

LEGGENDO ALCUNE RECENTI PUBBLICAZIONI IN TEMA
DI CLEMENZA PER LA 'PACIFICAZIONE'. SCENE DELLA GIUSTIZIA
DI TRANSIZIONE DEL NOVECENTO ITALIANO
IN PROSPETTIVA COMPARATA*

*READING RECENT PUBLICATIONS ON THE SUBJECT OF
CLEMENCY FOR 'PACIFICATION'. SCENES OF TRANSITION JUSTICE OF
THE TWENTIETH CENTURY IN ITALY IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE*

Floriana Colao
Università degli Studi di Siena
floriana.colao@unisi.it

Abstract english: Individual clemency - grace - and collective - amnesty and pardon - are at the center of some recent publications, in which the historical perspective is decisive for understanding the meaning of these institutions in the constitutional and penal system, especially in the transition from «Italy land of amnesties» - as Salvemini wrote in 1950 - to today's eclipse; in fact, the last disputed pardon dates back to 2006, lacking, for the first time, the contextual amnesty. Clemency appears «difficult», «antithesis» rather than «factor» of criminal justice, as it is perceived by public opinion as a spy of the «bad conscience of the legislator» - Radbruch - who, unable to reform the system, is periodically forced to empty the prisons, in a pragmatism without principles, in a 'state forgiveness'. This public narrative - also fed by jurists between the nineteenth and twentieth centuries - seems to have become 'common sense', a prejudice that is difficult to scratch, at the time of criminal populism and its corollaries, including the victim paradigm, for which amnesty would translate into an offense to the victims (Pugiotto). It wasn't always like this; the «clementia regis, clementia iustitiae» made sense in the ancient regime, which «punished by pardoning and pardoned by punishing»; in the secularized legislative state, legality consists in the application of the law (Lacchè). In Italy the Constitutional Court recommended to the legislator a reversal of the trend in terms of amnesty, the transition from «exceptional instrument to ordinary application» to «ordinary instrument to exceptional application». (Pomanti). After the revision of Article 79 of the Constitution - Constitutional Law 1/1992 - legal basis of the eclipse of the amnesty - a 'new narrative' leverag-

* In ricordo di Rossana Rossanda, profonda studiosa anche del delitto politico nel Novecento, limpida garantista contro il 'senso comune'.

- ❖ Italian Review of Legal History, 6 (2020), n. 7, pagg. 145-159
- ❖ <https://riviste.unimi.it/index.php/irlh/index>
- ❖ ISSN 2464-8914 – DOI 10.13130/2464-8914/14886

es on art. 27, which prohibits treatments contrary to the sense of humanity. The Cedu's denunciations of the reality of Italian prisons are the basis for the request for deflationary measures, to bring the prison sentence back to the bed of legality, after the hypertrophic imprisonment, registered in the «maximum criminal law» (Anastasia, Corleone, Pugiotto). The years in which the amnesty fulfilled the task of an appropriate criminal policy are long gone; the provisions of 1970, which benefited the crimes committed in the «student year» and in the «hot autumn», adapted the legal system to social reality, in a pacification at the time desired by democratic public opinion (Mazzacuva)

The link between political conflict, clemency and the powers of the state is the most studied topic in recent publications on the subject of pardon and amnesty, with particular reference to transitional justice, a historical category that uses a different approach than the traditional continuity / rupture category, which characterizes every historical change (Bianchi Riva). Certain 'eritage of history', summary justice or oblivion, also mark our contemporaneity, in search of a way out that is morally and legally negotiated, socially acceptable, from violent and oppressive regimes. Revenge, justice and reconciliation, which in the human soul should be separate, seem «difficult to extricate» (Portinaro). The particularity of the 'Italy case' in the context of transitional justice - with the ambiguous intertwining of history, memory, public narration through criminal law - stands out in the light of international comparison, with amnesty linked to experiences of collective violence, from dictatorship to democracy, peace after the war, the ongoing internal conflict (Portinaro, Maculan, Caroli). In the large monograph by the young criminal lawyer Paolo Caroli the Togliatti amnesty - studied in law and in action - is assumed, beyond the intentions, as the starting point of the «Italian amnesic transition», typical of a «country» - in Pasolini's words - «without memory, which is to say without history». In the constant underlining of the «Italian anomaly» in comparison with the international experiences of transitional justice, Caroli draws, among other things, a comparison between the «criminal law to exit the war and the criminal law to exit Tangentopoli», which - in his opinion - converge in a «*de facto* impunity». *The power not to punish* then raises an appropriate question, regarding the attitude of the «criminal instrument to protect memory».

As for history, the amnesty, which was controversially called Togliatti, was launched by the De Gasperi Ministry, which ferried Italy from Fascism to the Republic; the presidential decree of 22 June 1946 seems irreducible to a mere «blow in the sponge on fascist crimes» (Franzlinelli). The amnesty concerned «crimes, even serious ones, committed due to a kind of inertia of the anti-fascist insurrectionary movement», and crimes committed by the «young generations», who grew up in fascism, and which the «external and forced discipline» of the regime had made «unable to distinguish good from evil». Togliatti's words were in tune with the second section of the Supreme Court, which recognized the mitigating factor of the «fascist propaganda» to the 'boys and girls of Salò'. An outline of the decree of June 22, 1947 deserves consideration; the amnesty, contextual to the launch of the Constituent Assembly, was a profile of the agreement between the main parties; it excluded historical and «eternal» fascism from the horizon of the Constitution; wanted to include all the «good Italians», in an act of «pacification and reconciliation».

Keywords: Clemency and criminal justice; Italy between the nineteenth and twentieth centuries; Transitional justice for 'pacification'; Amnesties of the winners; Amnesty Togliatti.

