



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

TEMPO, MEMORIA E DIRITTO PENALE



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

Bologna - Febbraio / Dicembre 2018

ISSN 2240-7618

4/2018

EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

EDITORIAL BOARD

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

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

EDITORIAL STAFF

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

EDITORIAL ADVISORY BOARD

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

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

Vendetta, amnistia, riconciliazione e punizione tra memoria e oblio

*Venganza, amnistía, reconciliación y punición
entre memoria y olvido*

*Revenge, Amnesty, Reconciliation and Punishment
Between Memory and Oblivion*

ROBERTO BARTOLI

*Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Firenze
roberto.bartoli@unifi.it*

AMNISTIA

AMNISTÍA

AMNESTY

ABSTRACTS

Nel saggio l'Autore indaga il rapporto che intercorre tra il decorso del tempo e i diversi paradigmi del diritto punitivo, mettendo in evidenza come mentre vendetta e amnistia sono due paradigmi – per così dire – temporalmente assoluti, in cui, rispettivamente, memoria e oblio tendono a prendere il totale sopravvento, riconciliazione e punizione mediante giurisdizione sono invece due paradigmi – per così dire – temporalmente relativi, in quanto non solo memoria e oblio convivono, ma si pone anche la necessità di un loro sapiente equilibrio. E mentre nel paradigma della riconciliazione la convivenza risulta essere più “pacifica” e l'equilibrio più agevole da raggiungere, in quello della punizione mediante giurisdizione si viene a creare una vera e propria tensione dove invece il delicatissimo equilibrio è molto difficile da ottenere, soprattutto in una fase storica come questa, in cui la prescrizione viene sempre più concepita come istituto da neutralizzare a tutto vantaggio della manifestazione dell'interesse punitivo, riaffacciandosi così l'idea di una “giustizia infinita” propria del paradigma vendicatorio.

En este ensayo, el autor investiga las relaciones entre el curso del tiempo y los diferentes paradigmas del derecho penal. Mientras él afirma que venganza y amnistía representan dos -por así decirlo- paradigmas temporales absolutos, en los cuales, respectivamente, memoria y olvido dominan, reconciliación y castigo a través de la jurisdicción son en cambio dos -por así decirlo- paradigmas temporales relativos, toda vez que no solo memoria y olvido coexisten. Y mientras en el paradigma de la reconciliación el equilibrio es sencillo, en el paradigma del castigo por medio de la jurisdicción es muy difícil obtener equilibrio, sobre todo en una fase histórica como la actual, en la cual la prescripción es siempre más diseñada como un instituto que tiene que ser neutralizado a favor del interés punitivo, apareciendo así una “justicia infinita” típica del paradigma vengativo.

In this essay, the Author investigates the relationship between the course of time and the different paradigms of punitive law. While he affirms that revenge and amnesty represent two - so to speak - temporally absolute paradigms, in which, respectively, memory and oblivion dominate, he highlights that reconciliation and punishment through the jurisdiction are instead two - so to speak - temporally relative paradigms, since not only memory and oblivion coexist, but also the need for a wise balance arises. While in the paradigm of reconciliation, cohabitation turns out to be more “peaceful” and the balance is easier to reach, in that of punishment through the jurisdiction a real tension is to be found: The very delicate balance is very difficult to obtain, especially in a historical phase like this, in which statute of limitation increasingly leaves space to the manifestation of punitive interest, thus going back to the idea of an “infinite justice”, which pertains to the paradigm of vendetta.

SOMMARIO

1. Ringraziamenti. – 2. I paradigmi risolutivi di conflitti, tra memoria e oblio. – 3. La vendetta come regno della memoria. – 4. L'amnistia come regno dell'oblio. – 5. La riconciliazione come "pacifica" convivenza di memoria e oblio. – 6. La punizione mediante giurisdizione come tensione tra oblio e "memorabilità" del reato. – 6.1. Prescrizione del reato e tempi del processo. – 6.2. La questione dell'imprescrittibile.

1. Ringraziamenti.

Anzitutto, desidero ringraziare sentitamente l'amica e collega Emanuela Fronza per l'invito a partecipare a questo Seminario così prestigioso e stimolante.

Ho un legame profondo con Emanuela. Ciò che ci unisce da tempo, oltre all'amicizia, è un modo di concepire e vivere l'Università, non solo come luogo di ricerca e libertà, di libertà nella ricerca, ma anche come luogo di comunità e azzardo, di azzardo nella comunità. Certo, a volte l'azzardo può portare ad esiti – per così dire – tecnicamente perfettibili, ma senza dubbio l'azzardo consente di interrogarsi con maggiore forza e intensità, e quindi anche con maggiore coraggio, sul perché delle cose, sul perché della natura delle cose normative, "costringendo" a pensare radicalmente, vertiginosamente, e quindi a distruggere credenze e falsi miti, liberandosi dall'assuefazione dei luoghi comuni per tendere a un sapere che è sempre e costantemente critico.

E questo Seminario, questo nostro appuntamento, è la coerente espressione di questa visione, ed è per questo che ringrazio Emanuela sentitamente.

2. I paradigmi risolutivi di conflitti, tra memoria e oblio.

Tutto il diritto ha a che fare con il tempo e con le sue dimensioni: il passato, il presente e il futuro. E anche il diritto penale ha a che fare con il tempo¹. Da un lato, vi sono istituti che in modo più o meno diretto si basano proprio sul tempo: i principi e la disciplina della successione delle leggi penali; la rilevanza attribuita a fatti anteriori (recidiva) o successivi (condotte di collaborazione) alla commissione del reato; il reato permanente; la durata della pena detentiva; nonché, come vedremo, la prescrizione. Dall'altro lato, lo stesso meccanismo di funzionamento del diritto ha a che fare con il tempo e le tre dimensioni temporali. Senza dubbio con il presente: si pensi all'attività interpretativa, inevitabilmente condizionata dal contesto del momento applicativo in cui l'interpretazione si compie, "a scapito" della norma astratta adottata nel passato. Come anche con il futuro: si pensi alla minaccia insita nella previsione della fattispecie con relativa comminatoria edittale della pena e al concetto di risocializzazione. Ma soprattutto il diritto penale ha a che fare con il passato, e questo perché il suo oggetto principale, vale a dire il fatto, si colloca nel passato.

È la componente della illiceità, in particolare, che determina una valorizzazione significativa del passato. Nelle branche del diritto costituite prevalentemente da fatti leciti, le dimensioni temporali che vengono in gioco sono soprattutto il presente e il futuro, vale a dire il presente della formazione/manifestazione della volontà e il futuro dei suoi effetti: in tali settori oggetto del diritto sono comportamenti che sono espressione della libertà e sono orientati a cambiare la realtà. Nel diritto penale, vale a dire nel settore del diritto costituito soltanto da illeciti, a venire in gioco è il fatto che si colloca nel passato. Un fatto che non è soltanto quello storico-materiale, ma anche quello valoriale, o meglio disvaloriale, che esprime il "senso" del fatto storico. Se da un lato, infatti è vero che fatto storico e "senso" del fatto sono due realtà concettualmente distinte e scindibili e quindi collocabili in momenti temporali diversi (al fatto storico-materiale può sopravvenire una diversa valutazione, un diverso "senso"), dall'altro lato è tuttavia altrettanto vero che la dimensione giuridica punitiva necessita di una razionalità preliminare imprescindibile, potremmo dire esistenziale, costituita dalla circostanza che fatto storico e "senso disvaloriale" del fatto non possono che coincidere temporalmente, come ben espresso dal principio (se non addirittura dal diritto) assoluto e inderogabile della irretroatti-

¹ Spunti in PULITANÒ (2018), pp. 1 ss.

vità della legge penale sfavorevole.

