anzitutto vi è il divieto dei partiti anticostituzionali (art. 21, comma 2, GG), secondo cui i partiti che per le loro finalità o per la condotta dei loro membri mirino a sovvertire o minacciare l’ordine fondamentale democratico-liberale (*freiheitlich-demokratische Grundordnung*) possono essere dichiarati incostituzionali dal *Bundesverfassungsgericht*²⁸. Poi vi è il diritto di resistenza (art. 20, comma 4, GG), che attribuisce a tutti i cittadini il diritto di resistere a chiunque tenti di rovesciare l’ordinamento costituzionale, qualora non vi sia altro rimedio. Un altro istituto espressivo di militanza democratica è la perdita dei diritti fondamentali per chi ne abusi al fine di combattere l’ordinamento libero e democratico, affidando ancora al Tribunale costituzionale federale il compito di pronunciarsi al riguardo²⁹. Sono inoltre stabiliti pesanti limiti alla libertà di associazione (art. 9, comma 2, GG), consistenti nel divieto costituzionale delle associazioni «i cui scopi o la cui attività contrastino con le leggi penali ovvero siano dirette contro l’ordinamento costituzionale o contro il principio della comprensione fra i popoli», con l’effetto di consentire un sindacato di legittimità pervasivo sugli *scopi* delle associazioni rispetto a un parametro invero molto ampio e piuttosto generico, che, in sede di attuazione costituzionale, la legge federale sulle associazioni non ha affatto circoscritto, bensì consolidato nella sua vasta portata (§§ 3 e 14 del *Vereinsgesetz*).

Il complesso di queste disposizioni delinea un vero e proprio modello costituzionale di democrazia protetta al quale altri ordinamenti democratici contemporanei – ad eccezione del nostro – tendono progressivamente ad avvicinarsi, come dimostra una vasta letteratura multidisciplinare che qui non è possibile richiamare. Basti dire che le scienze politologica e costituzionalistica hanno coniato una molteplicità di categorie dommatiche, definizioni e soglie connesse alla classificazione comparativa delle democrazie protette. In linea generale, si possono individuare diversi livelli di protezione della democrazia, che operano come altrettante barriere concentriche alla diffusione virale, rispettivamente, dell’opinione, del movimento, del partito e infine del governo antisistema. Il livello basilare attiene alla limitazione della libertà di pensiero politico e delle connesse libertà fondamentali individuali, potendosi inverare ad esempio in reati di opinione mascherati o nella censura, naturalmente nei limiti ammessi dalla Costituzione. È questo uno strumento pericolosissimo, una vera e

²⁸ Il Tribunale costituzionale federale ha vietato il *Sozialistische Reichspartei*, nel 1952, e il *Kommunistische Partei Deutschlands*, nel 1956, mentre il *Nationaldemokratische Partei Deutschland* (NPD), più volte sottoposto al suo esame, non è stato reputato una minaccia attuale e concreta. Nel 2025, la *Bundesamt für Verfassungsschutz* (BfV), l’ufficio federale per la protezione della Costituzione, ha ufficialmente designato *Alternative für Deutschland* (AfD) come «caso confermato di estremismo di destra» sulla base di accertamenti che rivelerebbero posizioni incompatibili con l’ordine democratico-liberale. Tuttavia, si tratta di una valutazione preliminare ai fini di un eventuale ricorso costituzionale, che non vincola il giudizio del *Bundesverfassungsgericht*, né tantomeno lo sostituisce.

²⁹ V. G. MORELLI, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno. La Legge Fondamentale di Bonn comparata con le Costituzioni francese e italiana*, Milano, 1966.

propria arma a doppio taglio che rischia di trasformare la democrazia nel regime autoritario dal quale essa vorrebbe difendersi. Il secondo livello di protezione opera nel passaggio dalla dimensione individuale dei diritti inviolabili a quella collettiva, colpendo la libertà di riunione e di associazione e quindi le formazioni sociali ove si svolge la personalità umana (per parafrasare l'articolo 2 della nostra Costituzione). Al terzo livello, si passa dall'associazione-movimento alla sua organizzazione nella forma partito. In questo caso l'azione antisistema diviene più strutturata e più ambiziosa, in quanto ha di mira l'accesso al circuito della rappresentanza democratica tramite l'esercizio dei diritti politici. Qui operano, ove previsti, il divieto costituzionale dei partiti antisistema e regole imperative riguardanti variabilmente l'organizzazione interna dei partiti e/o il loro metodo e/o il fine perseguito (ammettendosi in quest'ultimo caso un invasivo sindacato di matrice ideologica da parte dei poteri statali). Al quarto livello si incontra la barriera che impedisce l'accesso alla funzione di governo e, in particolare, alla titolarità del potere esecutivo, posizione da cui è più facile orchestrare e dirigere l'azione di progressivo smantellamento delle garanzie costituzionali, come del resto dimostra la memoria storica dell'insediamento degli autoritarismi europei. Tuttavia, a questo stadio avanzato, le forme di protezione normativa sono fatalmente fragili, dato che il partito antisistema ha già rivelato una forza politica dirompente nel Parlamento e nella società civile. Gli strumenti di protezione tipici e specifici che operano a questo livello sono in linea di massima piuttosto deboli, come il giuramento di fedeltà prima dell'assunzione dell'incarico, mentre gli strumenti generici, come i poteri di garanzia del Capo dello Stato e del giudice costituzionale, pur essendo in potenza molto incisivi, potrebbero rivelarsi a questo stadio avanzato pericolosamente conflittuali e contribuire al collasso del sistema. L'ultima "cerchia muraria" normativa a protezione della manifestazione istituzionale della democrazia risiede nella procedura aggravata di revisione della Costituzione e nella clausola di eternità a salvaguardia del suo nucleo inviolabile. Penetrata anche questa estrema difesa, non resta che il diritto di resistenza dei consociati, attivabile per l'appunto quando tutti gli altri rimedi abbiano fallito.