Abstract italiano: La clemenza individuale – la grazia – e collettiva – amnistia ed indulto – sono al centro di alcune recenti pubblicazioni, in cui la prospettiva storica è decisiva per capire il senso di questi istituti nel sistema costituzionale e penale, soprattutto nel passaggio dall'«Italia paese delle amnistie» – come scriveva Salvemini nel 1950 – all'odierna eclisse; risale infatti al 2006 l'ultimo contestato indulto, privo, per la prima volta, della contestuale amnistia. La clemenza appare «difficile», «antitesi» piuttosto che «fattore» della giustizia penale, in quanto percepita dall'opinione pubblica come spia della «cattiva coscienza del legislatore» – Radbruch – che, incapace di riformare il sistema, è periodicamente costretto a svuotare le carceri, in un pragmatismo senza principi, in un 'perdonismo di Stato'. Questa narrazione pubblica – alimentata anche dai giuristi tra Ottocento e Novecento – pare divenuta 'senso comune', un pregiudizio difficile da scalfire, al tempo del populismo penale e dei suoi corollari, tra questi il paradigma vittimario, per cui l'amnistia si tradurrebbe in un'offesa alle vittime (Pugiotto). Non è sempre stato così; la «clementia regis, clementia iustitiae» aveva senso nell'antico regime, che «puniva graziando e graziava punendo»; nel secolarizzato Stato legislativo la legalità consiste nell'applicazione della legge (Lacchè). In questo orizzonte la Corte costituzionale ha raccomandato al legislatore un'inversione di tendenza in tema di amnistia, il passaggio da «strumento eccezionale ad applicazione ordinaria a strumento ordinario ad applicazione eccezionale». (Pomanti). Dopo la revisione dell'articolo 79 della Costituzione – legge costituzionale 1/1992 – base giuridica dell'eclisse dell'amnistia, una 'nuova narrazione' fa leva sull'art. 27, che vieta trattamenti contrari al senso di umanità. Le denunce della Cedu della realtà delle carceri italiane sono il fondamento della richiesta di provvedimenti deflattivi, per riportare la pena detentiva nell'alveo della legalità, dopo l'ipertrofica carcerazione, iscritta nel «diritto penale massimo» (Anastasia, Corleone, Pugiotto). Sono lontani gli anni in cui l'amnistia assolse al compito di un'opportuna politica criminale; i provvedimenti del 1970, che beneficiarono i reati commessi nell'«anno degli studenti» e nell'«autunno caldo», adeguarono l'ordinamento giuridico alla realtà sociale, in una 'pacificazione' al tempo auspicata dall'opinione pubblica democratica (Mazzacava).

Il legame tra conflittualità politica, clemenza e poteri dello Stato è il tema più studiato nelle recenti pubblicazioni in tema di grazia ed amnistia, con particolare riferimento alla giustizia di transizione, categoria storiografica che usa un diverso approccio rispetto alla tradizionale continuità/rottura, che caratterizza ogni mutamento storico (Bianchi Riva). In questo orizzonte certe 'eredità della storia', la giustizia sommaria o l'oblio, segnano dunque anche la nostra contemporaneità, alla ricerca di una via d'uscita moralmente e giuridicamente negoziata, socialmente condivisibile, da regimi violenti ed oppressivi. Vendetta giustizia e riconciliazione, che nell'animo umano dovrebbero essere disgiunte, sembrano «difficilmente districabili» (Portinaro). La particolarità del 'caso Italia' nell'ambito della giustizia di transizione – con l'ambiguo intreccio tra storia, memoria, narrazione pubblica tramite il diritto penale – risalta alla luce della comparazione internazionale, con l'amnistia legata ad esperienze di violenza collettiva, dalla dittatura alla democrazia, la pace dopo la guerra, il conflitto interno in corso (Portinaro, Maculan, Caroli).

Nell'ampia monografia del giovane penalista Paolo Caroli, *Il potere di non punire, l'amnistia Togliatti* – studiata *in law e in action* – è assunta, al di là delle intenzioni del guardagilli comunista, come punto di partenza della «transizione amnesica italiana», tipica di un «paese» – con le parole di Pasolini – «senza memoria, il che equivale a dire senza storia». Nella costante sottolineatura della «anomalia italiana» in confronto con le esperienze internazionali di giustizia di transizione, Caroli traccia, tra l'altro, un paragone tra il «dirit-

to penale per uscire dalla guerra e il diritto penale per uscire da Tangentopoli», che – a suo avviso – convergono in una «impunità di fatto». *Il potere di non punire* pone poi un opportuno interrogativo, a proposito dell'attitudine dello «strumento penale per tutelare la memoria». Quanto alla storia l'amnistia, polemicamente detta Togliatti, fu varata dal Ministero De Gasperi, che traghettò l'Italia dal fascismo alla Repubblica; il decreto presidenziale 22 Giugno 1946 pare irriducibile a mero «colpo di spugna sui crimini fascisti» (Franzinelli). L'amnistia riguardava «delitti anche gravi commessi per una specie di forza d'inerzia del movimento insurrezionale antifascista», e delitti commessi dalle «giovani generazioni», cresciute nel fascismo, e che la «esteriore e coatta disciplina» del regime aveva reso «incapaci di distinguere il bene dal male». Le parole di Togliatti erano in sintonia con la seconda sezione della Cassazione, che riconobbe l'attenuante della «propaganda fascista» ai 'ragazzi e alle ragazze di Salò'. Un profilo del decreto 22 Giugno 1947 merita una considerazione; l'amnistia, contestuale all'avvio della Costituente, era un profilo dell'accordo tra i principali partiti. Si escludeva dall'orizzonte della Costituzione il fascismo storico e quello «eterno»; si voleva includere nella vita democratica tutti i «buoni italiani», in un atto di «pacificazione e riconciliazione».

Parole chiave: Clemenza e giustizia penale; Italia tra Ottocento e Novecento; Giustizia di transizione per la pacificazione; Amnistie dei vincitori; Amnistia Togliatti.

Sommario: 1. «Clemenza difficile» e «senso comune». – 2. La pacificazione difficile.