Ebbene, il diritto penale riporta in vita il fatto storico e il senso del fatto. Il fatto è là, anche a distanza di molti anni, imm modificabile e il diritto penale lo risveglia. Ma nel momento in cui il diritto penale ha a che fare con il passato, entrano in gioco anche le due modalità con cui l'uomo si può relazionare al passato, vale a dire la memoria e l'oblio. Il fatto inserito nel passato si può ricordare come anche dimenticare. E come si relaziona il diritto penale con la memoria e l'oblio?

Di primo acchito, verrebbe subito da rispondere che il diritto penale non può che essere memoria, in quanto la stessa ragion d'essere del diritto penale, e cioè il reprimere e il punire fatti che esprimono un disvalore, non può che fondarsi sulla memoria del fatto: solo ricordando il fatto, il fatto può tornare a vivere; e solo tornando a vivere il fatto si può poi parlare di un'affermazione di responsabilità per il fatto commesso. Le istanze punitive, connesse alle funzioni della pena (non solo prevenzione generale e retribuzione, ma anche prevenzione speciale), spingono per la memoria del fatto. Tuttavia, le cose sembrano stare in termini molto più complessi. Da un lato, infatti, è ben possibile che vi siano ragioni per non ricordare il fatto e per non arrivare all'affermazione di una responsabilità: nel sistema penale moderno, alla memoria su cui si basa la sentenza di condanna si contrappone l'oblio del reato espresso dall'effetto estintivo della prescrizione. Dall'altro lato, e più in generale, il diritto penale non è soltanto il diritto penale che noi conosciamo oggi, quello della punizione mediante giurisdizione, volto all'accertamento processuale del fatto e alla condanna, ma, se si adotta un angolo visuale più ampio, ci si rende conto che gli strumenti per risolvere i conflitti hanno assunto e possono assumere una molteplicità di forme e paradigmi. Si pensi ai periodi storici in cui il diritto penale è stato soprattutto vendetta. Ma si pensi anche alle volte in cui il diritto penale si è orientato e si orienta tutt'ora nel senso della irresponsabilità e più precisamente della irresponsabilità collettiva, come accade allorquando trova applicazione l'istituto dell'amnistia. E si considerino infine anche altre forme di risoluzione dei conflitti, come ad esempio la giustizia riparativa, là dove tende a una riconciliazione/pacificazione tra i soggetti parte del conflitto.

Ebbene, se si adottata questa prospettiva più ampia, la domanda diviene: qual è il rapporto che intercorre tra i diversi paradigmi punitivi o comunque risolutivi di conflitti e le dimensioni temporali della memoria e dell'oblio? In particolare, si tratta di affrontare tre questioni fondamentali:

- 1) quale sia la valenza delle dimensioni temporali della memoria e dell'oblio riguardo alle dinamiche finalistiche dei singoli paradigmi;
- 2) se le esigenze finalistiche proprie di ogni paradigma permangano o vengano meno, allorquando esiste una distanza temporale tra la realizzazione del fatto e la sua "scoperta" o comunque l'attivazione delle istanze finalistiche del paradigma;
- 3) quale sia il ruolo del tempo con riferimento all'eventuale procedura che si attiva per la realizzazione delle finalità dei singoli paradigmi.

Anticipando quelle che saranno le nostre conclusioni, si può affermare che mentre vendetta e amnistia sono due paradigmi – per così dire – temporalmente assoluti, in cui, rispettivamente, memoria e oblio tendono a prendere il totale sopravvento, riconciliazione e punizione mediante giurisdizione sono invece paradigmi – per così dire – temporalmente relativi, in quanto non solo memoria e oblio convivono, ma si pone anche la necessità di un loro sapiente equilibrio.

3. **La vendetta come regno della memoria.**

Ci sarebbe molto da dire su che cosa si debba intendere per vendetta, trattandosi di un concetto terribilmente frainteso e soltanto negli ultimi decenni indagato liberandosi dallo schema evolucionista del diritto². Modernamente la vendetta viene concepita non solo come la totale negazione del diritto, ma anche della stessa giuridicità e quindi come un esercizio arbitrario della violenza tra privati che sfugge a qualsiasi controllo di tipo sociale: la vendetta si consumerebbe all'interno di un rapporto a due, tra offensore e vittima, e al di fuori di qual-

² In argomento, v. per tutti PIGLIARU (1959); PIGLIARU (1993); e poi sulla scia di A. Pigliaru, v. VERDIER (1980-1984); TERRADAS SABORIT (2008); nonché i contributi contenuti in DI LUCIA e MANCINI (2015). Per un quadro complessivo della tematica, v. anche CANTARELLA (2007); BERNI e COSI (2014).

siasi interrelazione con la società. Insomma, la vendetta sarebbe una violenza intrinsecamente illegittima e potenzialmente priva di limiti. A ben vedere, però, anche da un punto di vista storico, là dove è stata praticata, la vendetta non ha mai assunto siffatti caratteri³. La vendetta è stata piuttosto una forma di giustizia a due inserita all'interno di un contesto sociale capace di esercitare un controllo sia sul piano della legittimazione, come anche dei limiti.

Ecco allora che in termini sintetici si potrebbe affermare che esistono due diverse prospettive di vendetta: quella propriamente privata, pensabile tuttavia più come eccezione, per non dire violazione del nostro moderno sistema giurisdizionale pubblico, e quella che potremmo definire comunitaria, che si è concretizzata in determinati periodi storici contraddistinti proprio dall'assenza di un potere pubblico statale o comunque dalla presenza di un potere pubblico debole, forma di vendetta, quest'ultima, rispetto alla quale la comunità è comunque in grado di esercitare un controllo, se non giurisdizionale, comunque senza dubbio di tipo sociale e quindi giuridico. Altro discorso è quello relativo alla presenza di componenti vendicatorie all'interno del moderno paradigma punitivo-giurisdizionale a cui accenneremo in seguito⁴.

Ciò premesso, per quanto riguarda il rapporto che intercorre tra la vendetta e il tempo, potremmo dire che la vendetta si fonda sulla memoria e più precisamente su una memoria – per così dire – attiva, “vigile” e unilaterale, che implica la necessità di ricordare non solo il senso del fatto, ma prima ancora lo stesso fatto storico nella sua materiale vitalità. A ben vedere, infatti, la memoria autenticamente intesa è costituita da un certo distacco rispetto agli accadimenti (si potrebbe parlare da un certo oblio soprattutto del fatto storico) e dalla conservazione del senso degli accadimenti che, a seconda dei contesti, può implicare addirittura la custodia delle reciproche ragioni del conflitto. Diversamente, la memoria della vendetta è prioritariamente memoria del fatto storico, dell'accadimento concreto costantemente riportato in vita, rivissuto, ed è proprio grazie a questa persistente rievocazione del fatto che si mantiene vivo il senso del fatto e quindi la ragione della vendetta.

