

# "Giustizia di transizione e neopunitivismo: il campo di tensione tra garantismo penale e repressione delle violazioni sistematiche dei diritti umani"

- Gabriele Fornasari -

## 1. Premessa terminologica e concettuale

La prima esigenza che si pone è quella di operare un chiarimento terminologico e concettuale, funzionale anche a restringere il campo dell'intervento.

Anzitutto, va definito il concetto di "giustizia di transizione", traduzione più o meno evocativa della locuzione in lingua inglese "transitional justice".

A questo fine, è preliminarmente necessario spiegare che cosa si intenda qui per "transizione", cioè quali sono le situazioni in relazione a cui si chiama in causa questa forma di giustizia.

Ebbene, la transizione di cui si parla è il passaggio di uno stato da una situazione nella quale da parte di chi detiene il potere vengono sistematicamente violati diritti fondamentali dell'uomo ad una situazione nella quale se ne ripristina il rispetto.

Il caso più ovvio è quello in cui si passa da un regime dittatoriale ad uno democratico, ma non vi è una coincidenza automatica: infatti, da un lato vi possono essere violazioni sistematiche di diritti umani anche in stati formalmente democratici (Sudafrica, Perù, Iran), e almeno in teoria potrebbero esservi stati a conduzione autoritaria in cui alla soppressione delle regole democratiche non si accompagnano gravi forme di repressione dei diritti fondamentali tali da assumere il volto di crimini contro l'umanità (questo avviene soprattutto nelle fasi declinanti delle dittature, un esempio potrebbe essere il Brasile del gen. Medici).

## 2. Le diverse scelte nella transizione

Una volta avvenuta la transizione ad una democrazia rispettosa dei diritti fondamentali, si pone (o meglio: può porsi) il problema del “superamento del passato”; dico “può porsi”, perché in realtà succede non di rado che si preferisca, per le più varie ragioni, la scelta di “non fare i conti” con il passato.

Abbiamo in sostanza, a questo punto (volendo semplificare quasi brutalmente), tre opzioni di fondo che possono essere seguite e che sono effettivamente state seguite negli ultimi decenni, naturalmente con sfaccettature e sfumature diverse che qui non è possibile analizzare.

Due opzioni sono estreme, mentre la terza è, per così dire, intermedia.

Alla prima estremità abbiamo l’atteggiamento di quei paesi che hanno preferito, o in modo surrettizio o all’esito di un dibattito pubblico, prendere la cosiddetta “strada dell’oblio”, ovvero rinunciare a qualunque forma di persecuzione penale dei fatti costituenti crimini contro i diritti umani (omicidi di massa, sparizioni forzate, torture sistematiche, genocidi, eliminazione fisica degli oppositori, ecc.), ma anche a qualunque forma diversa di intervento, volta a ricostruire la verità, a risarcire economicamente o simbolicamente le vittime delle violazioni, ad operare una lustrazione di magistrati, dirigenti pubblici, docenti universitari, vertici militari o altri soggetti che a qualche titolo avessero contribuito alle violazioni di diritti umani.

Tra i paesi che hanno fatto questo tipo di scelta possiamo annoverare per esempio in Europa la Spagna post-franchista (solo con una recente legge del governo Zapatero si comincia a far questione di riparazioni per le vittime di quel regime), la Grecia dopo la fine del breve ma durissimo “regime dei colonnelli” e in effetti anche l’Italia post-fascista, dove i conti furono regolati, per così dire, con l’impiccagione di Mussolini, ma dove l’ammnistia decretata dal ministro della giustizia Togliatti, quale che sia il giudizio storico che se ne vuole dare, bloccò quasi sul nascere i processi per gli atti di collaborazionismo con l’esercito occupante straniero e qualunque altra possibile iniziativa volta a reprimere i crimini della dittatura; bisogna ricordare che in altri casi le amnistie volte ad impedire le persecuzioni penali erano in realtà autoamnistie, decretate dagli stessi dittatori prima di cedere il potere: talvolta esse

produssero gli effetti desiderati, altre volte, come vedremo in seguito, furono in seguito dichiarate giuridicamente inefficaci.

Nell'ambito delle esperienze extraeuropee, è riconducibile a questa prima opzione quanto avvenuto inizialmente in Uruguay, dove fu il primo governo democratico a fare approvare una legge di amnistia per i fatti commessi durante il periodo dittatoriale, la quale poi fu due volte confermata dal corpo elettorale mediante referendum; oggi peraltro in quel paese vi sono segnali contrastanti rispetto a quella scelta, da cui la giurisprudenza sembra volersi distaccare.