1. «Clemenza difficile» e «senso comune»

Un profilo che, nelle recenti pubblicazioni in tema di grazia, amnistia ed indulto, pare accomunare specialismi diversi, è la valorizzazione dell'intreccio tra storia, sistema costituzionale e penale, narrazione pubblica. Da qui il merito di aggiungere un elemento di complicazione alle note pagine di Carlo Lorenzini, *alias* Colodi, sulla clemenza nel 'senso comune'. Nel romanzo fondativo della nostra identità nazionale¹ Pinocchio vede dunque che il Principe di Acchiappacitrulli, dopo «una gran vittoria contro i suoi nemici», apre le carceri; escluso dal carceriere, perchè «non malandrino», il burattino si dichiara «*del bel numero*» e si vede riconosciute, se non un diritto, «mille ragioni». Lo scrittore toscano scriveva all'indomani del «Giubileo dei delinquenti», che dal 1878 aveva di fatto abolito la pena di morte, «con buona pace di Beccaria»²; metteva in scena lo sguardo 'popolare' sulla rinuncia alla pena. Nell'intreccio tra diritto e letteratura, il costituzionalista Andrea Pugiotto intende sfatare il «pregiudizio sugli strumenti di clemenza» come «senso comune». Richiama dunque una pagina di Antonio Manzini, tra i lettori certo più 'popolare' del penalista Vincenzo; al direttore del carcere, che si lamenta dei troppi detenuti, il vice questore, Rocco Schiavone, risponde «ci sarà

¹ Stewart-Steimberg, 2011; in particolare avventure del burattino alle prese con la giustizia penale cfr. Itzovich, 2007

² Stronati, 2009, p. 495

un bell'indulto e caceranno fuori un pò di gente. Come sempre»³.

Il circuito «delinquere, perdonare, punire»⁴, e, più di recente, il ricorso a sanatorie e condoni, «strumenti atipici dell'indulgenza»⁵, sono percepiti dall'opinione pubblica come un pragmatismo senza principi, un «perdono di Stato»⁶. Gli stessi penalisti discutono la natura della clemenza collettiva in termini di «fattore o antitesi della giustizia penale», di un improprio strumento di comunicazione del potere con la società e della società con il potere, un problema piuttosto che un'opportunità⁷, una spia della «cattiva coscienza del legislatore»⁸. Al tempo del populismo penale il ricorso a provvedimenti di amnistia e indulto si è eclissato; soprattutto la «paura in *criminalibus*»⁹ rende impossibile l'idea di «generosità come giustizia»¹⁰. Eppure la clemenza, individuale e collettiva, non è sempre stata «difficile»¹¹. Nella «legalità prima della legge»¹² la «*clementia regis, clementia iustitiae*, patrimonio comune di Giustizia e Re»¹³, aveva radici storiche e religiose, la tradizione ebraica del giubileo come restituzione periodica della libertà, l'idea cristiana di misericordia per il peccatore pentito, la fiducia nella riabilitazione del reo¹⁴. Dalla «*indulgentia principis*» alla «idea di scopo»¹⁵, la galassia «Illuminismo penale» era decisiva nel mutamento di prospettiva; la «giustizia di antico regime, che punisce graziando e grazia punendo»¹⁶, lasciava il posto alla nascita di un secolarizzato Stato legislativo. In nome del principio di stretta legalità¹⁷ la giustizia risiedeva nell'applicazione delle leggi del sovrano, che Beccaria raccomandava come «inesorabili»; Bentham definiva la grazia «ultimo asilo dove si è rifugiato il potere arbitrario». In questo orizzonte tra Otto e Novecento la penalistica relegava l'istituto nel 'campo' costituzionale, dalle cui porte entrava con l'art. 8 Statuto albertino, «il Re può far grazia e commutare le pene», «potestà» che, per Vincenzo Manzini, era esercitata per «pubblico interesse»; da qui, tra l'altro, l'impensabilità del rifiuto del «beneficio», irriducibile a «diritto del beneficiato»¹⁸.

La prospettiva storica – presente in molte delle recenti pubblicazioni – mostra

³ Pugiotto, 2018, p. 23

⁴ Violante, 1997, pp. XXVIII-XXIX

⁵ Neppi Modona, 2011, p. 582.

⁶ Lacchè, 2011, p. 623.

⁷ «Diritto penale XXI secolo», 2018

⁸ Radbruch, 1961, p. 224.

⁹ Lacchè, Meccarelli, 2019, p. 7.

¹⁰ Nussbaum, 2017.

¹¹ «Ius 17», 2014

¹² Alessi, 2011, p. 591

¹³ Sbriccoli, 2009, p. 206.