Nella vendetta il passato viene fatto rivivere nel presente, il passato si fa in qualche modo costantemente presente. Per tenere “sveglia” la vendetta (si ricordino le parole con cui Clitemestra risveglia le Erinni nella tragedia *Eumenidi* di Eschilo⁵), per non lasciarla sopire, occorre ricordare costantemente ciò che è accaduto e il senso di quanto accaduto in una prospettiva unilaterale. Occorre che le proprie ragioni siano costantemente riaffermate, ribadite. Nella vendetta non solo non si chiudono mai i conti con il passato, ma piuttosto i conti con il passato si fanno costantemente, fino a che non si restituisce in termini di reciprocità la violenza subita⁶.

Dalla circostanza che la vendetta si fonda sulla memoria “vigile” del passato, consegue che le esigenze di vendetta si attivano quale che sia il tempo trascorso tra la realizzazione del fatto e la sua scoperta. Non c'è dubbio che il decorrere del tempo può determinare un affievolimento della forza vendicatoria, tuttavia appartiene alla logica della vendetta l'inderogabile necessità dell'esercizio della violenza non appena si è a conoscenza del fatto commesso. Detto in altri termini, c'è una incompatibilità di fondo tra le esigenze della vendetta e quelle dell'oblio, non solo quando la scoperta del fatto è prossima alla sua verifica, ma anche quando è – per così dire – differita.

Infine, la vendetta si caratterizza per essere una giustizia che potremmo definire immediata, una giustizia cioè che non solo quando viene praticata non conosce mediazioni da parte di soggetti che si frappongono tra offensore e offeso, ma proprio in quanto non conosce mediazioni è realizzata nella immediatezza del fatto storico. Non ci si faccia ingannare dalla circostanza che tra il fatto offensivo e la vendetta può intercorrere un lungo lasso di tempo: proprio la circostanza che la vendetta è memoria vigile, anche quando c'è un ampio arco temporale che divide il fatto dalla vendetta, la vendetta risulta essere nella sostanza sempre immediata perché a ridosso del fatto storico costantemente riportato in vita.

Per completezza, non si può fare a meno di osservare come là dove è stata storicamente praticata la vendetta ha costituito un paradigma che ha sempre convissuto con altri strumenti risolutivi alternativi e neutralizzanti la stessa. Detto diversamente, la giustizia privata (secondo

³ Dalla prospettiva giuridica, cfr. i tre saggi di M. Sbriccoli contenuti nella Sezione *La giustizia negoziata e l'emersione del penale pubblico*, in SBRICCOLI (2009), pp. 47 e ss.; dalla prospettiva antropologica, cfr. TERRADAS SABORIT (2008), pp. 191 e ss.

⁴ In argomento, sia consentito rinviare a BARTOLI (2016), pp. 96 e ss.

⁵ «Ecco, sono io Clitemestra che dal vostro sonno vi chiamo» (vv. 115-116).

⁶ PORTINARO (2011), p. 210.

alcuni lo stesso paradigma della giustizia vendicativa in quanto tale⁷), non è stata soltanto vendetta, ma è stata anche, e forse ancor prima, pacificazione, compensazione, composizione, riconciliazione, perdono: «la giustizia negoziata ha le sue origini nel penale “privato” della prima fase cittadina, quello rimesso all’iniziativa della vittima, che aveva come fine il risarcimento (o meglio, la soddisfazione, dell’offeso), tanto da ricomprendere tra le sue forme ammesse ed accettate (e quindi ordinarie) anche la ritorsione da un lato o la composizione irrituale dall’altro [...] Composizioni, paci, accordi e transazioni, mediazioni e fideiussioni, compensazioni, reintegrazioni e risarcimenti, insieme a ritualità penitenziali o soddisfatorie, sono gli strumenti usuali della giustizia penale negoziata, in un sistema che vede i poteri pubblici come espressione di equilibri comunitari, e non alla stregua di delegati di una forma statale che a quegli equilibri si sovrappone. Composizioni, transazioni e paci [...] fanno riposare il loro carattere di giustizia sull’elemento della riparazione, condizione della riconciliazione e si caratterizzano per due linee modali: la linea che va dalla costrizione fino alla penitenza e al perdono, e quella che segue la logica della punizione, retribuzione, espiazione»⁸.

Ci sia concessa infine un breve digressione letteraria. L’intero tema del rapporto tra vendetta memoria e oblio è perfettamente sviluppato nell’opera letteraria *La tragedia di Amleto, Principe di Danimarca* di Shakespeare. Posto che si tratta di una tragedia che ha ad oggetto la crisi della vendetta⁹, tuttavia, proprio i punti di crisi consentono di cogliere gli elementi costitutivi della vendetta e il suo rapporto con il tempo. Circa le dinamiche, tutto il problema (il dilemma) nasce nel momento in cui Amleto sa che l’omicidio di suo padre è stato commesso dallo zio e il fantasma pronuncia l’imperativo “vendicami”. Imperativo che permane e che viene ribadito ogni volta che Amleto esprime esitazioni. La stessa rappresentazione teatrale, che determina una rottura del rapporto a due proprio della vendetta per aprire a un terzo (alla componente giurisdizionale?), oltre a costituire uno strumento per ottenere la prova del fatto storico, è anche ciò che rivivifica il fatto storico e la ragione della vendetta. E Amleto, che in realtà oppone forti resistenze alla vendetta, altro non vuole che dimenticare, perdere per sempre la conoscenza del fatto storico che sta alla base della vendetta.

Insomma, e conclusivamente, non solo la vendetta è memoria, ma non esiste alcuno spazio per l’oblio.

4. L’amnistia come regno dell’oblio.

Riguardo ai rapporti con il tempo, l’amnistia può essere considerata l’esatto contrario della vendetta. L’amnistia si fonda sull’oblio e più precisamente su una sorta di divieto di ricordare. Come ha scritto magistralmente CARL SCHMITT, «nella storia dell’umanità tutte le guerre civili che non sono terminate con la distruzione totale dell’avversario, si sono concluse con un’amnistia. La parola “amnistia” significa dimenticanza, e non solo dimenticanza, ma anche severo monito di rinviare nel passato e di cercarvi motivi per nuovi atti di vendetta e per richieste di risarcimento»¹⁰.

L’oblio dell’amnistia deve essere totale, tale da travolgere lo stesso fatto storico: nel momento in cui non si rievoca il fato e non si rinvanga nel passato, l’oblio del fatto storico agevola l’oblio del senso del fatto e quindi delle ragioni per la riaccensione di un nuovo conflitto. Non solo, ma l’oblio deve essere reciproco. Devono dimenticare tutti coloro che hanno preso parte al conflitto: per primi, e nell’immediato della fine del conflitto, i vincitori; successivamente anche i vinti. Se non ci fosse reciprocità, non potrebbe mai esserci una amnistia, sia perché spesso soprattutto nei conflitti politici esistono responsabilità all’interno di entrambe le parti, sia perché senza oblio reciproco permangono vive le ragioni della violenza (anche oggi viene da porsi la domanda se le lacerazioni della fine della seconda guerra mondiale siano state davvero rielaborate dal popolo italiano). Ecco perché le amnistie c.d. unilaterali sono un vero e proprio controsenso.

E’ interessante osservare come l’amnistia abbia avuto grande fortuna nel passato, mentre adesso conosce una notevole crisi. La causa del successo e della crisi dell’amnistia sembra es-

⁷ TERRADAS SABORIT (2015), pp. 125 e ss.

