



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

Tempo, memoria e diritto penale: prefazione

Tiempo, memoria y derecho penal: una introducción

Time, Memory and Criminal Law: an introduction

EMANUELA FRONZA* E MICHELE CAIANIELLO**

*Ricercatrice confermata di Diritto penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna
emanuela.fronza@unibo.it

**Professore ordinario di Diritto processuale penale e Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna
michele.caianiello@unibo.it

Il presente volume “Tempo, memoria e diritto penale” riprende il titolo e pubblica alcune delle relazioni che si sono svolte lungo un ciclo di venti seminari, tenutosi da febbraio a dicembre 2018 presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna e Scuola Superiore di Studi Giuridici.

I seminari sono stati realizzati nell'ambito e grazie al progetto di ricerca *Memory Laws in European and Comparative Perspective* (M.E.L.A., <http://melaproject.org/>), che ha come obiettivo lo studio delle leggi memoriali e, più in generale, il ruolo centrale che viene assegnato allo strumento giuridico e giuridico-penale nelle politiche di costruzione e conservazione della memoria collettiva.

Il ciclo di seminari e il volume prendono dunque le mosse da quest'angolo visuale specifico e tuttavia lo allargano, secondo la linea prescelta dall'unità italiana del progetto, coordinata scientificamente dalla Prof.ssa Emanuela Fronza e dal Prof. Michele Caianiello.

L'ipotesi di partenza è, infatti, che le pressioni sociali e politiche verso un maggiore coinvolgimento del diritto e del processo nella fissazione della memoria storica siano da leggere in una prospettiva più ampia, alla luce di un mutamento del ruolo del tempo in relazione al diritto, in particolare il diritto e processo penale. Uno sguardo comparato fornisce prove di alcune evoluzioni più generali all'interno della relazione tempo-diritto, che vanno ben oltre l'ambito delle leggi memoriali. Esse sono riscontrabili anche rimanendo nell'ambito geografico degli Stati europei, dove alcuni tribunali devono pronunciarsi su fatti relativi al secondo conflitto mondiale o dove, anche per i reati comuni, la prescrizione – che opera come limite temporale all'intervento penale – sembra essere sempre più avversata. L'andamento, tuttavia, è ancora più evidente se si allarga lo sguardo; è sufficiente addentrarsi nei complessi territori della cd. “giustizia di transizione” per verificare che in taluni casi vengono revocate amnistie rimaste in vigore anche per decenni e si riaprono i processi penali per gravi violazioni dei diritti umani commessi dai regimi dittatoriali (si pensi al caso emblematico dell'Argentina o, ancora, a quanto la questione sia dibattuta in Uruguay).

Ecco dunque il punto di partenza: perché oggi per il diritto e il processo penale il passato sembra non dover passare mai? Cosa ci fa vedere questa dinamica?

Di qui, la scelta di realizzare un ciclo di seminari che permettesse un dialogo tra prospettive scientifiche, geografiche e professionali differenti per elaborare una riflessione interdisciplinare sul diritto, sul giudiziario e sui mutamenti che li connotano, attraverso la prospettiva del tempo, nonché sugli scenari e sui rischi possibili. Sul piano metodologico, sono intervenuti relatori i quali hanno declinato il più generale argomento “Tempo, memoria e diritto penale” nelle proprie aree di lavoro e ricerca; essi sono stati poi affiancati da *discussant* di provenienza

scientifica diversa dalla loro¹. Tale approccio ha consentito di avviare un dibattito, che in alcuni casi ha portato qualcuno a rivedere proprie precedenti posizioni o quantomeno a mettere in discussione degli assunti di partenza; in altri ha, invece, aperto la strada verso terreni di incontro e soluzioni più sfumate o differenziate.

Penalisti, costituzionalisti, avvocati, storici, politologi, magistrati di giurisdizioni nazionali e internazionali si sono così confrontati per quasi un anno intero. Gli sguardi di tutti loro si sono rivelati essenziali per riflettere sulle problematiche incontrate dal diritto e dal processo, nella consapevolezza delle tematiche valoriali e dei diritti in gioco.

Molte di queste riflessioni si trovano oggi raccolte in questo volume e si riferiscono sia alla giustizia penale ordinaria, sia alla giustizia di transizione, sia, infine, alla giustizia penale internazionale.