¹⁴ Prospero, 2008, p. VI; Prospero, 2013

¹⁵ Maiello, 2007, p. 467

¹⁶ Lacchè, 2011, p. 616

¹⁷ Lacchè, 2016, p. 184

¹⁸ Fonti in Colao, 2018, p. 4

che dall'Unità i provvedimenti di clemenza collettiva sono stati frequenti al punto di identificare l'«Italia paese delle amnistie»¹⁹; la Corte costituzionale ne ha invocato un «uso più cauto, meno frequente», da «strumento eccezionale ad applicazione ordinaria, a strumento ordinario ad applicazione eccezionale»²⁰. «Dopo la bulimia legislativa» la revisione dell'art. 79, approvata con legge costituzionale 1/1992, sembra a Pugiotto «giuridicamente» alla base del tramonto della clemenza collettiva; l'autore ricorda che risale al 2006 l'ultimo contestato indulto, varato per la prima volta senza una contestuale amnistia²¹. Tra i critici all'epoca, Pulitanò coglieva un «significato ambiguo» della clemenza, «conservatrice», «contingente e discriminatoria», nel poter solo correggere «alcuni effetti del sistema esistente», che finiva così per legittimare, senza imporre al legislatore una «svolta di sistema», in più a costo della «rottura dell'ordinaria legalità»²². Su questo terreno Pugiotto tematizza invece «una legalità viva e vivente, perché immersa nella realtà sociale e proprio per questo capace di colmare il divario (in-costituzionale) tra norma astratta e caso concreto»²³. La 'nuova narrazione' della clemenza fa leva sull'art. 27 della Costituzione, che vieta trattamenti «contrari al senso di umanità»; le denunce della Cedu degli effetti degradanti della persona, iscritti nella realtà carceraria italiana, sono uno degli argomenti per la richiesta di un'amnistia, che riporterebbe la detenzione nell'ambito della legalità²⁴. L'ipertrofica carcerazione – messa in conto da Luigi Ferrajoli all'«uso politico del diritto penale»²⁵ – sembra rendere urgente la ridefinizione dei presupposti dell'art. 79 – soprattutto la previsione del voto favorevole dei 2/3 dei parlamentari – in vista di un effettivo duplice controllo da parte del Presidente della Repubblica, in sede di promulgazione, e della Corte costituzionale, in sede di sindacato incidentale²⁶. Nella 'narrazione politica' al tempo del populismo penale il ricorso all'amnistia si scontra però anche con il «paradigma vittimario», per cui la clemenza si tradurrebbe in oltraggio alle vittime²⁷. Enrico Grosso in particolare si oppone allo «spirito del tempo», con la critica della «completa abdicazione da parte degli attori politici del loro ruolo, che non è quello di “seguire” una presunta volontà popolare, bensì quello di assumere su di sé una precisa responsabilità culturale in nome della Costituzione»²⁸.

Anche il penalista Nicola Mazzacuva guarda alla storia recente per indicare una

¹⁹ Colao, 2011, p. 463

²⁰ Pomanti, 2008, p. 17.

²¹ Pugiotto, 2018a, p. 21.

²² Pulitanò, 2006, p. 1601

²³ Pugiotto, 2018a, p. 21.

²⁴ Anastasia, Corleone, Pugiotto, 2018

²⁵ Ferrajoli 2010, p. 73

²⁶ Pugiotto, 2018a, p. 21

²⁷ Pugiotto 2018b, p. 107

²⁸ Grosso, 2018, p. 198

«perdurante utilità (anzi necessità) della clemenza collettiva»; si ricollega ad una osservazione di Gian Domenico Pisapia, che nel 1948 coglieva criticamente nella parte speciale il «vero e proprio diritto penale», premessa del futuro «diritto penale massimo». Per ancorare il ricorso a strumenti deflattivi alla legalità costituzionale ed alla «*cautela in poena*» – raccomandata anche dal Pontefice – Mazzacuva ricorre ad una «dimostrazione storico-legislativa» di come, 'senza scandalo', l'amnistia sia stata uno strumento di opportune «scelte di politica criminale». Esempio il beneficio, concesso nel 1970, per i reati commessi «con finalità politiche, a causa di agitazioni o manifestazioni sindacali e studentesche»²⁹. All'epoca Giuliano Vassalli scrisse che le amnistie per i reati legati all'«anno degli studenti» ed all'«autunno caldo» avevano un senso nel legare «ordinamento giuridico e realtà sociale»³⁰. D'altro canto lo stesso giurista e guardasigilli nel 1989 rifletteva su eventuali «provvedimenti collettivi» di clemenza per gli ex terroristi – mai varati – col porre una domanda cruciale, «se la pubblica opinione sia preparata ad accoglierli»³¹.

2. La pacificazione difficile

Tra i 333 provvedimenti di amnistia e indulto, emanati dall'Unità, ne sono stati contati 37 relativi ai reati commessi in occasione di conflitti politici e sociali³². Il tema del nesso tra conflittualità, clemenza e poteri dello Stato pare peraltro il nodo tematico più studiato nelle recenti pubblicazioni, ove si ricorda che, a differenza della grazia, la clemenza collettiva non era prevista dallo Statuto albertino. L'amnistia entrava infatti nel sistema penale nel 1849, con un decreto in materia di reati politici; si mutuava la scelta della Francia, che nel 1830 vi era ricorsa per i fatti legati alla Rivoluzione di Luglio. Nel 1856 il Consiglio di Stato definiva il senso della prerogativa regia e la responsabilità ministeriale nella grazia, «vera e politica significazione di atto di pace tra nemici interni e partiti in lotta tra loro», «intera obblivione del passato», 'canone' trasmesso al Regno d'Italia. In quest'orizzonte Carrara collocava la clemenza, individuale e collettiva, tra le «cause politiche o estrinseche di modificazione della pena», ammissibile perchè «ossequiente» alle imbarazzanti «necessità della politica», strumento per evitare un «disordine maggiore»³³.

Nella prassi tra Ottocento e Novecento la grazia era tutt'altro che un'eccezione, se pareva poggiare sul consenso sociale; nel momento in cui la monarchia si

²⁹ Sottolinea che la pena detentiva non doveva esser superiore ai cinque anni Mazzacuva, 2018, p. 51

³⁰ Colao, 2011, p. 487

³¹ Dal beneficio erano esclusi i responsabili di fatti di sangue, taluni peraltro beneficiati dai profili premiali della legislazione d'emergenza; fonti in M. Pisani, 2007, p. 54.