⁸ SBRICCOLI (2001), p. 357. In argomento cfr. anche TERRADAS SABORIT (2015), pp. 131 e ss.; ROUSSEAU (1996), pp. 273 e ss.; VELLERANI (2005), pp. 167 e ss.; nonché, i contributi contenuti in ZORZI (2009); NICCOLI (2007).

⁹ GIRARD (2002), pp. 432 e ss.

¹⁰ SCHMITT (1983), p. 126.

sere connessa al diverso tipo di contesto in cui viene praticata.

Lo strumento dell'amnistia risulta particolarmente coerente quando riguarda un conflitto valoriale che si inserisce all'interno di un contesto politico – per così dire – avaloriale, in un contesto cioè in cui nessuna delle due parti afferma i propri valori come assoluti e valevoli anche per l'altra parte ovvero in cui i valori promossi da entrambe le parti sono considerati reciprocamente legittimi e quindi in un contesto in cui il conflitto violento è considerato strumento legittimo per la risoluzione delle controversie. In un contesto avaloriale così delineato, non è possibile che il vincitore giudichi lo sconfitto. Se ciò accadesse, si avrebbe una prosecuzione del conflitto attraverso l'esercizio della giurisdizione, conflitto che tuttavia trasmoderebbe in una sorta di annientamento del nemico in quanto il soggetto ormai sconfitto non sarebbe in grado di fronteggiare la parte avversa. Essendo entrambe le parti legittime, a conclusione del conflitto è necessario sospendere ogni valutazione delle ragioni reciproche, perché sarebbe addirittura impossibile trovare un soggetto terzo. Proprio perché entrambe le parti sono legittime, l'amnistia diviene uno strumento imprescindibile. In sostanza, in un contesto avaloriale l'amnistia diventa lo strumento indispensabile proprio per ribadire la legittimità delle istanze di ciascuna parte e mantenere in vita lo stesso contesto avaloriale¹¹.

Al contrario, in un contesto valoriale, in un contesto che potremmo definire “costituzionale” (nazionale o internazionale), esistente o costituentesi, in un contesto, cioè, in cui si tendono ad affermare valori assoluti da tutti condivisi che determinano una posizione di “illegittimità” nel momento in cui tali valori vengono compromessi, l'amnistia diviene senza dubbio uno strumento distonico, ponendosi in forte tensione proprio con quei valori comuni ed unitari su cui per l'appunto si basa o si baserà il patto costituzionale.

L'amnistia contraddice proprio tale prospettiva costituzionale, che presuppone, se non una vera e propria riconciliazione, quanto meno una reale ed effettiva partecipazione di una pluralità di soggetti alla conclusione di un patto a cui tutti aderiscono e che tiene conto di quanto accaduto: non solo la fondazione di un patto non può basarsi sul vuoto dell'oblio, ma soprattutto, qualora si tratti di un patto costituzionale, non può basarsi su ciò che alla fin fine contraddice la stessa dimensione valoriale che contraddistingue il patto.

Si pensi, quanto meno in termini tendenziali, all'attuale assetto internazionale, allorquando si concludono conflitti tra Stati o comunque guerre civili¹². Ebbene, l'amnistia contraddice sia la prospettiva sovranazionale, che presuppone l'esistenza di valori superiori condivisi, sia la prospettiva costituzionale, che presuppone, se non una vera e propria riconciliazione, quanto meno una reale ed effettiva adesione alla nuova compagine valoriale.

Ma si pensi anche, e per certi aspetti soprattutto, al piano nazionale in tempo di pace¹³. Non è un caso che in un sistema penale come il nostro, la valorizzazione dell'amnistia passi da valutazioni che si legano alle funzioni della pena e in particolare alla rieducazione del soggetto in un rapporto tra Stato e cittadino, per cui lo Stato è disposto a dimenticare, ma per il riconoscimento di valori condivisi che stanno alla base della convivenza. Con la conseguenza che a prendere corpo sono soprattutto le amnistie condizionate, cioè quelle amnistie che non si basano su un vero e proprio oblio, ma trasformano la punizione. Insomma, in un contesto valoriale, l'oblio entra in forte tensione con la necessità di riaffermare quei valori che sono per l'appunto alla base del contesto valoriale.

5. La riconciliazione come “pacifica” convivenza di memoria e oblio.

Il rapporto che intercorre tra riconciliazione e tempo è piuttosto articolato. Per quanto riguarda la valenza delle dimensioni temporali rispetto alle dinamiche riconciliative, in estrema sintesi possiamo parlare di una memoria del fatto e, più precisamente, di una memoria della verità del fatto storico, di un oblio del senso del fatto e di una memoria del “nuovo” senso del fatto.

¹¹ SCHMITT (1983), pp. 125 e ss. Sulla stessa scia cfr. FREUND (1971), pp. 173 e ss.; SCHNUR (1986), pp. 153 e ss.; QUARITSCH (1995), pp. 93 e ss.

¹² BASSIOUNI (2010), pp. 23 e ss.

¹³ Cfr. ZAGREBELSKY (1974); GEMMA (1983); MAIELLO (2008), pp. 421 e ss. Per l'attuale dibattito, cfr. gli interventi pubblicati in ANASTASIA *et al* (2018).

La riconciliazione è anzitutto memoria del fatto storico e più precisamente memoria della verità del fatto storico¹⁴. Se infatti l'amnistia comporta l'oblio e la vendetta si basa sulla memoria unilaterale del fatto, la riconciliazione si orienta verso la verità dei fatti, da intendersi come il presupposto fondamentale per ricostruire il minimo di fiducia che consente la convivenza. Si realizza così la costruzione comunitaria della verità, che deve essere comunque prima di tutto verità dei fatti. La verità, quindi, non solo è funzionale all'esigenza di ricostruire una sorta di memoria collettiva, ma soprattutto diviene il valore fondamentale sul quale ricostruire la convivenza: gli autori del crimine devono dimostrare di accettarla, le vittime vogliono essere ascoltate. Detto diversamente, là dove il crimine ha rotto l'unità, il patto di convivenza, si pone l'esigenza di ricostruire questa unità, ed il primo passo per farlo è la ricostruzione della verità dei fatti, la quale è una sorta di preconditione per la riconciliazione interindividuale e sociale, come anche per la creazione di una memoria collettiva.

Una volta che si è ricostruito il fatto occorre che il senso del fatto sia in qualche modo dimenticato. Se infatti si continuasse a mantenere vivo il senso del fatto, allora è evidente che si protrarrebbe la causa e la ragione del conflitto che determinano una impossibilità di riconciliarsi.

Infine, dimenticato il senso del fatto si apre lo spazio per la creazione di un nuovo senso del fatto che deve essere conservato e custodito come fondamento per la nuova convivenza. Certo, dentro questa memoria c'è anche la memoria di ciò che è materialmente accaduto, ma non si tratta di una memoria unilaterale, che conserva le ragioni di una parte del conflitto, ma alla fin fine di una memoria collettiva, che può arrivare addirittura a conservare le ragioni del conflitto nella sua complessità.

La riconciliazione proprio perché basata sulla verità dei fatti e sull'incontro tra le parti può diventare strumento fondamentale di veri e propri procedimenti costituenti volti a ridefinire il patto di convivenza rotto attraverso il conflitto politico-valoriale¹⁵.