A parte questa rassegna di strumenti *ad hoc*, e considerando l'eredità esperienziale di Weimar, la caratterizzazione dell'ordinamento tedesco vigente nei termini di una democrazia costituzionalmente protetta dovrebbe comprendere altri aspetti parimenti rilevanti, come ad esempio la divisione verticale del potere in chiave federale e l'esistenza dei *Länder* (peraltro garantita dalla stessa clausola di eternità), nonché le norme dedicate all'apertura internazionale dell'ordinamento. Agisce a protezione della democrazia anche la marcata razionalizzazione costituzionale del parlamentarismo tedesco, contraddistinta dal voto di sfiducia costruttivo "sistemico", con l'obiettivo di garantire la stabilità dei governi. Il nesso con il passato weimariano è scolpito nell'inascoltato appello lanciato da Ernst Fraenkel nel 1932: «Il Parlamento non deve morire di parlamentarismo!» e nell'auspicio di una riforma della Costituzione volta a

stabilizzare il regime parlamentare per mezzo di un nuovo equilibrio basato sul voto di sfiducia con proposta positiva, premonizione fraenkeliana dell'istituto della mozione di sfiducia costruttiva introdotto dalla Legge fondamentale del 1949³⁰. Ma già nel 1928 Carl Schmitt aveva definito la mozione di sfiducia approvata da una maggioranza negativa nei termini di «atto di puro ostruzionismo», affermando che se ne dovesse desumere l'inefficacia giuridica in via interpretativa: «qui non può esserci l'obbligo di dare le dimissioni»³¹. La stabilità governativa, che naturalmente non può assurgere a finalità ultima e assoluta del sistema parlamentare (in cui la possibilità del Parlamento di sfiduciare un Governo è fisiologica e irrinunciabile), risponde nondimeno al tentativo di prevenire in via “procedurale” il rischio di riemersione degli autoritarismi che, come dimostra la cronaca costituzionale del primo Novecento, può derivare anche da un'impasse protratta della funzione di governo.

3. *Brevi cenni alla storia parallela di un modello alternativo. La Costituzione italiana come “democrazia aperta”.* – La scalata di Hitler al cancellierato tedesco è stata da molti accostata all'avvento al potere del partito fascista in Italia, fenomeno storicamente precedente e, per certi versi, rivelatore di un archetipo italiano della “tecnica fascista” categorizzata da Loewenstein. Anche qui, del resto, la progressiva normalizzazione della violenza squadrista e l'incapacità delle istituzioni (che in Italia erano ancora fondamentalmente “liberali”) di contenere l'espansione del movimento mussoliniano ha permesso al partito antisistema, al pari di ciò che avverrà poco più di dieci anni dopo nell'esperienza weimariana, di fagocitare per vie legali la funzione di governo con la complicità del Capo dello Stato, in questo caso monarchico e meno riluttante dell'omologo tedesco³². In Italia, come in Germania, la nomina a vertice monocratico del Governo fu concessa al leader di un partito antisistema privo della maggioranza assoluta dei seggi nella Camera della rappresentanza politica generale. Anzi, all'indomani della marcia su Roma, durante la XXVI Legislatura del Regno d'Italia, il gruppo parlamentare fascista era tra quelli decisamente minoritari, contando poco più di trenta deputati (mentre in Germania, nelle elezioni successive allo scioglimento del novembre del 1932, i nazisti, pur perdendo voti e seggi, restarono tuttavia il

³⁰ E. FRAENKEL, *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, in *Die Gesellschaft*, 1932, 2, p. 495.

³¹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlino, 1957 (I ed. 1928); trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, p. 453. Cfr. in proposito anche WINKLER, *Il paradosso quale paradigma*, cit., p. 68. A Weimar si tentò di risolvere il problema sfruttando l'assenza di un limite temporale ai governi dimissionari incaricati degli affari correnti e invocando l'equiparazione funzionale delle attribuzioni del governo regolare a quelle del governo degli affari correnti. Ma l'escamotage non poté colmare il vuoto di autorevolezza politico-costituzionale di un governo privo o privato della fiducia parlamentare.

³² Va riconosciuto che Paul von Hindenburg arriverà alla fatale decisione di nominare Adolf Hitler Cancelliere solo in seguito all'insuccesso definitivo di una lunga, ancorché non sempre limpida, opposizione istituzionale e politica a tale ipotesi. Altra differenza di non poco momento con la condotta di Vittorio Emanuele III è data dal fatto che il partito nazista (NSDAP) aveva subdolamente mantenuto una parvenza di tattica istituzionale legalitaria fino al 1933, mentre il PNF aveva ostentato la sua volontà insurrezionale con la marcia su Roma.

primo partito). In entrambi i casi, la nomina era politicamente condizionata dallo scopo compromissorio, poi tradito, di formare una coalizione di governo con i partiti moderati, chiamati a temperare il programma delle forze radicali. Infine, a riprova dell'efficacia trasversale e universale della "tecnica fascista", va annotato che tanto nell'esperienza weimariana quanto in quella statutaria, nonostante le profonde differenze strutturali delle due rispettive "costituzioni" e delle relative soglie di rigidità/flessibilità, il conferimento della funzione di governo al leader del partito antisistema precipitò rapidamente lo Stato di diritto nel dispotismo nazifascista e permise lo smantellamento, nel caso della Costituzione di Weimar, di un avanzato parlamentarismo dualista di matrice repubblicana e, nel caso del regime statutario italiano, di una monarchia parlamentare in via di sviluppo democratico.

Eppure, accanto alle analogie che accomunano le due storie parallele, vi sono anche alcune importanti differenze.

Vi è anzitutto l'annosa – e a tratti aspra – *querelle* intorno alla possibilità di definire l'ordinamento fascista italiano nei termini di un vero stato totalitario. In base alla lettura accademica più convincente, la vocazione (o quantomeno l'aspirazione) totalitaria del regime mussoliniano restò storicamente e giuridicamente incompiuta³³. A dimostrarlo è del resto quel "residuo" di separazione del potere che permise, sia pure tardivamente, al Gran Consiglio del fascismo e al Re di destituire Mussolini, in un contesto statuale di fascistizzazione imperfetta della magistratura, della burocrazia e dell'esercito³⁴. Ma la differenza fu anche ideologica e metodologica. È illuminante, in proposito, il distinguo – parimenti controverso – proposto da Hannah Arendt tra regime autoritario, quale fu nell'opinione dell'illustre pensatrice tedesca il fascismo italiano, e autentico regime totalitario, quale fu invece il regime nazista (assieme a quello stalinista), la

³³ In questo senso v. soprattutto G. LOMBARDI, *Lo Stato totalitario tra aspirazioni e realtà. Alcune riflessioni*, introduzione a A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1995, II ed., pp. 11 ss., in sintonia con il pensiero dello stesso Aquarone. V. anche, tra gli altri, R. DE FELICE, *Intervista sul fascismo*, a cura di M.A. Ledeen, Bari, 1975; S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2010; L. PALADIN, *Fascismo* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1967, vol. XVI, pp. 887 ss.