³² Dati in Neppi Modona, 2011, p. 579

³³ Colao, 2018, p. 5

voleva «popolare» cambiava infatti i verdetti di certi ‘processi celebri’, come nel caso di Passanante, del «Garibaldi dell’anarchia», di Linda Murri³⁴. Nella retorica del regime fascista la grazia si legava anche alla questione della pena di morte, dal momento che la reintroduzione trovava un correttivo nella «clemenza del re, a evitare anche la più lontana possibilità di quello che si è convenuto chiamare un errore giudiziario». Entro un processo di ‘risacralizzazione’ della politica, Mussolini era rappresentato da «Il corriere della sera» come «apportatore di grazia»³⁵. Gli oltre 15000 provvedimenti firmati dal presidente Einaudi³⁶ si iscrivevano nella giustizia di transizione, categoria storiografica che – come ha puntualizzato di recente Raffaella Bianchi Riva – usa un diverso approccio rispetto alla tradizionale continuità/rottura, che connota ogni mutamento storico³⁷. A vent’anni dalla Liberazione si contavano dunque ancora provvedimenti a favore di ex saloini ed ex partigiani, condannati anche per delitti comuni; il caso del comunista Maranino³⁸ era banco di prova di una ‘pacificazione’ irrisolta. Poco visibile nella pratica quotidiana, la questione ‘usciva allo scoperto’ nei ‘casi celebri’ di «grazia contestata», non concessa, ad esempio, a Curcio, elargita ad altri protagonisti meno noti dell’eversione nera, del terrorismo rosso, di quello mediorientale. La grazia è stata poi negata a Sofri³⁹, in una lunga e controversa vicenda, segnata anche dal corto circuito tra poteri dello Stato; il «bisogno sociale della pena» e l’incapacità ad addivenire ad una memoria condivisa sulla storia recente sembrano all’origine dell’attuale «eccezionalità» della grazia⁴⁰.

Del «fare i conti con il passato» Pier Paolo Portinaro ha tracciato una profonda ‘genealogia storica’, sostenendo che la ricerca di una via d’uscita da regimi violenti ed oppressivi, giuridicamente e moralmente negoziata, socialmente condivisibile, appare oggi una preoccupazione della giustizia interna ed internazionale. Non è sempre stato così; nella soluzione dei conflitti le eredità della storia, certe ‘grandi fondazioni’ – la giustizia sommaria o l’oblio – sembrano permeare la nostra contemporaneità, che pure tenta di uscire da questi paradigmi. Portinaro considera sia la via giudiziaria dei processi penali internazionali, indirizzati a punire i maggiori responsabili di crimini e violenze indiscriminate; che quella delle Commissioni per la verità e riconciliazione. Queste, col far luce sulle varie forme di «macrocriminalità di stato», dovrebbero creare le condizioni per il ristabilimento di quel minimo di reciproca fiducia necessaria alla convivenza civile. Portinaro afferma che l’alternativa tra il chiudere i conti con il passato senza averli fatti e il fare i conti con il passato senza mai chiuderli incombe sempre sui processi di

³⁴ Pisani, 2007, pp. 46-47.

³⁵ Stronati, 2015, p. 134

³⁶ Nubola, 2011, p. 25; Pugiotto, 2018b, p. 278

³⁷ Bianchi Riva, 2019, p. 384

³⁸ Cook, 2015, p. 271

³⁹ Pisani, 2007, p. 174, 185; Stronati, 2015, p. 134

⁴⁰ Dati in Pugiotto, 2006, p. 283.

transizione, alimentando l'assunzione morale di responsabilità collettive e la politicizzazione della memoria. Vendetta, giustizia e riconciliazione, che nell'animo umano dovrebbero essere disgiunte, sembrano «difficilmente districabili»⁴¹.

Il 'garbuglio' di storia, memoria, narrazione pubblica tramite la giustizia penale ha diversi profili di ambiguità⁴², evidenti soprattutto nel 'caso Italia'. La particolarità nell'ambito della giustizia di transizione risalta alla luce degli studi recenti sull'amnistia in contesti internazionali, segnati da esperienze di violenza collettiva, dalla dittatura alla democrazia, la pace dopo la guerra, il conflitto interno in corso, con la presenza di gruppi terroristici entro ordinamenti democratici⁴³. Il nesso tra passioni scatenate nelle guerre civili e istituzionalizzazione della memoria è ripercorso nella Francia al tempo e dopo la guerra di Algeria, nel passaggio della Spagna dal franchismo alla democrazia, nella Germania da Weimar alla fine del secondo conflitto mondiale⁴⁴. In questo orizzonte Elena Maculan fa una opportuna premessa, l'assunzione di un concetto di giustizia di transizione conscio dei limiti di quella penale, sottoposta anzi a forti tensioni, in quel che attiene il suo obbligo di protezione dei beni giuridici e di tutela dell'ordine sociale. L'obbligatorietà della punizione dei crimini internazionali e delle gravi violazioni dei diritti umani chiama in campo il rapporto regola-eccezione e la legittimità del passaggio dallo *ius puniendi* all'*officium puniendi*, con una espansione tendenzialmente infinita. L'autrice richiama due opzioni, quella degli «*human righters*» – sostenitori di un divieto assoluto di amnistie – quella dei «*peace makers*», che coniugano l'obbligo di persecuzione della violazione dei diritti umani con il ricorso ad un legittimo strumento di pacificazione, al termine di un conflitto armato non internazionale. Maculan sottolinea inoltre la differenza tra amnistie incondizionate e condizionate; in particolare studia il caso del Sud Africa, ove il lavoro della Commissione per la verità – premessa per la giustizia – pare rappresentare un modello 'civile' di «gestione del passato», col favorire, anche in altri contesti, il «compimento dello Stato di diritto»⁴⁵.

Tra i lavori recenti in tema di clemenza collettiva merita attenzione particolare l'ampia monografia di Paolo Caroli, giovane penalista, che si impegna sul terreno – che dice per lui 'anomalo' – della non punibilità, e che sostiene, fin dal titolo, la legittimità de *Il potere di non punire*. Il volume – pur incentrato sulla amnistia Togliatti – ripercorre il ricorso alla clemenza collettiva nella storia d'Italia, con particolare attenzione ai «reati politici» e all'intreccio tra «poteri dello Stato»⁴⁶; inizia dunque con l'esame delle «amnistie paternalistiche dell'età giolittiana»⁴⁷.