Per quanto riguarda la permanenza delle esigenze riconciliative allorquando esiste una distanza tra il fatto realizzato e l'attivarsi delle logiche riconciliative, si deve osservare come non vi sia alcuno spazio per la prescrizione e più in generale per l'oblio. Anzi, l'oblio costituirebbe proprio quel passaggio che negando la memoria del fatto storico e della sua verità precluderebbe qualsiasi possibilità di autentica riconciliazione. È qui che si misura l'incolmabile distanza che intercorre tra la riconciliazione e l'amnistia e la vicinanza tra la riconciliazione e la vendetta. Riconciliazione e vendetta sono accomunate, infatti, dalla memoria del fatto storico, dovendosi osservare come mentre nella riconciliazione la memoria implica il concorso dell'offensore e dell'offeso al fine di ricostruire la verità dei fatti, nella vendetta la memoria del fatto storico è unilaterale, necessariamente unilaterale. E riconciliazione e vendetta sono incompatibili con l'oblio. Altro tema ancora da indagare sarebbe il rapporto che intercorre tra una eventuale memoria della sentenza di condanna e il successivo percorso di riconciliazione¹⁶.

Infine, si deve osservare come venga in gioco una dimensione processuale o comunque procedurale di cui si deve tenere conto. La riconciliazione infatti è una forma di giustizia che si articola attraverso passaggi che si sviluppano nel tempo. Come gioca il decorso temporale della procedura nelle dinamiche della riconciliazione? Il ruolo del tempo riguardo all'eventuale procedura finisce per essere – per così dire – neutro o servente, nel senso che il ruolo del tempo della procedura risulta funzionale alle stesse finalità riconciliative. E' come se il decorso del tempo si sospenda per essere gestito dalle parti del conflitto. Proprio perché lo scopo è la soluzione del conflitto mediante l'incontro, il decorso del tempo non è mai un "ostacolo" alla riconciliazione, ponendosi piuttosto al servizio del percorso di riconciliazione. Quindi non solo anche a distanza di anni è opportuno che ci si possa occupare del caso, ma la stessa durata della procedura per ricordare non condiziona o altera in termini negativi la finalità della riconciliazione.

Un'altra dinamica sistemica innescata dal fatto di reato che vede una convergenza e combinazione di memoria e oblio è individuabile nella risocializzazione: come nella riconciliazione l'elemento della memoria è imprescindibile, poiché ogni credibile prospettiva di reinserimento sociale poggia su di una assunzione di responsabilità da parte del reo, su di una presa di coscienza da parte di quest'ultimo del disvalore incarnato storicamente dalla propria condotta criminosa; al contempo però è imprescindibile una presa di distanza dal fatto di reato non solo

¹⁴ DAMAŠKA (2006), pp. 16 e ss.; ORLANDI (2007), pp. 154 e ss.

¹⁵ V. per tutti LOLLINI (2005).

¹⁶ Cfr. BERTAGNA *et al.* (2015).

da parte dell'autore ma di tutta la collettività, la quale appunto, contemperando la dimensione prettamente punitiva (retributiva e generalpreventiva) con quella risocializzativa, dimostra una parziale 'dimenticanza' del senso del fatto criminoso, ne accetta un parziale oblio al fine appunto di consentire l'articolazione della prospettiva risocializzativa.

6. La punizione mediante giurisdizione come tensione tra oblio e "memorabilità" del reato.

Il rapporto che intercorre tra il paradigma della punizione mediante giurisdizione e le dimensioni temporali della memoria e dell'oblio risulta piuttosto complesso, anche perché inevitabilmente articolato in ragione della presenza della componente processuale.

Anzitutto, anche al fine di agevolare la nostra esposizione, si deve osservare come quello della punizione mediante giurisdizione sia un paradigma che riproduce nella sostanza una logica vendicativa, la quale, all'interno di un sistema in cui la forza/violenza è spostata dalla mano dei privati a quella del potere pubblico, si manifesta in termini di rischi di strumentalizzazione del reo ed eccessi punitivi nonché di vero e proprio autoritarismo¹⁷. Insomma, è l'esercizio della violenza in quanto tale e la logica della risposta al male della violenza con la pratica di altrettanta violenza a esprimere il cuore della componente vendicativa, la quale necessita di bilanciamenti e attenuazioni. Anzi, proprio la combinazione della logica vendicativa con il carattere pubblico della forza spinge per un energico bilanciamento attraverso le garanzie da contrapporre agli eccessi punitivi che si colorano di autoritarismo. E se nei sistemi vendicatori del passato l'umanizzazione della risposta punitiva si poteva raggiungere mediante l'attivazione degli strumenti di riconciliazione, nei sistemi di punizione mediante giurisdizione pubblici l'umanizzazione passa anzitutto dai principi e dalla loro capacità di incidere sulla configurazione dei singoli istituti.

Ecco allora che i sistemi pubblici punitivi giurisdizionali possono ispirarsi a una logica più o meno vendicativa a seconda che le istanze di garanzia siano meno o più soddisfatte. Così, ad esempio, sistemi basati su pene fortemente afflittive, per non dire escludenti ed espulsive, come la pena di morte o la pena carceraria, accentuano le componenti vendicative. Al contrario, sistemi basati su pene meno afflittive e più includenti le attenuano. Alla stessa stregua, un sistema inquisitorio accentua la logica vendicativa, che invece diminuisce in presenza di un sistema accusatorio.

Ciò premesso, nel paradigma punitivo mediante giurisdizione le ragioni della memoria e dell'oblio trovano la massima espressione all'interno dell'istituto della prescrizione, istituto decisamente sfuggente, ambiguo, difficilissimo da razionalizzare già sul piano del fondamento e degli interessi in gioco¹⁸.

L'effetto estintivo prodotto dalla *prescrizione della pena* trova una spiegazione per certi aspetti più agevole, in quanto la dialettica tra memoria e oblio risulta più lineare ed evidente¹⁹. Da un lato, v'è una sentenza irrevocabile di condanna attraverso la quale è stato accertato un fatto e una responsabilità e questa sentenza irrevocabile di condanna esprime un'autentica istanza di memoria del fatto e del senso del fatto nonché della responsabilità per il fatto. Si noti, inoltre, come attraverso la sentenza irrevocabile di condanna siano indubbiamente soddisfatte esigenze di prevenzione generale e retributive. Dall'altro lato, alla memoria della sentenza di condanna si contrappone l'oblio della pena: l'interesse ad eseguire la pena si affievolisce fino ad annullarsi in quanto con il trascorrere del tempo si attenua il rapporto personale che intercorre tra la responsabilità e la pena. In buona sostanza, una volta intervenuta la sentenza irrevocabile di condanna, le residue esigenze di prevenzione generale e retribuzione legate alla concreta esecuzione della pena s'attenuano col decorso del tempo e l'effetto estintivo della pena conseguente al maturare dei termini prescrizionali risulta espressione di istanze di prevenzione speciale che si rafforzano via via coll'incremento della distanza temporale non solo dalla commissione del fatto ma anche dalla emanazione della sentenza.

Il fondamento della prescrizione del reato risulta invece molto più difficile da comprendere, non solo perché mancano letture univoche, ma anche – e direi soprattutto – perché la

¹⁷ In argomento, sia consentito rinviare a BARTOLI (2016), pp. 96 e ss.

¹⁸ Sul punto, v. per tutti PULTANÒ (2018), pp. 1 e ss.

¹⁹ Sul tema, v. per tutti MANTOVANI (2008).

prescrizione del reato ha un rapporto strutturalmente ambiguo con la dimensione processuale che rende problematicissima la stessa individuazione degli interessi in gioco. Rapporto ambiguo che con il tempo ha portato a una eccessiva “processualizzazione” della prescrizione, snaturandone la *ratio* e la disciplina.