³⁴ Sebbene, come osserva M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Storia breve delle istituzioni italiane dal 1900 al 1994*, Padova, 2000, pp. 7 ss., la legge sul Gran Consiglio del fascismo (legge 9 dicembre 1928, n. 2693) e la coeva legge elettorale (che trasformò le elezioni pluraliste e competitive nel voto di approvazione dell'unica lista di candidati del partito fascista) andassero nella direzione totalitaria di "costituzionalizzare" il partito unico, in realtà, proprio la figura strabordante di Mussolini finì paradossalmente per ostacolare l'aspirazione del partito fascista di trasformare lo Stato in senso totalitario, mentre al contempo il Gran Consiglio serbò una certa autonomia costituzionale dal Duce – sia pure potenziale e latente sino al 25 luglio del 1943 – anche grazie alla sponda del Capo dello Stato (che in Germania, come si è visto, fu invece funzionalmente assorbito dal *Führer und Reichskanzler* in seguito alla morte di Hindenburg).

cui sinossi è il campo di sterminio industrializzato, laboratorio della destrutturazione della realtà umana³⁵.

Dal punto di vista della storia costituzionale comparata, le divergenze che contano maggiormente non sono tanto queste, quanto piuttosto quelle relative agli “anticorpi democratici” invernati dalla Resistenza italiana e sfociati nel potere politico pre-costituente del Comitato di Liberazione Nazionale. Fu dunque il significativo contributo della guerra partigiana al rovesciamento del regime a marcare la differenza con la “storia parallela” del III *Reich*. Qui un Popolo che aveva avuto il privilegio di sperimentare una democrazia per quel tempo avanzatissima non era riuscito (nonostante alcuni movimenti di opposizione e i complotti per eliminare il dittatore) a rompere dall’interno il monolite dello Stato totale, con la conseguenza che, finita la guerra, gli Alleati imposero a quel Popolo pesantissime limitazioni al libero esercizio del potere costituente.

In Italia, invece, il sussulto antifascista di un’inedita e primigenia democrazia *resistente* – pur considerando l’opportunità di molte “conversioni” antifasciste³⁶ – rappresentò il riscatto politico che permise, il 2 giugno 1946, l’epifania del potere costituente del Popolo italiano nel segno della libertà. Donde un libero referendum sulla forma istituzionale dello Stato e contestuali libere elezioni democratiche di un’Assemblea costituente, a sua volta libera – salvo le inevitabili ingerenze esterne sui partiti maggiori – di scrivere la nuova Costituzione repubblicana. In essa sedevano peraltro numerosi deputati eletti nelle liste del partito comunista italiano, mentre il partito comunista tedesco (KPD) sarà dichiarato incostituzionale nella Repubblica federale di Germania, venendo sciolto nel 1956 dal *Bundesverfassungsgericht* in applicazione del *Parteiverbot*³⁷.

Dal diverso epilogo storico dell’autoritarismo italiano è derivata anche la peculiare configurazione della nostra democrazia postfascista come democrazia aperta.

Cominciando dal primo fattore di protezione della democrazia, quello della rigidità costituzionale, non può non notarsi che, in termini procedurali, la Costituzione italiana è una delle poche costituzioni democratiche razionalizzate del secondo dopoguerra a poter essere modificata da una qualsiasi maggioranza politica sufficientemente coesa nel Paese e in Parlamento (ove, a parte i blandi aggravamenti procedurali a tutti noti, è sufficiente, in ultima battuta, la maggioranza assoluta di due Camere tendenzialmente omogenee), salva la

³⁵ V. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit.; ID., *Ideology and Terror: A Novel Form of Government*, in *The Review of Politics*, 1953, XV, 3, pp. 303 ss. Per usare le parole di S. FORTI, *Totalitarismo* (voce), in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1998, vol. VIII, pp. 636 ss.: «Cuore del funzionamento totalitario è il campo di sterminio, interpretato dalla Arendt come il “laboratorio” in cui si vuole sperimentare l’assunto secondo cui “tutto è possibile”».

³⁶ Il paradosso formulato sarcasticamente da Churchill («In Italia sino al 25 luglio c’erano 45 milioni di fascisti; dal giorno dopo, 45 milioni di antifascisti. Ma non mi risulta che l’Italia abbia 90 milioni di abitanti») è stato da spunto per il titolo del recente volume di G. OLIVA, *Quarantacinque milioni di antifascisti. Il voltafaccia di una nazione che non ha fatto i conti con il Ventennio*, Milano, 2025.

³⁷ V. *supra*, nota 28.

possibilità di un referendum confermativo senza quorum partecipativo. Restando nell'algida prospettiva normativistica, all'articolo 139 troviamo una clausola di eternità repubblicana palesemente riferita all'esito del referendum del 2 giugno 1946 e fatta poi oggetto di una salvifica interpretazione estensiva da parte della Corte costituzionale, la quale, enucleando un vasto catalogo di limiti impliciti ha costruito *ex post* un ben più solido nucleo inviolabile.

Sull'assenza di un divieto costituzionale generalizzato dei partiti antisistema (salvo la specifica disposizione finale relativa al *disciolto* partito fascista) e sulla regolamentazione "minima" dei partiti politici italiani, non vi è qui nulla da aggiungere all'immensa letteratura che dimostra l'alterità del modello italiano rispetto al modello tedesco. E lo stesso dicasi per tutte le altre manifestazioni giuridiche tipiche della democrazia militante, dall'affermazione del diritto di resistenza (in Italia, ove vi fu vera guerra di Resistenza, la configurazione dell'omonimo diritto era forse superflua, preferendosi esplicitare il «sacro dovere» di difesa della Patria). Tralasciando il resto, basti menzionare da ultimo l'amplessima apertura della Costituzione italiana verso la libertà di associazione, fiduciosamente radicata nella dimensione sociale e solidaristica dell'articolo 2, che rappresenta un modello per certi aspetti rovesciato rispetto al modello tedesco, in cui i fini delle "libere" associazioni sono soggetti a un pervasivo sindacato di costituzionalità e di conformità al principio della comprensione dei popoli.