⁴¹ Portinaro 2011

⁴² Focardi, Nubola 2015

⁴³ Una rassegna dell'ampia bibliografia anche internazionale in Caroli, 2020, pp. 21 ss

⁴⁴ Portinaro (a cura di), 2014

⁴⁵ Maculan, 2018, pp. 53-73

⁴⁶ Caroli, 2020, p. 109

⁴⁷ Caroli, 2020, p. 111

Pare opportuno un passo indietro, risalire ai decreti di amnistia e indulto del 1894 e 1898, che beneficiavano gli autori dei delitti commessi in occasione dei Fasci siciliani, dei fatti della Lunigiana, del tragico Maggio del 1898 a Milano. Sulla spinta della «coscienza della nazione» la penalistica negava ai condannati politici l'identità di «nemici dello Stato»; la scelta di «esautorare i tribunali di guerra in tempo di pace» dopo la lunga crisi di fine secolo sarebbe stata la premessa della «svolta liberale» del Ministero Giolitti-Zanardelli. Nel 1919 anche le «amnistie della pacificazione» ricercavano la «concorde adesione dell'opinione pubblica», nel sanare i profili di incostituzionalità della «giustizia bellica», pur tra le critiche della «amnistia dei disertori»⁴⁸. Il fascismo esordiva nella legislazione con la nota amnistia dei 'vincitori', che beneficiava i delitti commessi per un «fine nazionale», espressione – per Caroli – di «amnistie faziose»⁴⁹; con la clemenza del 1923 e 1925 il regime evocava la completa «pacificazione di tutte le classi del popolo italiano». L'ampia amnistia per il decennale della marcia su Roma metteva in scena il duce forte e generoso, capo di un «moto di popolo», che aveva sconfitto gli «illusi, vittime della predicazione altrui, inattuali, ritardatari»⁵⁰.

Pur segnati da retoriche sulla clemenza per i nemici interni vinti, amnistie e indulti del ventennio non sembrano avere i tratti della «giustizia di transizione», propri invece dei decreti che, dall'Aprile del 1944, obliavano i delitti commessi nella «lotta contro il fascismo». Il legislatore non considerava peraltro le azioni partigiane legittimi atti di guerra, ma imponeva l'accertamento giudiziale del «fine antifascista». Anche a correzione della giurisprudenza, che, dopo la Liberazione, non rinunciava alla pena per i 'vincitori', l'amnistia Togliatti beneficiava fascisti e partigiani, per porre fine alla guerra civile. Eppure si sarebbe rivelata il prodromo della guerra delle memorie sul fascismo e sulla Resistenza, un esempio tutto nazionale del «chiudere i conti col passato senza averli mai fatti, fare i conti col passato senza arrivare a chiuderli mai»⁵¹, con le parole di Kirchheimer – riprese da Caroli – un «conflitto lasciato a covare sotto la cenere [...] armistizio momentaneo col passato»⁵².

Sul piano metodologico l'autore sottolinea in più passaggi che il giudizio e la pena non sono strumenti per realizzare una transizione, ma momenti di un processo che include dinamiche costituzionali, politiche, culturali, antropologiche, meccanismi extragiudiziali. Il contesto del tendenziale «superamento del passato» vede dunque il ruolo del dlgs. n. 27 del 27 Luglio 1944, n. 159, *Sanzioni contro il fascismo*, istitutivo delle Corti straordinarie d'assise; oltre al mutamento del clima politico il «bilancio» di quella giurisprudenza sembra a Caroli alla base del

⁴⁸ Colao, 2018, p. 15

⁴⁹ Caroli, 2020, p. 117

⁵⁰ Colao, 2018, p. 16

⁵¹ Portinaro, 1995, pp. 33-34

⁵² Caroli, 2020, p. 120

«grande ripiegamento» del legislatore, «dalla pena alla clemenza»⁵³. Lo «iato tra *law in the books* e *law in action*» offre una convincente chiave di lettura degli esiti dell'ammnistia Togliatti, che, pur beneficiando i fascisti, escludeva dal beneficio le «persone rivestite di elevate funzioni «di direzione civile, politica o di comando militare», collaborazionismo con i tedeschi, «fatti di strage», sevizie particolarmente efferate, omicidio e saccheggio». La magistratura fu invece larga nel concedere il beneficio; da subito gli antifascisti percepirono l'applicazione nei termini del «colpo di spugna», che Caroli mette in conto alla genericità del testo, alla magistratura conservatrice ed allo stesso esecutivo, che avrebbe dovuto usare la clemenza «più cautamente»⁵⁴. Al tempo stesso *Il potere di non punire* dedica un quinto capitolo all'odierno «oblio della clemenza», ricompreso nei problemi del sistema penale italiano e non solo, in primo luogo il paradigma 'vendicativo', che sembra alimentato dal vento del populismo penale⁵⁵.

Caroli sottopone poi l'ammnistia Togliatti a un «sindacato critico», alla ricerca di una «qualificazione» in via comparata; si cimenta in un «esercizio ipotetico», a proposito dell'eventuale superamento del vaglio della Corte penale internazionale e dell'art. 17 dello Statuto di Roma. Anche se all'epoca l'organo non era stato istituito, Caroli conclude per la «incapacità» del legislatore democratico a far applicare le sanzioni contro il fascismo, per cui l'ammnistia Togliatti avrebbe avuto anche l'effetto di interrompere la repressione dei crimini fascisti. La giustizia di transizione italiana è comparata con quella spagnola, sudafricana, tedesca; quest'ultimo caso pare interessante per la valutazione dell'impatto con il «paradigma memoriale», da cui le proposte legislative anche italiane di aggravante per negazionismo e uso della simbologia fascista⁵⁶. Nella costante sottolineatura della «anomalia italiana», Caroli coglie nella recente storia nazionale una «transizione amnesica»; da una 'repubblica ad un'altra', traccia un paragone tra il «diritto penale per uscire dalla guerra e il diritto penale per uscire da Tangentopoli». L'autore argomenta dunque che, dopo il regime fascista, il legislatore esercitò il potere di clemenza in vista di una transizione politica – con la P maiuscola – la democrazia dopo il regime fascista; negli anni Novanta «diffidenze e logiche elettorali di bassa politica» – «p minuscola»⁵⁷ – impedirono di 'fare i conti' con la corruzione; Caroli ricorda che taluni collegano Seconda repubblica e l'«oblio della clemenza». Conclude che «in Italia l'impunità di fatto ha avuto come punto di partenza un elemento normativo: *l'ammnistia Togliatti*», premessa di una «transizione amnesica italiana», di un «paese» – con le parole di Pasolini – «senza memoria, il che equivale a dire senza storia»⁵⁸. D'altro canto *Il potere di non punire*

⁵³ Caroli, 2020, p. 48

⁵⁴ Caroli, 2020, p. 185

⁵⁵ Caroli, 2020, 299 ss

⁵⁶ Caroli, 2020, pp. 215-278

⁵⁷ Caroli, 2020, pp. 295-296

⁵⁸ Caroli, 2020, pp. 214-299, p. 326

pone anche un denso interrogativo, a proposito dell'attitudine dello «strumento penale per tutelare la memoria»⁵⁹.