Anzitutto, la prescrizione ha ad oggetto un reato rispetto al quale manca un accertamento sia del fatto che della responsabilità. Al netto dei problemi che ciò comporta sul piano applicativo nel momento in cui si dichiara la prescrizione, proprio perché non si è in presenza di un reato accertato, ma di un’ipotesi di reato tutta da verificare, al tempo dell’oblio del reato non ancora accertato (si potrebbe parlare di vero e proprio fatto nella sua materialità) non può essere contrapposta una vera e propria esigenza di memoria (concernente il senso del fatto), che, come abbiamo visto, si ha quando v’è una sentenza irrevocabile di condanna. Piuttosto all’oblio del reato connesso al reale e ineluttabile decorso del tempo si oppone un interesse che potremmo definire alla “memorabilità del fatto”, che in virtù del suo carattere potenziale ha una valenza – per così dire – relativa. Insomma, all’interno della prescrizione del reato gli interessi in gioco sono costituiti dall’oblio del reato e dalla sua “memorabilità” mediante l’eventuale e possibile sentenza di condanna.

In secondo luogo, vero che il decorso del tempo determina un affievolirsi delle esigenze punitive, è anche vero che il momento in cui il tempo giunge al proprio decorso si presenta come una medaglia a due facce: da un lato, dalla prospettiva dello Stato, stanno le esigenze di prevenzione generale e retributive, di modo che il tempo che va dalla commissione del reato fino alla scadenza del termine esprime per l’appunto la memorabilità del fatto; dall’altro lato, dalla prospettiva del “reo”, stanno le esigenze personalistiche in quanto con la scadenza del termine si deve registrare (in termini convenzionali) il momento in cui si può ritenere che sia venuto meno il rapporto di “appartenenza personale” tra il reo e il reato.

Inoltre, e questo a nostro avviso è un aspetto davvero centrale, si deve osservare come sia estraneo alle problematiche della prescrizione quello che di solito viene indicato come l’interesse a punire dello Stato che si manifesta mediante l’attivazione del processo. Tale interesse, infatti, non acquista una vera e propria autonomia, sia perché unilaterale, in quanto espresso dall’accusa, sia perché strumentale all’accertamento del fatto e della responsabilità e quindi nella sostanza strumentale all’interesse della memorabilità. L’interesse a punire che si manifesta attivando il procedimento e per tutto il processo è certamente pubblico, ma unilaterale, mentre la memoria della sentenza irrevocabile di condanna è un interesse non solo pubblico, ma comunitario, affermato dalla giurisdizione. E la prescrizione non è un limite alle ragioni punitive unilaterali, ma alla memorabilità del fatto, con la conseguenza che proprio nel momento in cui rinunciò alla memorabilità del fatto, non posso che rinunciare anche alla pretesa unilaterale del fatto, e là dove lascio margini alla memorabilità del fatto sussistono margini per l’interesse a punire. Mentre sarebbe del tutto errato ritenere il contrario, e cioè che l’interesse a punire unilaterale manifestato attraverso l’attivazione del processo possa andare a incidere sulla memorabilità del fatto.

Da tutto ciò consegue che mentre l’interesse alla memorabilità esprime una concezione del diritto penale finalizzata alla prevenzione generale e alla retribuzione (non è un caso che il tempo della prescrizione finisca per essere ancorato al disvalore del fatto), l’interesse all’oblio esprime una garanzia per il reo, con la conseguenza che è nella dialettica memorabilità/oblio che si giocano gli equilibri tra esigenze preventive e garanzia. Al contrario, una rilevanza attribuita all’interesse a punire attivato mediante il processo rischierebbe di essere espressione di un illegittimo autoritarismo, trattandosi di un interesse unilaterale, nella sostanza estraneo alla dialettica memorabilità/oblio, soprattutto se poi a tale interesse fosse riconosciuta una prevalenza per così dire assoluta rispetto agli altri interessi.

Infine, l’ultimo profilo da chiarire è l’incidenza dei tempi del processo sui tempi della prescrizione. Il problema si pone quando le indagini avviano prima che sia trascorso il tempo della prescrizione. Non tanto perché – come abbiamo appena precisato – con l’avvio delle indagini si manifesta l’interesse a punire, quanto piuttosto perché le dinamiche del processo possono risultare un impedimento “patologico” al raggiungimento della sentenza irrevocabile di condanna, ragion per cui i tempi del processo possono agevolare in termini disfunzionali l’effetto estintivo derivante dalla prescrizione, dovendosi quindi parlare di un rischio “impunità”.

6.1. *Prescrizione del reato e tempi del processo.*

Alla luce di queste considerazioni si possono compiere alcune riflessioni di fondo circa il rapporto tra prescrizione e tempi del processo e sulla questione dell'imprescrittibile.

Circa il primo tema, se le istanze processuali non si attivano o comunque si attivano dopo che il tempo dell'oblio è interamente decorso, un problema di rapporti tra prescrizione del reato e tempi del processo nemmeno si pone. Ma se le istanze si attivano mentre decorre il tempo dell'oblio, sorgono problemi perché i tempi del processo possono incidere sui tempi dell'oblio, o meglio, sui tempi della memorabilità. Insomma, la prescrizione può essere l'esito di una irragionevole durata del processo.

Andando ancora più in dettaglio, va da sé che se le istanze si attivano a ridosso della commissione del fatto, in astratto non si pone alcun problema, perché il tempo della prescrizione tende a garantire l'espletamento del processo, ma in concreto si possono porre problemi là dove inefficienze e strumentalizzazioni allungano la durata del processo impedendo di raggiungere la sentenza di condanna prima che trascorra il tempo necessario all'effetto estintivo. Quindi, quando il procedimento si attiva a ridosso del fatto, lo stesso tempo individuato per l'effetto estintivo è a garanzia dei tempi del processo, ma in concreto la durata anomala del processo può condurre alla prescrizione frustrando l'interesse del processo.

Se invece le istanze si attivano a distanza dalla realizzazione del fatto, vero che l'attivazione esprime istanze, è anche vero che l'incidenza del processo sulla prescrizione è relativa, proprio perché da un lato siamo prossimi alla prescrizione ma soprattutto non ci sono presupposti di tipo processuale, legati allo stesso processo, per attribuire una eccessiva rilevanza al processo.

Preso atto che i tempi del processo possono incidere sulla prescrizione, ecco sorgere due questioni: è ragionevole attribuire rilevanza ai tempi del processo in modo tale da incidere sul tempo della prescrizione e quindi dilatare il tempo della memorabilità/oblio in virtù degli eventuali effetti perversi delle inefficienze del processo sulla prescrizione? Sul piano tecnico, come si può dare rilevanza a questi tempi del processo che allungano il tempo della memorabilità/oblio?

Circa la prima questione, è indubbio che nella costruzione della disciplina della prescrizione si debba prendere in considerazione il tempo del processo: il tempo dell'oblio non può essere realisticamente e ragionevolmente determinato senza tenere conto dei tempi occorrenti per il processo²⁰.