Va detto che in un recente studio monografico giuscomparativo dedicato al tema della democrazia protetta si fa invece riferimento all'esperienza italiana come a un'esperienza di «democrazia protetta "di fatto"» pur in assenza di una costituzionalizzazione esplicita della democrazia militante³⁸. Nell'escludere che la nostra possa essere definita una democrazia protetta "di diritto", l'autore annota l'assenza di «disposizioni esplicite e dettagliate che difendano il nuovo ordinamento da eventuali sovvertimenti totalitari [con l'eccezione della XII disposizione], né, tantomeno, che impongano degli espliciti limiti contenutistici alle finalità delle proprie formazioni sociali», nonché l'assenza di «un'autentica formula politica istituzionalizzata coerente, uniforme e socialmente legittimata, come rappresentano la *freiheitliche demokratische Grundordnung* per la Germania e la *tradition républicaine* per la Francia»³⁹. Nondimeno, si tratterebbe di una «democrazia protetta "di fatto"» in virtù di alcuni dati interpretativi ed evolutivi, tra i quali: la «lettura forte» della clausola di "eternità" repubblicana di cui all'articolo 139 Cost. (v. Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146) e la connessione sistematica con l'articolo 1, che permette di declinare la «forma repubblicana» di cui al 139, oltre che nell'ovvio riferimento alla forma istituzionale dello Stato, anche nella vasta e penetrante dimensione di «repubblica democratica»; la funzione democratico-filattica dei doveri inderogabili inscindibilmente connessi ai diritti inviolabili nella struttura speculare delineata nell'articolo 2 della

³⁸ A. GATTI, *La democrazia che si difende. Studio comparato su una pratica costituzionale*, Padova, 2023.

³⁹ Ivi, p. 248.

Costituzione e nel quadro complessivo dei principi fondamentali; un principio di laicità dello stato che si è rivelato «principio espansivo»; la portata dell'ordine pubblico come concetto complesso; e così via⁴⁰. Sul piano della fattualità politica, infine, si osserva che la *conventio ad excludendum* (per escludere dalla formula di governo i partiti agli estremi dell'arco parlamentare) ha oggettivamente rappresentato una prassi di protezione della democrazia – oltre che di ostacolo all'alternanza – sino allo scioglimento dell'Unione sovietica e alla fine della c.d. “prima Repubblica”.

Senza entrare nel merito dell'approfondita ricostruzione comparativa di cui si sta discutendo e della quale qui si condivide appieno solo la premessa (ossia che la nostra non è una democrazia protetta dal punto di vista giuridico-costituzionale), si può obiettare che il peso del dato normativo è in realtà tale da marcare una differenza sostanziale incolmabile tra il modello italiano e il concetto stesso di democrazia protetta. A ciò si aggiunga che la *conventio ad excludendum* resta un rimedio politico. Al pari di altre esperienze simili, come ad esempio il *cordon sanitaire* belga – che descrive metaforicamente la barriera partitica di contenimento del *Vlaams Blok* tra la fine degli anni Ottanta e i primi anni Novanta – la *conventio ad excludendum* italiana non è uno strumento equiparabile alle peculiari tecniche e procedure della democrazia protetta, trattandosi piuttosto di una prassi partitica che agisce su di un piano differente. Lo dimostra il fatto che anche in Germania, fermo restando il distinto armamentario costituzionale della democrazia militante, ha operato di recente un meccanismo analogo, ossia il cosiddetto muro tagliafuoco (*Brandmauer*), che allude alla scelta dei partiti “classici” della democrazia tedesca di non collaborare con *Alternative für Deutschland*, come è avvenuto anche nell'ambito della coalizione che ha eletto il Cancelliere Merz impedendo ad *AfD* di accedere alla funzione di governo⁴¹.

Evidenziata dunque l'incolmabile distanza costituzionale tra la nostra democrazia aperta e la tipica democrazia militante, resta solo una domanda: il modello italiano è ingenuo?

4. *Alcune note conclusive sull'espansione multilivello dell'odierna militanza democratica. Nuovi nemici della democrazia e nuove forme di protezione.* – Il concetto di democrazia protetta o militante è tornato in auge in tempi recenti, da quando la radicalizzazione della politica (per la verità bidirezionale, cioè verso l'estrema destra e verso l'estrema sinistra) ha determinato il rafforzamento di partiti e movimenti neofascisti e xenofobi nel cuore dell'Europa, facendo riemergere – così si afferma – la memoria, o meglio lo spettro, dei totalitarismi e dei regimi autoritari novecenteschi. La semantica dei partiti neofascisti è peraltro complessa, perché rischia oggi di bollare con questo epiteto partiti di estrema destra fedeli ai valori costituzionali e talora già incaricati della funzione di

⁴⁰ Ivi, pp. 259 ss.

⁴¹ V. G. DELLEDONNE, *Il cordone sanitario in Germania: significato e limiti della “Brandmauer” in una democrazia protetta*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2025, XXVII, 2, pp. 377 ss.

governo. Donde l'importanza di distinguere prudentemente tra estrema destra antisistema e destra radicale fedele alle «regole del gioco democratico»⁴². Certo è che il concetto di protezione della democrazia rischia di essere strumentalizzato dal *mainstream* maggioritario al fine di assimilare alla nozione di partito antisistema posizioni politiche minoritarie lecite, ancorché estremiste e “fastidiose”.

Recentemente, l'accusa di indebite ingerenze della Federazione russa nella vita democratica dei Paesi dell'Unione europea più esposti a Est ha spinto le istituzioni di alcuni ordinamenti ad adottare contromisure atipiche ascrivibili a un'inedita declinazione “russofoba” della democrazia militante, come è avvenuto nel caso della clamorosa pronuncia con cui la Corte costituzionale della Romania ha annullato le elezioni presidenziali del 2024⁴³.