Per restituire il decreto presidenziale del 22 Giugno 1946 alla storia, che le ha dato senso, pare opportuno ripensare al contesto, l'importantissimo Ministero De Gasperi, che traghettò l'Italia dal fascismo alla Repubblica. L'amnistia fu di lì a poco polemicamente chiamata Togliatti, dal nome del guardagilli comunista, artefice – nel 'senso comune' – del «colpo di spugna sui crimini fascisti»⁶⁰. Le ricerche documentano che fu la magistratura ad interpretare il testo nel segno di accordare ai responsabili di gravissimi delitti il beneficio riconosciuto come *politico*, dal momento che – per la prima volta – poteva essere rifiutato da imputati e condannati. Più che 'ancora fascisti', i magistrati italiani del dopoguerra furono – a mio avviso – estranei, per cultura legalista, alla 'legalità transizionale', che chiedeva loro di beneficiare certi delitti commessi dai fascisti – con l'esclusione dei più odiosi agli occhi degli italiani – e i «delitti anche gravi commessi per una specie di forza d'inerzia del movimento insurrezionale antifascista». In quest'ultimo caso, pur rinunciando alla pena, il capo dei comunisti italiani riconobbe la rilevanza penale dell'«insurrezione tentata», profilo nevralgico di parte della Resistenza, ben oltre la fine della guerra. L'amnistia intese poi 'comunicare', attraverso la clemenza, con certi particolari fascisti, le «giovani generazioni», che – nella *Relazione Togliatti* – la «esteriore e coatta disciplina» del regime aveva reso «incapaci di distinguere il bene dal male». Le parole del guardasigilli erano in sintonia con quanto indicato da Bianchi Riva, a proposito del frequente ricorso alle attenuanti per i delitti commessi dai ragazzi e ragazze di Salò, accordate dalla II sezione della Cassazione in considerazione del peso della «propaganda fascista»⁶¹.

Un altro profilo del decreto 22 Giugno 1946 merita una sottolineatura, l'esser contestuale all'avvio della Costituente, l'esser frutto di un accordo tra i principali partiti, inteso ad escludere dall'orizzonte della Costituzione il fascismo storico e quello «eterno»⁶², e che – per il guardasigilli – doveva includere tutti i «buoni italiani», in un atto di «pacificazione e riconciliazione»⁶³. Quanto alla polarità tra giustizia di transizione e giustizia penale 'legalista' – l'unica pensabile per i giuristi di allora – nel 1947 Mario Bracci – all'epoca ministro, testimone di «come nacque l'amnistia» – scriveva che il decreto presidenziale era inteso al ritorno all'idea 'classica', non transizionale, di giustizia penale come accertamento delle responsabilità dei singoli. La pena, la rinuncia alla pena, la guerra delle memorie non parevano strumenti adatti alla «proclamazione delle responsabilità storiche del fascismo»; il giurista senese scriveva che «il primo responsabile – parlo di

⁵⁹ Caroli, 2020, p. 328

⁶⁰ Franzinelli, 2006

⁶¹ Bianchi Riva, 2019, p. 411

⁶² Eco, 2017

⁶³ Bianchi Riva, 2019, p. 417 ; Caroli 2020, 143 ss

responsabilità causale – del fascismo è il popolo italiano»⁶⁴. Una presa d'atto del consenso goduto dal regime ed un operoso ravvedimento parevano la condizione per l'avvio della vita democratica, nell'impossibilità di processare milioni di italiani, di praticare la «tradizione medievale del bando»⁶⁵.

Bibliografia

- Alessi G., 2011: *Lo scandalo della grazia nell'orizzonte contemporaneo. Riflessioni a margine*, in *Grazia e giustizia, Figure della clemenza tra tardo medioevo ed età contemporanea*, a cura di K. Hater, C. Nubola, Bologna, Il Mulino, pp. 591-603
- Anastasia S., Corleone F., Pugiotto A., 2018: *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, Roma, Ediesse
- Bianchi Riva R., 2019: «Una saggia politica criminale». *I ragazzi di Salò nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in «Italian review of legal history», pp. 384-436
- Bin R., Brunelli G., Pugiotto A., Veronesi P. (a cura di), *La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale*. Torino, Giappichelli, 2006
- Bracci M., 1947: *Come nacque l'amnistia*, in «Il Ponte», 1090-1107
- Bracci M., 2020: *Carte sparse. Riflessioni, pagine di diario, relazioni, discorsi (1934-1945)*, a cura di S. Moscadelli, Siena, Accademia degli Intronati
- Caroli P., 2020: *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Napoli, Esi
- Colao F., 2011: *Il volto della nazione nelle amnistie politiche del Novecento*, in *Grazia e giustizia. Figure della clemenza tra tardo medioevo ed età contemporanea*, a cura di K. Hater, C. Nubola, Bologna, Il Mulino, pp. 463-488
- Colao F., 2018: *Alle origini degli istituti di clemenza nell'ordinamento italiano. Poteri dello Stato e opinione pubblica (1848-2006)*, in «Diritto penale XXI secolo», *La clemenza come fattore o antitesi della giustizia penale? L'amnistia tra storia, comparazione e prospettive di riforma*, pp. 1-20
- Cooke Ph., 2015: *Francesco Moranino: un caso giudiziario fra Resistenza, desistenza e guerra fredda*, in *Nei tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia repubblicana*, a cura di G. Focardi, C. Nubola, Bologna, Il Mulino, pp. 271-302
- Eco U. ; 2017: *Il fascismo eterno*, Milano, La nave di Teseo
- Ferrajoli L., 2019: *L'uso politico del diritto penale*, in *Carcere e giustizia. Ripartire dalla Costituzione*, a cura di F. Corleone, Firenze, Consiglio regionale della Toscana, pp. 9-83