Circa la seconda questione, da tempo si contrappongono due diverse concezioni, quella dualistica (di matrice processuale e di più recente elaborazione) e quella monista (di matrice sostanziale e – per così dire – più tradizionale). La soluzione dualista distingue tra prescrizione del reato, che decorre dal momento del fatto fino all'attivazione processuale, e prescrizione del processo, che invece decorre dalla attivazione processuale fino alla scadenza di determinati termini (termini di durata stabiliti per l'intero processo o per singole fasi). La soluzione monista ricomprende invece i tempi del processo all'interno del tempo della prescrizione ma dilata il tempo dell'oblio mediante gli strumenti dell'interruzione o della sospensione.

Il punto che ci interessa mettere in evidenza qui è che entrambe queste concezioni, a ben vedere, prendono in considerazione i tempi del processo in modo tale da comportare un allungamento del termine della prescrizione reato. Sotto questo profilo, quindi, entrambe le prospettive ritengono opportuno prendere in considerazione il tempo del processo incidendo, allungandolo, sul tempo dell'oblio²¹. Nelle ricostruzioni moniste della prescrizione, che dovrebbero trascurare il processo, lo si apprezza nel momento in cui sono previste ipotesi di sospensione o interruzione. Parimenti, nelle ricostruzioni dualiste, che dovrebbero trascurare l'oblio del reato una volta attivato il processo, si dà rilevanza anche all'oblio del reato nel momento in cui si pongono limiti alla durata del processo; anche se nel cono della prescrizione processuale le istanze "sostanziali" dell'oblio tendono ad intrecciarsi e a sovrapporsi a quelle "processuali" del principio della ragionevole durata del processo.

D'altra parte, non si può fare a meno di osservare come il modo di prendere in considerazione il tempo sia decisamente diverso, con importanti conseguenze non solo – e non tanto – sulla legittimità degli esiti, ma prima ancora sulla maggiore o minore controllabilità della ragionevolezza degli esiti.

²⁰ PULITANO (2018), p. 6.

²¹ Per un ridimensionamento delle differenze "di fondo" tra concezioni moniste e concezioni MARINELLI (2016), pp. 497 e ss.

Nella prospettiva dualistica, la costruzione autonoma della prescrizione del processo rispetto alla prescrizione del reato può determinare tempi complessivi di prescrizione così elevati da attribuire un'eccessiva prevalenza alla memorabilità del fatto, a scapito delle garanzie del reo. Il tempo complessivo (prescrizione reato e prescrizione processo) può diventare un tempo lunghissimo e nel momento in cui si attribuisce rilevanza al tempo del processo sganciandolo dai tempi della prescrizione, si finisce per determinare una prevalenza eccessiva dei tempi del processo su quelli della prescrizione. Poniamo il caso che per un reato sia previsto un termine di prescrizione di cinque anni. Ebbene, l'attivazione del processo il giorno primo della scadenza del termine di prescrizione implica che ai cinque anni se ne debbano sommare per esempio altri sette relativi alla prescrizione del processo nel suo complesso.

Inoltre, attribuire rilevanza autonoma ai tempi del processo finisce per svincolare il decorso del tempo dalla gravità del reato. Nel momento in cui si attiva il processo, la prescrizione del processo finisce per essere identica per tutti i reati, indipendentemente dalla loro gravità.

Senza considerare che, a ben vedere, la prescrizione del processo finisce per mancare gli stessi obiettivi che si vorrebbero perseguire. Da un lato, la prescrizione del processo può creare più impunità della stessa prescrizione del reato: com'è stato efficacemente osservato, «una ricostruzione autonoma del processo [...] porterebbe a conseguenze paradossali: una disfunzione del processo, che cagionasse la scadenza del termine, avrebbe come esito concreto l'impunità, in tempi che, se il processo è stato avviato a poca distanza temporale dal fatto, potrebbero teoricamente essere molto brevi anche per delitti gravi»²². Dall'altro lato, attraverso la prescrizione del processo può essere compromessa la stessa ragionevole durata del processo, in quanto v'è il rischio che siano incentivate tattiche dilatorie.

Insomma, i tempi del processo devono rilevare all'interno della prescrizione, perché se si rompe il rapporto tra i tempi del processo e la prescrizione del reato la frustrazione dei tempi dell'oblio può risultare eccessiva.

Altra questione ancora è poi quale soluzione adottare all'interno delle concezioni moniste: se basarsi sui meccanismi dell'interruzione oppure su quelli della sospensione²³.

6.2. *La questione dell'imprescrittibile.*

Il significato dell'imprescrittibile è molto peculiare: non significa soltanto che ci sono reati il cui disvalore è indifferente al trascorre del tempo, ma anche che non ci sono limiti alla memorabilità (elemento solo potenziale) e quindi alla sentenza di condanna che può intervenire in qualsiasi momento. Con la conseguenza ulteriore che non esiste alcun limite all'attivazione del processo. Nell'imprescrittibilità la memorabilità, pur essendo potenziale, prevale sulla garanzia del tempo dell'oblio. Ma si viene a determinare anche un effetto ulteriore, e cioè che lo stesso processo può essere attivato in qualsiasi momento. Insomma, se è vero che nel momento in cui rinuncio alla memorabilità del fatto rinuncio anche all'interesse a punire, è anche vero che nel momento in cui affermo la perenne memorabilità del fatto attribuisco una sorta di prevalenza all'interesse a punire sempre e comunque attivabile.

Occorre osservare che esistono due tipologie di imprescrittibilità: quella sostanziale e quella processuale. L'imprescrittibilità sostanziale è connessa alla commissione del reato, al decorso oggettivo del tempo e alla gravità del reato commesso, ragion per cui vi sono reati che esprimono un particolare disvalore che risultano imprescrittibili. Un reato prescrivibile è un reato rispetto al quale si è giunti a un punto di maggiore o minore equilibrio tra le istanze dell'oblio e le istanze della memorabilità. Un reato imprescrittibile è un reato rispetto al quale le istanze della memorabilità prevalgono in termini assoluti. Ecco allora che per colmare il *vulnus* derivante dalla circostanza che si attribuisce prevalenza assoluta alla memorabilità rispetto all'oblio, devono esserci ragioni validissime, solitamente connesse alla particolare gravità del fatto commesso, per prevedere l'imprescrittibilità.

Andando ancora più a fondo, si può osservare come se dietro la prescrizione c'è una *ratio* garantista, legata alla circostanza che l'ordinamento rinuncia alla pretesa di destare la memoria del senso del fatto quando le conseguenze giuridiche finiscono per andare a colpire un soggetto che risulta essere completamente diverso, dietro l'imprescrittibilità v'è l'idea di un fatto il

²² PULITANÒ (2018), p. 7.

²³ In argomento, v. per tutti PULITANÒ (2018), pp. 12 e ss.

cui disvalore è così significativo da prevalere sull'interesse all'oblio e ribadire in ogni momento l'esistenza di un legame indissolubile tra il soggetto e il reato, di un rapporto di "appartenza personale" tra il reo e il reato.

D'altra parte, non ci possiamo dimenticare che l'imprescrittibilità si porta sempre dietro con sé la circostanza che il processo può essere iniziato in qualsiasi momento e che l'attivazione del processo presenta una indiscussa unilateralità, in quanto il fatto e la responsabilità sono tutti da accertare. Ecco allora che il reato imprescrittibile non pone solo un problema di possibilità di memoria del senso del fatto (sentenza definitiva di condanna) quando tale memoria rischia di non avere più senso in termini di ragionevolezza, ma pone anche e per certi aspetti soprattutto un problema di permanenza della pretesa punitiva unilaterale, con il rischio di tenere il cittadino sotto scacco perennemente. Ma è il particolare disvalore del fatto che in termini del tutto eccezionali può giustificare tutto questo.