Le problematiche emerse durante gli incontri sono molteplici e non possono essere qui sintetizzate, per ovvi motivi. In questa sede possiamo limitarci ad affermare che il percorso ha confermato l'ipotesi di partenza: studiare le relazioni a geometria variabile fra tempo, memoria e diritto penale, significa riflettere sull'evoluzione della giustizia e delle funzioni che la società attribuisce al sistema penale. I confini artificiali del tempo nel processo sono infatti frutto di precise scelte politiche. Rimeditare sul tempo implica, come avrà modo di scoprire il lettore di questo volume, interrogarsi su quali siano la funzione e i limiti del sistema penale, sul quando e come la giustizia penale possa essere chiamata a gestire fenomeni e a lanciare messaggi all'opinione pubblica, sul quando la tutela penalistica dei principi democratici debba cedere il passo al principio democratico della libertà di espressione e, infine, se, quando e come il legislatore possa scegliere di non punire o di utilizzare forme di giustizia non retributiva.

Ciò evidenzia come il filo conduttore prescelto apra scenari tutt'altro che puramente teorici, andando, al contrario, ad affrontare questioni estremamente attuali. Una per tutte: il tema del giudice chiamato a gestire fenomeni è assolutamente indicativo di una tendenza più ampia, che vede il sistema penale sovraccaricato di aspettative messianiche a fronte di una crescente sfiducia nei soggetti sociali e politici tradizionalmente vocati alla trasformazione della società. Attribuire al giudice la funzione di sancire pubblicamente una memoria ovvero vedere nel giudice l'unico soggetto deputato a gestire una transizione politica, corrisponde senza dubbio a un'incapacità di trovare nel tessuto sociale altri soggetti che possano adempiere adeguatamente a questa funzione, a cominciare dal potere politico. Sovraccaricare il sistema penale trova dunque un parallelo anche sul piano etico, laddove quella cristallizzata in una norma o in una sentenza penale sembra sempre più essere l'unica forma di etica rimasta. Ecco allora un giudice chiamato a "fare ordine" nel passato, a dare un riconoscimento alle vittime e a stigmatizzare i nemici delle società democratiche.

Si è ben consapevoli che tutto ciò, ovviamente, non costituisce un fenomeno del tutto nuovo. Al contrario, se ne discute da ormai tre decenni, e quanto emerge dal ciclo di seminari appena concluso parrebbe in un certo senso confermare un andamento consolidato, legato alla carenza di corpi sociali intermedi e di soluzioni alternative alla decisione giudiziaria. La sentenza, in altri termini, sciogliendo una contesa tra visioni antagoniste (o comunque conflittuali, in tutto o in parte), giunge a una forma di verità, strumentale a colmare l'assenza di valori e memorie condivisi dalla comunità. In fondo, si potrebbe concludere, si ripresenta un atteggiamento collettivo che si è iniziato a constatare, se vogliamo assumere la prospettiva interna, con le note inchieste di inizio anni '90 sulla corruzione e sulla criminalità organizzata: sotto questo punto di vista, come in altri casi, l'Italia è stata precorritrice di tendenze poi affermatesi in modo più esteso nello scenario globale.

Tuttavia, in realtà, qualche dato diverso rispetto al passato pare emergere. In primo luogo, se da un lato persiste la tendenza a perseguire forme di fissazione della memoria collettiva attraverso le istituzioni giudiziarie, dall'altro scema nel tempo la fiducia nella effettiva capacità di queste ultime di raggiungere gli obiettivi: di soddisfare l'esigenza di dar vita a memorie e narrazioni collettive che placino le inquietudini sociali del nostro tempo. Volendo, prova di quanto affermato è rinvenibile nella parabola della giustizia penale internazionale: sviluppatasi, a partire dagli anni '90, nel segno (e nel sogno) di una visione globale di principi unitari, e culminata con la istituzione della Corte penale internazionale (che avrebbe dovuto rappresentare il vertice di un sistema coordinato e coerente a vocazione universale), essa sembra oggi ritirarsi, sia sul piano istituzionale, che su quello propriamente giudiziario. Sotto

¹ L'intero programma del Seminario si trova [qui](#).