⁶⁴ Bracci 2020, p. 32

⁶⁵ Bracci 1947, p. 1107

- Focardi G., Nubola C., 2015: *Giustizia nell'Italia repubblicana. Qualche nota introduttiva*, in *Nei tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia repubblicana*, Bologna, Il Mulino, pp. 7-11
- Franzinelli M., 2006: *L'amnistia Togliatti, 22 Giugno 1946 : colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milano, Mondadori
- Grosso E., 2018, *L'amnistia 'essiccata' e la trappola del consenso. Come contrastare efficacemente lo spirito del tempo*, in *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, a cura di Anastasia, Corleone, Pugliotto, Roma, Ediesse, pp. 189-198
- Itzovich G., 2007: *Pinocchio e il diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica moderna», pp. 239-268
- Lacchè L., 2011: *Conclusioni*, in *Grazia e giustizia, Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, a cura di H. Harter, C. Nubola, Bologna, Il Mulino, pp. 605-627.
- Lacchè L., Meccarelli M., 2019: *Paura in criminalibus: il problema penale tra sentimento umano e dinamiche sociali*, in «Quaderno di storia del penale e della giustizia», 1/2019, *La paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*, pp. 7-13
- Lacchè L., 2016: *"Alzate l'architrave, carpentieri". I livelli della legalità penale e le "crisi" tra Otto Novecento*, in *Le legalità e le crisi della legalità*, a cura di C. Storti, Torino, Giappichelli, pp. 183-205
- Maculan E., 2018 : *L'amnistia nella giustizia di transizione*, in «Diritto penale XXI secolo», *La clemenza come fattore o antitesi della giustizia penale? L'amnistia tra storia, comparazione e prospettive di riforma*, pp. 53-73.
- Maiello V., 2007: *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea di scopo*, Napoli, Esi
- Mazzacuva N., 2018: *Sulla perdurante utilità (anzi sulla necessità) della «clemenza collettiva»*, in «Diritto penale XXI secolo», *La clemenza come fattore o antitesi della giustizia penale? L'amnistia tra storia, comparazione e prospettive di riforma*, pp. 40-52
- Neppi Modona G., 2011: *Perdono e clemenza di Stato nella giustizia penale italiana, Grazia e giustizia. Figure della clemenza tra tardo medioevo ed età contemporanea*, a cura di K. Hater, C. Nubola, Bologna, Il Mulino, pp. 575-590
- Nubola C., 2011: *Giustizia, perdono, oblio. La grazia in Italia dall'età moderna ad oggi*, in *Grazia e giustizia. Figure della clemenza tra tardo medioevo ed età contemporanea*, a cura di K. Hater, C. Nubola, Bologna, Il Mulino, pp. 11-42
- Nussbaum M.C., 2017: *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, Bologna, Il Mulino
- Pisani M., 2007: *Grazia e giustizia*, Milano, Giuffrè

- Pomanti P., 2008: *I provvedimenti di clemenza. Amnistia, indulto e grazia*, Milano, Giuffrè
- Portinaro P.P., 1995: *L'amnistia tra esigenze di giustizia e ragion di Stato*, in H. Quartisch, *Giustizia e politica. Le amnistie nella storia*, Milano, Giuffrè
- Portinaro P.P., 2011: *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Milano, Feltrinelli
- Portinaro P.P. (a cura di), 2014: *Passioni violente e memorie contrastate. Scene dal Novecento europeo*, Roma, Mimesis
- Prosperi A., 2008: *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, Einaudi
- Prosperi A., 2013: *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana. XIV-XVIII secolo*, Torino, Einaudi
- Pugiotto A., 2018a: *Ripensare il paradigma vittimario*, in *Carcere e giustizia. Ripartire dalla Costituzione*, a cura di F. Corleone, pp. 107-117
- Pugiotto A., 2018b: *Clemenza e costituzione. Una rilettura (e una proposta in controtendenza)*, in «Diritto penale XXI secolo», *La clemenza come fattore o anti-tesi della giustizia penale? L'amnistia tra storia, comparazione e prospettive di riforma* pp. 21-39
- Pugiotto, A., 2006: «Eminentemente umanitaria ed equitativa»: numeri, causa (e motivi) della grazia, in *La grazia contesa. Titolarietà ed esercizio del potere di clemenza individuale*, Torino, Giappichelli, pp. 278-291
- Radbruch, G., 1961: *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, Giappichelli
- Sbriccoli M., 2009: *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal Medioevo all'età moderna*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, pp. 155-209
- Stewart-Steimberg S., 2011: *L'effetto Pinocchio. Italia 1861-1922: la costruzione di una complessa modernità*, Roma, Eliot
- Stronati M., 2009: *Il governo della grazia. Giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana (1848-1913)*, Milano, Giuffrè
- Stronati M., 2015: *La grazia e la giustizia durante il fascismo*, in *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, a cura di L. Lacchè, Roma, Donzelli, pp. 127-150
- Valenti A. (a cura di), 2014: *La difficile clemenza. Atti del convegno Diritto penale, carcere e clemenza: nel ricordo di Franco Bricola vent'anni dopo*, in «Ius 17»
- Violante L., 1997: *Delinquere, perdonare, punire*, in *Storia d'Italia, Annali*, vol. XII, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, pp. I-XXIX