Si deve aggiungere che questa nuova minaccia antisistema, essendo ancorata all'inasprimento di un conflitto geopolitico che contrappone la Federazione russa all'Unione europea come ordinamento democratico *sui generis*, potrebbe presto assumere una dimensione multilivello (di democrazia protetta a livello sovranazionale europeo si è peraltro già parlato in ambito CEDU, con riferimento agli artt. 11 e 17 della Convenzione). La questione, dal punto di vista giuridico, si collega all'esigenza di protezione della democrazia quale valore fondamentale dell'UE ai sensi dell'art. 2 TUE e alla connessa procedura di sanzione politica delineata dall'articolo 7 TUE, che non può portare, come è noto, all'espulsione degli Stati membri, ma alla sospensione dei loro “diritti politici” (tra cui il diritto di voto in seno al Consiglio dell'Unione europea) in caso di violazione grave e persistente dei valori fondamentali di cui al citato art. 2.

A proposito dei rischi connessi alle nuove manifestazioni multilivello della democrazia militante, fanno specie le affermazioni con cui la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen ha commentato le due mozioni di censura presentate contro la Commissione nell'ottobre del 2025: parole che non solo evitano di affrontare il merito delle critiche sollevate dall'opposizione parlamentare, ma tendono altresì a eludere l'onere del pieno confronto democratico attraverso la delegittimazione politica degli oppositori, riconducendo il dissenso della minoranza all'influenza ostile di una potenza straniera⁴⁴.

⁴² V. L. FROSINA, *Come proteggere la democrazia dai partiti “antisistema”? Il caso di VOX tra strategie includenti ed escludenti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2025, XXVII, 2, pp. 387 ss.

⁴³ Successivamente, la Corte costituzionale ha anche respinto il ricorso di Călin Georgescu, che era risultato il candidato più votato al primo turno delle presidenziali annullate ed era stato poi escluso dalla nuova competizione per decisione dell'ufficio elettorale centrale. A. VERTEȘ-OLTEANU, D.-A. CĂRĂMIDARIU, *Safeguarding democracy. Constitutional insights from Romania's election annulment*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2025, XXVII, 1, pp. 139 ss., pur paragonando la decisione della Corte costituzionale della Romania al ruolo del giudice Ercole, ossia il rigoroso giurista-guardiano immaginato da R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (MA), 1986, non possono fare a meno di annotare criticamente che il processo della Corte costituzionale «lacked a comprehensive justification, leaving questions about its legitimacy» (p. 164).

⁴⁴ «[...] We have entered into an age of struggle between democracy and illiberalism. We see the alarming threat from extremist parties who want to polarise our societies with disinformation. There

Non può non intravedersi, in queste vicende, il rischio sempiterno della democrazia protetta, quello per cui, se da un lato – parafrasando il paradosso della tolleranza di Karl Popper – una tolleranza illimitata porta alla scomparsa della tolleranza stessa, dall’altro, una democrazia eccessivamente intollerante cessa di essere democratica.

Bisogna dire che già in seguito al fatidico *September 11* il concetto di democrazia protetta si era in un certo senso ampliato e globalizzato, sino a includere i nemici della cultura occidentale. Negli Stati Uniti si era passati dalla memoria maccartista del *Communist Control Act* del 1954 al modello del *Patriot Act* del 2001, inedito paradigma statunitense del *clash of civilizations*. In seguito, sulla scia della *Global War on Terror*, in Germania diverse associazioni islamiste sono state sciolte utilizzando lo strumento di protezione della democrazia di cui all’articolo 9, comma 2, della Legge fondamentale, che, come si è visto, permette di colpire le associazioni con finalità contrarie all’ordinamento costituzionale o al principio della comprensione fra i popoli (*Völkerverständigung*)⁴⁵. E un discorso analogo vale anche per la reazione francese al terrorismo islamista, specialmente dopo l’*annus horribilis* 2015. Ma l’esempio più chiaro di questa nuova impostazione civilizzatrice della democrazia militante è la *Loi n. 2021-1109* del 24 agosto 2021 sul rafforzamento del rispetto dei principi della Repubblica, voluta dal Presidente Macron contro i separatismi e, in particolare, il “separatismo islamista”, a protezione dei principi repubblicani minacciati dal radicalismo religioso e settario, dipinto da Macron come vera e propria ideologia e “tecnica” antisistema: «un projet conscient, théorisé, politico-religieux, qui se concrétise par des écarts répétés avec les valeurs de la République, qui se traduit souvent par la constitution d’une contre-société [...]. C’est l’endoctrinement et par celui-ci, la négation de nos principes, l’égalité entre les femmes et les hommes, la dignité humaine»⁴⁶.

Lo scontro di civiltà affrescato dalla legge sui separatismi e, ancora prima, dalla legge sul divieto di ostentare simboli religiosi nello spazio pubblico, svela il volto inconfessabile della laicità francese: non una neutralità dello Stato, ma un dispositivo di assimilazione che tenta di imporre al cittadino l’adesione ai dogmi di una Repubblica militante (e della connessa “anti-religione” di Stato).

Un rischio, questo, fortunatamente del tutto assente – almeno per ora – nella nostra democrazia non militante e nell’impostazione aperta, tollerante,

is no proof that they have any answers, but there is ample proof that many are supported by our enemies and by their puppet masters in Russia or elsewhere. These are movements fuelled by conspiracies, from anti-vaxxers to Putin apologists» (Commissione europea, *Speech by President von der Leyen at the EP plenary debate on the motion of censure of the Commission*, 7 luglio 2025, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/speech_25_1758, consultato il 1° febbraio 2026).

⁴⁵ V. GATTI, *La democrazia protetta*, cit., p. 19.

⁴⁶ Élysée, *La République en actes : discours du Président de la République sur le thème de la lutte contre les séparatismes*, 2 ottobre 2020, <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/10/02/la-republique-en-actes-discours-du-president-de-la-republique-sur-le-theme-de-la-lutte-contre-les-separatismes>, consultato il 1° febbraio 2026.

inclusiva e pluralista del principio di laicità nel nostro ordinamento. Ciò per rispondere alla domanda posta a conclusione del precedente paragrafo.