Si può parlare invece di imprescrittibilità processuale quando, anche in presenza di reati di per sé prescrivibili, determinati atti del procedimento penale (ad esempio l'esercizio dell'azione penale o l'emaneazione della pronuncia di primo grado) comportano una sospensione *in aeternum* della prescrizione, per cui viene meno ogni limite temporale che possa dar spazio alle ragioni dell'oblio o al principio della ragionevole durata del processo. Ciò oltretutto in ragione dell'interesse a punire manifestato mediante il processo che, come abbiamo visto, è un interesse estraneo alla prescrizione. Si determina una visione decisamente autoritaria in cui l'unilateralità dell'interesse a punire prevale su tutto, anche sulla stessa dinamica e dialettica memoria/oblio.

Ed anche l'ancoraggio alla sentenza di primo grado risulta essere un autentico palliativo per non dire un vero e proprio inganno da illusione ottica. La sentenza di primo grado, infatti, non è memoria, non solo perché revocabile ma anche perché può essere assolutoria. Attribuire rilevanza alla sentenza di primo grado, che oltretutto può essere di assoluzione, significa attribuirle una funzione di memoria che tuttavia non ha: di più, è attribuire memoria a ciò che, là dove v'è assoluzione, non dovrebbe essere dimenticato, in quanto quel fatto nemmeno doveva esser ricordato.

Inoltre, bloccare la prescrizione con l'attivazione del processo torna a sganciare definitivamente la prescrizione dalla gravità del reato.

Infine, se già l'imprescrittibilità sostanziale tiene sotto scacco il soggetto, quella processuale lo tiene sotto scacco ma in virtù dell'attivazione processuale, con tutti i rischi strumentali che si possono originare. A quel punto meglio la imprescrittibilità *ab origine*, che quella innescata mediante l'attivazione del processo.

Ecco allora che, concludendo, attraverso l'imprescrittibile viene potenziata al massimo la logica vendicativa del paradigma punitivo mediante giurisdizione. Imprescrittibilità significa impossibilità di dimenticare come avviene per la vendetta. Non solo, ma allorquando si ha a che fare con l'imprescrittibilità processuale la logica diventa addirittura autoritaria in quanto la determinazione della imprescrittibilità non dipende più dalla gravità del reato, ma dall'attivazione del potere accusatorio, con tutti i rischi di strumentalizzazione che ciò può comportare.

Bibliografia finale

ANASTASIA, Stefano, CORLEONE, Franco e PUGIOTTO Andrea (2018): *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse).

BARTOLI, Roberto (2016): "Il diritto penale tra vendetta e riparazione", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 96-108.

BASSIOUNI, Cherif Mahmoud (2010): "La valutazione delle conseguenze dei conflitti: l'accertamento delle responsabilità e l'impunità", *Criminalia*.

BERNI, Stefano e COSI, Giovanni (2014): *Fare giustizia. Due scritti sulla vendetta* (Milano, Giuffrè).

- BERTAGNA, Guido, CERETTI, Adolfo e MAZZUCATO, Claudia (2015): *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto* (Milano, Il Saggiatore).
- CANTARELLA, Eva (2007): *Il ritorno della vendetta* (Milano, Rizzoli).
- DAMAŠKA, Miriam (2006): "L'incerta identità delle Corti penali internazionali", *Criminalia*.
- DI LUCIA, Paolo e MANCINI, Letizia (2015): *La giustizia vendicativa* (Pisa, ETS).
- FREUND, Julien (1971): "Amnestie – ein auferlegtes Vergessen", *Der Staat*, pp. 173-189.
- GEMMA, Gladio (1983): *Principio costituzionale di eguaglianza e remissione della sanzione* (Milano, Giuffrè).
- GIRARD, René (2002): *Shakespeare. Il teatro dell'invidia* (Milano, Adelphi).
- LOLLINI, Andrea (2005): *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Costituzione sudafricana verità e riconciliazione* (Bologna, Il Mulino).
- MAIELLO, Vincenzo (2008): *Clemenza e sistema penale* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane).
- MANTOVANI, Marco (2008): *La prescrizione della pena. Spunti comparatistica per la rimediatazione di un istituto negletto* (Torino, Giappichelli).
- MARINELLI, Claudio (2016): *Ragionevole durata e proscrizione del processo* (Torino, Giappichelli).
- NICCOLI, Ottavia (2007): *Perdonare. Idee, pratiche, rituali in Italia tra Cinque e Seicento* (Roma-Bari, Laterza).
- ORLANDI, Renzo (2007): "Verità e giustizia: osservazioni di un processualista alla luce di recenti esperienze conciliative", in MANNOZZI, Grazia e RUGGIERI, Francesca (editor): *Pena, riparazione e riconciliazione* (Como, Insubria University Press).
- PIGLIARU, Antonio (1959): *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico* (Milano, Giuffrè).
- PIGLIARU, Antonio (1993): *Il banditismo in Sardegna. La barbaricina come ordinamento giuridico* (Milano, Giuffrè).
- PORTINARO, Pier Paolo (2011): *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia* (Milano, Feltrinelli).
- PULITANÒ, Domenico (2015): "Il nodo della prescrizione", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 20-30.
- PULITANÒ, Domenico (2018): "La moralità della prescrizione per decorso del tempo", *Discrimen*, pp. 1-17.
- QUARITSCH, Helmut (1995): *Giustizia politica. Le amnestie nella storia* (Milano, Giuffrè).
- ROUSSEAU, Xavier (1996): "De la négociation au procès pénal: la gestion de la violence dans la société médiévale et moderne (500-1800)", in GÉRARD, Philippe, OST, François e VAN DE KERCHOVE, Michel (editor): *Droit négocié, droit imposé?* (Bruxelles, Faculté Universitaire Saint-Luis).

SBRICCOLI, Mario (2001): “Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale”, in BELLABARBA, Marco, SCHWERHOFF, Gerd e ZORZI, Andrea (editor): *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia* (Bologna, Il Mulino), pp. 345-364.

SBRICCOLI, Mario (2009): *Storia del diritto penale e della giustizia* (Milano, Giuffrè).

SCHMITT, Carl (1983): “La guerra civile fredda”, in SCHMITT, Carl: *Scritti politico-giuridici (1933-1942)* (Macerata, Quodlibet).

SCHNUR, Roman (1986): *Rivoluzione e guerra civile* (Milano, Giuffrè).

TERRADAS SABORIT, Ignasi (2008): *Justicia vindicatoria. De la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación* (Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas).

TERRADAS SABORIT, Ignasi (2015): “La vendetta nell’ordinamento vendicatorio”, in DI LUCIA, Paolo e MANCINI, Letizia (2015): *La giustizia vendicatoria* (Pisa, ETS).

VELLERANI, Massimo (2005): *La giustizia pubblica medievale* (Bologna, Il Mulino).

VERDIER, Raymond (1980-1984): *La Vengeance. Études d’ethnologie, d’histoire et de philosophie* (Paris, Cujas).

ZAGREBELSKY, Gustavo (1974): *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali* (Milano, Giuffrè).

ZORZI, Andrea (2009): *Confitti, paci e vendette nell’Italia comunale* (Firenze, Firenze University Press).



Diritto Penale Contemporaneo

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

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

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