quest'ultimo punto di vista, la Corte, nonostante timide aperture recenti, è sinora riuscita a celebrare processi tutti focalizzati su una limitata area del mondo (l'Africa), così faticando a fungere da istituzione di riferimento globale nella amministrazione della giustizia in materia di crimini internazionali. Sotto il primo aspetto – relativo agli organismi giudiziari deputati a rendere giustizia in materia di *core crimes* – paiono prendere il sopravvento nuove soluzioni istituzionali, ibride e *ad hoc*. In altri termini, la comunità internazionale nel suo complesso sembra recedere dall'ambizione di offrire una risposta unica e omnicomprensiva (o anche solo coordinata e integrata); al contrario, vengono favoriti rimedi la cui natura è diversa (istituzioni giudiziarie ibride e non più prettamente internazionali); parallelamente, inoltre, riprendono la scena le giurisdizioni nazionali, sempre più spesso chiamate in causa per dare giustizia (di stampo nazionale) di fronte a crimini internazionali (come il processo italiano per i responsabili del Plan Condor; o come la nota *querella Argentina* sui crimini del franchismo). In sostanza, se la ricerca di una risposta attraverso la giustizia penale pare non fermarsi, dall'altro il modo nel quale tale ricerca si sviluppa risulta più episodico, meno coerente e disancorato da una visione generale.

È una ricerca, quella dei tempi correnti, si sempre incentrata sulla giustizia penale, e tuttavia al tempo stesso più ossessiva e sfiduciata. Uno dei possibili motivi di quella che Franco Cordero definirebbe una coazione a ripetere l'errore, potrebbe essere legata alla rivoluzione digitale. Il mondo del *game*, per usare la definizione di Alessandro Baricco, esige risposte semplici e veloci, in una logica prettamente binaria (vero/falso). La giustizia – a prima vista – parrebbe proporsi come strumento antico sì, ma anche adatto ai tempi correnti; in qualche maniera in grado, più di altri, di rispondere a questa necessità, veicolata dalla recente rivoluzione digitale, di schemi elementari e soluzioni veloci; di fruibilità immediata e dal basso (contrapposta a una fruibilità ritardata e condizionata dallo studio teorico di numerose nozioni astratte, tipica dell'Otto/Novecento); di movimento continuo (contrapposto al sapere statico legato all'apprendimento dogmatico e alla ricerca verticale): in fondo, si potrebbe sostenere, l'avvio di sempre nuovi procedimenti appaga quel desiderio di moto permanente che può iscriversi nel codice genetico della società informatizzata.

Se questo è vero, è facile pronosticare che le speranze riposte, in modo compulsivo, nella giustizia penale quale elemento cruciale nella fissazione di narrazioni condivise sia destinato a rimanere deluso (con rischio di danni ulteriori in una comunità che su di essa investa per costruire valori condivisi). Innanzi tutto, la compatibilità del metodo giudiziario con il perseguimento di semplici soluzioni di tipo binario – tipiche del pensiero digitale – è del tutto apparente. A uno sguardo attento, infatti, l'esito del processo *in primis* di quello penale – solo parzialmente è comprimibile nella dicotomia di una contrapposizione vero/falso. L'unico accertamento pieno, nel giudizio penale, è quello che diversi studiosi hanno definito come la “triste verità”, vale a dire la colpevolezza dell'imputato contenuta in una sentenza di condanna. Solo in quel caso, infatti, tutti gli elementi del fatto – oltre che le componenti giuridiche della reg giudicanda – sono dal giudice asserite come verificate; detto altrimenti, soltanto la condanna ha come presupposto l'accertamento del fatto al di là di ogni ragionevole dubbio. Al contrario, gli epiloghi favorevoli all'imputato, siano essi un proscioglimento o una assoluzione, mancano di un accertamento positivo della vicenda descritta nella imputazione. Assolvendo, il giudice constata la mancata prova (o il dubbio insormontabile) in relazione a tutta o parte della imputazione. Da qui due conseguenze di estrema pericolosità, nel rapporto tra la ricerca della memoria sociale e il ricorso alla giustizia penale: l'inappagamento per gli epiloghi favorevoli alla difesa – in cui il fatto ascritto all'imputato risulta, in ultima analisi, semplicemente “non provato” – e la tensione ossessiva verso le condanne, le uniche pronunce che effettivamente contengono un accertamento.