DIRITTO ALLA MEMORIA E DIRITTO ALL'OBLIO*

MARCO RIZZUTI**

Il profilo su cui si concentra questo breve intervento attiene, per così dire, all'altra faccia della medaglia: non tanto se e in che misura esista una rilevanza giuridica della memoria, quanto piuttosto se e in che misura ne esista una dell'oblio, inteso come diritto non alla conservazione, bensì alla cancellazione di informazioni relative al passato. È un problema esploso nell'epoca delle nuove tecnologie, che noi oggi tendiamo subito ad associare al concetto di “diritto all'oblio”, pensando direttamente a vicende e contenuti che riguardano la sfera digitale. Ma non è questo l'unico significato che il termine può assumere: esistono norme in materia di oblio che riguardano altri settori, e i riferimenti giuridici a questo tema precedono ampiamente la moderna rivoluzione tecnologica.

Possiamo ricordare, infatti, come Stefano Rodotà, in *Il diritto di avere diritti*¹, aprisse la sua trattazione sul diritto all'oblio menzionando casi antichissimi: ad esempio il provvedimento con cui Trasibulo, alla conclusione della guerra civile ateniese che aveva portato alla cacciata dei Trenta Tiranni nel 403 a.C., ordinava di non *μνησικακεῖν*, cioè di “non insistere nel ricordo”, allo scopo di favorire la riconciliazione. Un altro riferimento citato nella stessa sede era la clausola contenuta nell'Editto di Nantes del 1598 d.C. che, al termine delle lunghe e sanguinose guerre di religione francesi, vietava di rievocare i fatti del conflitto.

Naturalmente non si tratta degli unici esempi rinvenibili nella storia giuridica o politica, ma sono episodi che mostrano come spesso si tenti di conformare la memoria: ricordare e ingigantire certi eventi, cancellarne altri, o più specificamente evitare di rivangare fatti potenzialmente destabilizzanti. Così, dopo il cesaricidio, Cicerone propose l'*ἀμνηστία* – utilizzando forse per la prima volta tale termine di derivazione greca in ambito latino – come soluzione compromissoria per mantenere in vigore i provvedimenti del *dictator* ed al tempo stesso esimere da ogni responsabilità i suoi uccisori, ma sappiamo bene che le cose

¹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012.

* Il contributo riprende, con lievi aggiustamenti, le riflessioni svolte dall'Autore in occasione dell'evento di presentazione di questo Fascicolo, tenutosi il 7 maggio 2025 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

** Professore associato di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Firenze.

andarono diversamente. E ancora: in *Deuteronomio*, 25, 19, troviamo un passo paradossale che dice: “*cancellerai la memoria di Amalek sotto al cielo: non dimenticare!*”, per cui in sostanza ordina di ricordarsi di far dimenticare il nemico esistenziale del popolo eletto.

Molte volte questi fenomeni sono stati legati a innovazioni tecnologiche. Oggi ci confrontiamo con la tecnologia digitale e con il rischio di una “memoria eterna”, ma in passato lo stesso panico lo hanno creato altre tecnologie, come i monumenti in pietra, le iscrizioni o la stampa. Troviamo un’abbondanza di leggi già nell’antico Egitto² e poi nell’antica Roma³, con cui i sovrani si impegnavano per stabilire se fosse necessario cancellare statue, volti e iscrizioni, oppure, al contrario, farne installare di nuove gradite ad un mutato contesto politico. Successivamente, non a caso all’indomani dell’invenzione della stampa, nacque l’Indice dei libri proibiti, pensato come rimedio contro una tecnologia che rischiava di consentire una preservazione e diffusione delle informazioni prima inconcepibile. Oggi il problema si ripropone in chiave digitale: basta una ricerca online che rende tutto agevolmente disponibile, e questo spaventa, crea preoccupazione, il che induce a tentare di intervenire per contrastare il fenomeno. Certo, si tratta di un’eternità illusoria: basti pensare che con gli strumenti tradizionali abbiamo accesso a testi di migliaia di anni fa, ma spesso faticiamo a recuperare versioni di file prodotti pochissimi anni fa ma conservati in formati o su supporti ormai non più leggibili⁴. Il vero rischio di un’informazione solo digitalizzata non è tanto l’eternizzazione, quanto un’obsolescenza accelerata. Tuttavia, la percezione diffusa è quella di un magma di informazioni online che non si riesce a cancellare, ed è da qui che nasce la ben nota giurisprudenza europea: il caso *Google Spain*, C-131/12, deciso dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, il 13 maggio 2014, che ha riconosciuto il diritto dell’interessato a ottenere la cancellazione di informazioni che lo riguardano, poi consolidato e positivizzato nell’art. 17 del GDPR⁵.

Che cosa c’è di interessante da osservare? Intanto, una precisazione di contenuto: il diritto all’oblio è il diritto alla cancellazione di informazioni legittimamente pubblicate. Non parliamo quindi della pubblicazione di informazioni diffamatorie, contro le quali esiste già una tutela a prescindere dal diritto all’oblio, né di informazioni semplicemente false, contro le quali pure esiste una tutela diversa, né di dati privati, sensibili o riservati, anch’essi coperti da altre normative. Il diritto all’oblio è un diritto specifico, che interviene solo quando si

² Cfr. J. ASSMANN, *Das kulturelle Gedächtnis: Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen*, München, 1992.

³ Cfr. E. VARNER, *Mutilation and Transformation: Damnatio Memoriae and Roman Imperial Portraiture*, Boston, 2004.

⁴ Cfr. L. RUSSO, *La rivoluzione dimenticata. Il pensiero scientifico greco e la scienza moderna*, Milano, 2001, p. 433, nt. 8.

⁵ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (*General Data Protection Regulation*).

tratta di informazioni legittimamente pubblicate, perché non diffamatorie, non false e non riservate, ma che l'interessato – sovrano della propria sfera informativa, del suo “secondo corpo” fatto di dati, per riprendere un'espressione di Rodotà – vuole cancellare perché non più coerenti con la sua identità attuale, a differenza di come erano al tempo della loro legittima pubblicazione. Solo in questo modo ha senso parlare di diritto all'oblio, perché se viene utilizzato con riferimento a contenuti che già per altre ragioni potrebbero non dover essere pubblicati, allora si tratta un espediente retorico e poco più. Ed è chiaro che pretendere la cancellazione di informazioni non diffamatorie, non false e non riservate solleva perplessità e richiede un bilanciamento con altri diritti fondamentali.