Alla seconda estremità abbiamo quei paesi nei quali le violazioni di diritti umani avvenute nel periodo dittatoriale sono fatte oggetto, talvolta immediatamente, talvolta a distanza di diversi anni e dopo accese discussioni pubbliche, di interventi giudiziari volti a produrre sentenze di condanna in sede penale, civile e/o amministrativa per gli autori di quelle violazioni ed altri interventi volti a rimuovere quei soggetti dalle cariche da loro ricoperte.

Si sono segnalate in tal senso in Europa la Germania del "dopo-muro di Berlino" e la Polonia; in ambito extraeuropeo sono interessanti soprattutto le esperienze di alcuni paesi dell'America latina, alla cui giurisprudenza verranno in gran parte dedicate le riflessioni che stanno per essere svolte, date le notevoli peculiarità che ne sono il tratto caratteristico.

L'opzione che può essere definita intermedia è quella che connota per esempio la ben nota esperienza sudafricana, nella quale ai responsabili della politica razzista dell'Apartheid si proponeva in sostanza uno scambio nel quale il diritto penale restava sullo sfondo, dato che a quei dirigenti del regime che ammettessero in modo credibile davanti alla Commissione per la Verità e la Riconciliazione (dunque non in una sede processuale) tutte le loro responsabilità, senza falsità ed omissioni, veniva promessa l'impunità in sede penale, ma d'altro canto veniva loro imposta la destituzione dagli incarichi pubblici ricoperti; porte aperte al processo penale invece per coloro che non seguissero questa via.

Le tre opzioni, volendo ancora semplificare all'estremo le valutazioni, sono tre diverse modalità di individuare il punto di equilibrio tra due istanze non sempre tra loro conciliabili: quella, per così dire retributiva, di ottenere una piena giustizia riguardo a gravissime condotte criminose e quella, più politica, di garantire la pace e la riconciliazione sociale al riparo da possibili riproposizioni di situazioni di conflitto del passato.

### 3. La scelta repressiva e i suoi fattori determinanti

Non si discuterà qui sulla condivisibilità delle diverse opzioni, trattandosi di una valutazione strettamente politica e fortemente collegata alle specifiche esperienze dei singoli stati, ma l'attenzione verrà puntata sui casi in cui la scelta è caduta sul modello repressivo, che utilizza il diritto ed il processo penale per regolare i conti con il passato.

Si tratta quasi sempre di una scelta contrastata, che presenta oscillazioni nel corso del tempo, sulle quali incidono le pressioni di lobbies, maggioranze politiche che cambiano, organizzazioni per i diritti umani, forze ancora legate all'esperienza autoritaria, nuove interpretazioni di universi normativi.

Per quello che qui interessa, è una scelta che pone spesso problemi di compatibilità con principi consolidati del diritto penale liberale che abbiamo ricevuto dalla rivoluzione illuministica e che fa venire al pettine nodi drammatici del controverso rapporto tra concezione formale e concezione materiale del diritto e della giustizia.

Negli ultimi anni, inoltre, un nuovo prepotente fattore ha iniziato ad incidere con forza sulla questione, ovvero il ruolo del diritto internazionale umanitario e del diritto penale internazionale, con sempre maggior frequenza chiamati in causa come elementi di interpretazione dei diritti penali interni o ancora come fonti giuridiche direttamente attingibili, anche se in contrasto con le fonti interne, dai giudici penali

nazionali o da giudici sovranazionali (come la Corte Interamericana per i diritti umani) la cui giurisprudenza diviene vincolante per i giudici nazionali.

Tra le tante importanti, una novità molto significativa è data dal fatto che mentre nel XIX e nel XX secolo i principi sovraordinati del diritto penale tendevano a svolgere un ruolo funzionale all'applicazione di un paradigma selettivo del diritto penale, negli ultimissimi decenni il vettore appare indirizzato nel verso opposto, sicché dai principi sovraordinati si deduce una forza espansiva del diritto penale, in grado di travolgere le barriere garantistiche approntate dagli ordinamenti nazionali.

#### 4. Il problema della tenuta dei principi

Vedremo durante lo svolgimento di queste riflessioni che questa vicenda mette in discussione la tenuta di principi come la riserva di legge e l'irretroattività della legge penale e tende a ridisegnare profondamente istituti generali del diritto penale come le cause estintive (segnatamente amnistia e prescrizione) e il concorso di persone nel reato.

Sul piano del diritto processuale penale, cui qui verrà dedicata solo questa breve menzione, entrano in discussione i principi del ne bis in idem e della forza del giudicato.

Ma il motivo per cui si creano queste tensioni non è banale: il XX secolo ha conosciuto (e l'esistenza dei mezzi di comunicazione di massa ha fatto sì che non rimanessero nascoste) tante e tali atrocità e violazioni di fondamentali diritti umani che nel suo scorcio finale si è voluto approntare, nel diritto penale internazionale, strumenti di tutela di questi diritti a cui vincolare il più possibile gli stati nazionali e la loro sovranità.