Ma i problemi sono ben altri, se solo si spinga l'analisi di poco più avanti. È fin troppo ovvio rimarcare che il processo penale è ancorato a un fatto specifico, i cui rilievi difficilmente sono compatibili con la ricostruzione sociale di un fenomeno storico. Il fatto penale è individuale (si discute se lo abbia commesso un individuo, del quale si deve decidere se debba essere punito); esso, inoltre, è condizionato della fattispecie penale sostanziale, che ritaglia la vicenda umana espungendo ciò che giuridicamente sia irrilevante. È, infatti, come Lozzi scriveva oltre quattro decenni orsono, una fattispecie giudiziaria, ben difficilmente adattabile alle aspirazioni collettive di memoria condivisa che possono attraversare una comunità. La storia di una vicenda collettiva non si racchiude facilmente in un atto d'imputazione. E, se si cerca farlo, il rischio è che le condotte rilevanti sul piano giuridico, quelle cioè ascritte a chi è accusato, risultino

quasi schiacciate, sopraffatte dal contesto storico in cui esse si inseriscono.

Infine, il processo, non importa quanto efficiente ne sia la amministrazione, è connotato da una intrinseca lentezza, a ben vedere incompatibile con il desiderio di velocità del *game*. Ove, al contrario, si voglia comprimerne la natura per assecondare l'ansia di risposte immediate, non possono che uscirne rafforzate le istanze cautelari, preventive, di sicurezza sociale: saranno cioè, del processo, valorizzate le risposte incomplete e provvisorie, ma che arrivino per prime (misure cautelari, esercizio dell'azione penale, provvedimenti di rinvio a giudizio), a discapito dei valori volti a tutelare la dignità dell'individuo (la libertà e, in ultima istanza, la presunzione di innocenza).

In definitiva, il rischio è che il rapporto tra il processo e la costruzione della memoria storica si riveli simile a quello di una sostanza che rende dipendenti, di fronte a chi se ne avvalga per sedare le proprie fragilità o i propri demoni.

Le considerazioni sviluppate possono indurre a ritenere che la soluzione qui proposta consista nel rinunciare *in toto* al ricorso alla giustizia penale, disancorandola dal tema della memoria, e in particolare di quella sociale e collettiva. Non è invece questo l'intento. Da un lato, una proposta del genere pare difficile da sostenere sul piano politico, posto che, dagli scritti raccolti, emerge chiaramente una domanda attuale di giustizia volta anche a favorire la costruzione di una eredità comune. Dall'altro, una proposta del tutto rinunciataria risulterebbe antistorica, considerato come il ricorso al processo sia ben radicato già quantomeno in tutto il Novecento, come Giuliano Vassalli ben ha messo in evidenza nel suo splendido volume sulla formula di Radbruch. Non dunque rinuncia, bensì accortezza nell'uso di uno strumento, che è limitato e concepito per affrontare problemi diversi da quelli relativi alla costruzione e conservazione della memoria collettiva. Il punto di partenza deve essere dunque la consapevolezza che una forzata *reductio ad unum* può avere effetti controproducenti rispetto a quelli desiderati e che occorre, piuttosto, un uso integrato di strumenti giuridici ed extragiuridici. E' da qui che i contributi che seguono prendono le mosse, non pretendendo di offrire risposte chiare e valide universalmente, bensì di mettere in luce tensioni contrapposte e contraddizioni, ipotizzando tuttavia anche qualche sentiero da percorrere.

.....

Un ringraziamento va alle persone che hanno dato un apporto essenziale per realizzare questo ciclo di incontri e la pubblicazione di questo volume. Oltre a tutti i relatori e ai *discussant*, ringraziamo i ricercatori del Progetto MELA Paolo Caroli, Marco Bortoluzzi, e Piergiuseppe Parisi. Un ringraziamento particolare va ai colleghi ed amici Eric Heinze, Project leader del MELA, e a Uladzislau Belavusau e Aleksandra Gliszczyńska-Grabias per avere alimentato la nostra riflessione e avere appoggiato il nostro percorso di ricerca.

Si ringrazia, infine, il personale del Dipartimento di Scienze Giuridiche e della Scuola di specializzazione per le Professioni Legali "Enrico Redenti" per l'indispensabile collaborazione e la loro permanente disponibilità, nonché il personale della Scuola Superiore di Studi Giuridici.



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>