A questo punto diviene interessante fare un rapido ragionamento sulla primissima giurisprudenza interna successiva al riconoscimento europeo del diritto all'oblio con la sentenza *Google Spain*. La dottrina e la giurisprudenza italiane conoscevano già il diritto all'oblio ben prima di questa decisione, anzi lo praticavano con una certa larghezza prima della decisione europea, della sua successiva elaborazione nelle *Guidelines* dell'*Article 29 Data Protection Working Party*, e quindi del suo consolidamento nel GDPR. Invero, ciò che la pronuncia europea e poi le altre fonti europee ci hanno insegnato non è tanto il riconoscimento del diritto in sé, quanto l'individuazione dei suoi limiti. Possiamo ricordare che per la riservatezza accadde tutto il contrario: per riconoscere un diritto alla privacy, precedentemente ignorato, la giurisprudenza interna aveva fatto applicazione diretta dell'articolo 8 CEDU, per cui il diritto alla privacy venne in sostanza fatto derivare dalle fonti europee (il famoso caso *Soraya*)⁶. Nel nostro caso, invece, il diritto all'oblio esisteva già nella nostra prassi giurisprudenziale, per cui, come dicevamo, delle fonti europee è stato valorizzato soprattutto il riferimento ai suoi limiti.

Proviamo a chiarire meglio con qualche vicenda esemplificativa. In un caso subito successivo a *Google Spain*⁷, e consapevolmente attuativo a livello di giurisprudenza interna di quella prima decisione europea, un giudice italiano⁸ ha negato il diritto all'oblio ad un determinato soggetto per due ragioni concorrenti: da un lato, perché era passato troppo poco tempo dai fatti, e questo è un apprezzamento fattuale, ma, dall'altro, perché il soggetto ricopriva un ruolo pubblico, aveva una rilevanza pubblica soggettiva. Pochi anni prima, quando il diritto all'oblio non era ancora quello conformato da *Google Spain*, la giurisprudenza italiana⁹ aveva riconosciuto tale diritto ad un uomo politico che, dopo un'assoluzione, voleva “ripulire” la propria immagine da vicende legate a Tangentopoli per far ripartire la propria carriera. La Corte di Giustizia, e poi le

⁶ Cass., 27 maggio 1975, n. 2129.

⁷ CGUE, 13 maggio 2014, *Google Spain*, C-131/12.

⁸ Trib. Roma, 3 dicembre 2015, con nota di M. RIZZUTI, *Il diritto e l'oblio*, in *Corriere giuridico*, 2016, 8-9, pp. 1072 ss.

⁹ Cass., 5 marzo 2012, n. 5525.

Guidelines, hanno però chiarito che la rilevanza pubblica dei soggetti interessati, ed il fatto che essi “*play a public role*”, rappresentano un limite al diritto all'oblio: così, nel 2015 il Tribunale di Roma nega il diritto all'oblio perché chi lo chiedeva aveva una sua rilevanza in qualche modo pubblica, in quanto avvocato iscritto all'albo, anche se in misura di certo assai inferiore rispetto al caso del politico del 2012.

Altro limite che sia *Google Spain* sia le *Guidelines* e poi il GDPR menzionano è la possibile rilevanza, non solo soggettiva, ma oggettiva, delle vicende storiche o cronachistiche oggetto della ricostruzione. Se queste hanno un valore, per l'appunto, storico nel contesto di riferimento, la loro ricostruzione storica non può essere impedita. E anche qui possiamo considerare due decisioni italiane di segno opposto: una, subito precedente a *Google Spain*, che aveva riconosciuto il diritto all'oblio ad un ex terrorista, il quale chiedeva che i giornali non ripubblicassero notizie riferite alle sue vicende pregresse¹⁰; e poi un provvedimento, subito successivo a *Google Spain*, che, tenendo presenti i riferimenti sovranazionali, in un caso analogo negava il diritto all'oblio anche perché le vicende relative al terrorismo assumono una particolare rilevanza per il diritto alla memoria delle vittime, per cui non si può riconoscere un diritto all'oblio del terrorista¹¹. Ovviamente il terrorista che ha finito di scontare la sua pena, non deve scontare altro, ma non si può negare la libertà del giornalista e dello storico di parlare della vicenda. E questa seconda decisione è assai indicativa dell'influsso nel contesto italiano della giurisprudenza europea, perché ci consente di capire che il diritto all'oblio ha anche dei limiti, cioè necessita di un bilanciamento.

Qualche altra sentenza europea ce lo ha confermato. In una decisione su di un caso italiano si chiarisce che il diritto all'oblio sicuramente non può essere riconosciuto rispetto ai dati contenuti in un pubblico registro, nella specie il Registro delle Imprese¹². In altre due decisioni originate da casi francesi si precisa che il diritto all'oblio non opera con riferimento a tutte le versioni di Google, comprese quelle extraeuropee, proprio perché tale diritto richiede dei bilanciamenti¹³.

Ora, premesso tutto questo a livello teorico, dobbiamo chiederci come concretamente questo bilanciamento dovrebbe essere realizzato? Riconosciuta la rilevanza fondamentale del diritto all'oblio, riconosciuta la rilevanza costituzionale anche dei profili che a questo possono opporsi, gli strumenti tecnici di

¹⁰ Cass., 26 giugno 2013, n. 16111.

¹¹ Garante per la protezione dei dati personali, 31 marzo 2016, n. 152.

¹² CGUE, 9 marzo 2017, *Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Lecce vs. Salvatore Manni*, C-398/15.

¹³ CGUE, 24 settembre 2019, *Google LLC, successor in law to Google Inc. vs Commission nationale de l'informatique et des libertés*, C-507/17; CGUE, 24 settembre 2019, *GC e a. vs Commission nationale de l'informatique et des libertés*, C-136/17.

bilanciamento che sono stati proposti, e che emergono nelle sentenze più recenti, sono soprattutto l'anonimizzazione e il *delisting*.

Secondo una sentenza italiana un po' singolare, la soluzione sarebbe quella di anonimizzare i riferimenti ai soggetti coinvolti, e nel caso di specie si potrebbe pretendere l'anonimizzazione poiché, siccome la vicenda in questione risaliva a più di vent'anni fa, non si tratterebbe più di esercizio della libertà di cronaca, ma di quello della libertà di ricerca storica, che sarebbe meno protetta¹⁴. Ma perché mai? Se proprio dovessimo davvero stabilire una gerarchia, dovremmo considerare che l'art. 33 Cost. che proclama la libertà della scienza e del suo insegnamento è semmai più netto rispetto all'art. 21 Cost. sulla libertà di stampa, che pure è tutelata, ma con maggiori cautele.

L'altro possibile strumento tecnico è il *delisting*: non si cancella la notizia dall'archivio informatico della fonte, ma semplicemente si chiede che non compaia più tra i primi dieci o venti risultati del motore di ricerca. Questo è uno strumento forse più ragionevole, perché non impedisce, facendo un po' di ricerche, di arrivare comunque all'informazione, e sta, infatti, incontrando un certo successo nella giurisprudenza recente, sia europea¹⁵ sia italiana¹⁶.

La distinzione più importante, però, rimane tra le vicende in cui la rilevanza pubblica o storica della questione limita il diritto all'oblio e quelle in cui invece tale rilevanza non c'è. E sono queste ultime, invero, le più numerose: casi in cui non esiste alcun interesse pubblico o storico, ed in cui di solito bastano le procedure interne dei motori di ricerca. È chiaro, però, che quando si arriva in giudizio su questi temi è più facile che si tratti di figure come un politico o un ex terrorista.

In chiusura occorre ribadire che il diritto all'oblio può assumere rilevanza anche con riferimento ad altre vicende, e non solo all'ambito informativo e digitale. Ci sono, infatti, anche altri campi in cui si parla di diritto all'oblio, e forse lo si fa in modo più convincente.

C'è, ad esempio, il diritto all'oblio della persona che cambia identità di genere. In questo caso, la persona ha diritto a che il nuovo prenome non sia necessariamente la traduzione dal maschile al femminile o viceversa del prenome precedente, ma possa anche essere un nome completamente diverso, perché si desidera cancellare radicalmente l'identità passata, oppure anche semplicemente evitare che il nuovo prenome risulti troppo strano¹⁷. Qui prevale l'interesse del soggetto: non c'è un contrapposto diritto all'informazione, alla storia o alla ricerca da tutelare, ma c'è piuttosto il diritto della persona di per sé considerato.

Più recentemente è stata introdotta la disciplina del cosiddetto diritto all'oblio oncologico, ovvero il diritto della persona che ha superato una malattia oncologica a che le relative informazioni non possano essere richieste o utilizzate

¹⁴ Cass., 22 luglio 2019, n. 19681.

¹⁵ *Biancardi vs. Italy*, n. 77419/16, 25 novembre 2021.

¹⁶ Cass., 8 febbraio 2022, n. 3952.

¹⁷ Cass., 17 febbraio 2020, n. 3877.

nei suoi confronti, ad esempio in ambito assicurativo, nelle procedure di adozione o in altri contesti¹⁸.

C'è poi un altro ambito più controverso, in cui comunque un bilanciamento ragionevole sembra essersi affermato: il diritto – un tempo si sarebbe detto all'oblio, oggi forse meglio alla riservatezza – della donna che sceglie di partorire in anonimato. In origine la normativa italiana prevedeva, nella sostanza, un diritto all'oblio assoluto: la totale inaccessibilità dell'informazione a chiunque, fino a che non fossero trascorsi cento anni dalla nascita. Ma una storica sentenza costituzionale¹⁹ dichiarò illegittima tale disposizione nella parte in cui non prevedeva la possibilità che l'interessato – cioè il figlio a suo tempo abbandonato ed ormai maggiorenne – potesse chiedere di interpellare in modo riservato, tramite soggetti terzi, la donna, per sapere se intendesse revocare la scelta dell'anonimato.

La donna può, naturalmente, confermare la sua scelta ed in tal caso si ritorna ad una forma di oblio. Ma potrebbe anche decidere diversamente, e non è così raro: possono essere passati molti anni, e la ragazza madre che aveva abbandonato il bambino può aver maturato un interesse a stabilire un contatto, o semplicemente a fornire informazioni. In questo caso si apre la possibilità di un accesso al dato che potrà avere una rilevanza sanitaria, genetica o comunque esistenziale e personale.

Vediamo dunque come questo lemma, “diritto all'oblio”, possa assumere significati assai diversi in varie aree del diritto. Certamente il primo riferimento cui tendiamo a pensare è *Google Spain*, ma non dovremmo limitare solo a questo tipo di vicende la nostra attenzione.

¹⁸ L. 7 dicembre 2023, n. 193, recante “Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche”.

¹⁹ Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, giudice relatore P. Grossi.

Table of contents

A. Travi La memoria	1
E. Stolfi Memoria, identità, tradizione. Brevi osservazioni in chiave storico-giuridica	6
M. Altimari L'esclusione dal lavoro degli ebrei italiani sotto il fascismo	20
M. Cecchi Dimmi che iscrizioni hai e ti dirò chi sei. La memoria del casellario giudiziale e le sue ricadute giuridico-sociali. Un invito allo studio	42
L. Tombelli Memoria, identità costituzionale e diritto penale: la funzione repressiva della giustizia nei confronti del negazionismo e dell'apologia dell'ideologia fascista	56
M. Compagnucci Segretezza materna e tutela dell'identità del nato: il nodo giuridico del parto anonimo	74
G. Askitas Haunted legal memory: Ibsen, International Law and the Ghosts of Yugoslavia	88
E. Giuliani Memorie di legalità. Disamina delle riflessioni mature di Piero Calamandrei sul principio di legalità declinato in chiave costituzionale	103
M. Frau Democrazia militante e democrazia aperta: due memorie storiche, due modelli costituzionali	115
M. Rizzuti Diritto alla memoria e diritto all'oblio	132