Nasce così una sorta di neogiusnaturalismo con basi normative (convenzioni, trattati, statuti) in base ai cui principi non devono per nessuna ragione rimanere impunte quelle violazioni in cui è possibile riconoscere crimini di lesa umanità (di

qui la definizione di “neopunitivismo” coniata di recente dal penalista argentino Daniel Pastor).

Vi è in qualche modo in questa concezione l’eco della famosa “formula di Radbruch”, nella quale nell’immediato dopoguerra il celebre penalista e filosofo del diritto tedesco (nonché ministro in uno dei governi della Repubblica di Weimar), dopo che furono evidenti gli orrori dell’era nazionalsocialista, condensò il suo punto di vista circa la necessità, in casi estremi di intollerabili violazioni di diritti umani, di derogare ai principi liberalgarantistici del diritto penale al fine di punirne gli autori.

Lasciando qui da parte la via dell’istituzione di tribunali penali internazionali ad hoc o di natura permanente, dobbiamo occuparci dei casi in cui la giustizia interna dei singoli paesi ha operato ispirandosi a quei principi.

A questo riguardo, un laboratorio privilegiato è quello dell’America latina, in particolare dei paesi del Cono Sur, che hanno conosciuto tutti durissime dittature militari e che conoscono oggi un dibattito serrato fra istituzioni politiche, magistratura e dottrina penalistica sulle strategie di superamento del passato; in questi paesi, come vedremo, sono con la massima chiarezza sul tappeto i vantaggi e i rischi di un intervento repressivo *a posteriori* basato sull’uso del diritto penale.

## 5. Il precedente dell’unificazione tedesca

Prima di analizzare con approfondimento queste esperienze, merita un cenno quella che ha svolto una funzione di traino dell’idea che non si potessero lasciar correre i crimini commessi da entità statali il cui fondamento stesso è illegittimo perché centrato sulla soppressione di diritti fondamentali.

Mi riferisco all’esperienza tedesca successiva alla riunificazione tra le due Germanie dopo la caduta del muro di Berlino; e non è un caso, per tornare sul punto toccato in precedenza, che nei lavori di penalisti e costituzionalisti tedeschi degli anni ottanta, l’ormai defunta Repubblica democratica tedesca venga definita con il termine

“Unrecht-Staat”, giocando sulla doppia valenza della parola Unrecht, come negazione di diritto (Stato di non-diritto) e come illecito (Stato illegittimo).

La DDR tuttavia è esistita, è stata riconosciuta da tutti i paesi, ed ha avuto un ordinamento giuridico pienamente vigente, comprensivo di un codice penale, che certo conteneva norme repressive e norme permissive non degne di un ordinamento basato sui diritti umani, ma anche tante disposizioni comuni a tutti gli altri codici penali.

Una volta avvenuta la riunificazione, all’intero territorio tedesco venne estesa l’operatività di quello che fino ad allora era stato il codice penale della Repubblica di Bonn (con poche eccezioni tra cui di notevole rilievo solo quella della fattispecie di aborto), che tuttavia nei territori della ex Repubblica democratica non poteva che valere per i fatti commessi in futuro, alla luce del principio di legalità.

Se tutto questo poteva in astratto apparire pacifico, ben presto tuttavia apparve chiaro il contrasto tra una piana applicazione dei principi liberali (sanciti anche in Germania dalla Costituzione) e l’esigenza di sottoporre a giudizio le gravi violazioni di diritti umani commesse nel contesto dell’azione politica della dirigenza statale della DDR.

La cartina di tornasole di queste difficoltà furono i processi iniziati davanti al Tribunale di Berlino all’inizio degli anni novanta, immediatamente dopo la riunificazione, aventi ad oggetto l’uccisione da parte delle guardie del confine intertedesco (in particolare quello che separava le due parti della città di Berlino) di persone che tentavano di passare, violando un espresso divieto, dal territorio orientale a quello occidentale.

I processi per i cosiddetti “spari al muro” (Mauerschüsse) ebbero un forte impatto mediatico e furono accompagnati da una notevole campagna volta ad ottenere giustizia per tante vittime innocenti della dittatura, ma sul piano del diritto penale evidenziarono problemi che non erano stati forse messi adeguatamente in conto.

E' chiaro che i reati che si imputavano alle guardie di confine ed a coloro che avevano dato loro l'ordine di sparare su chiunque tentasse di attraversare il confine (ovvero omicidi dolosi e lesioni personali dolose) erano pacificamente previsti anche nel codice della DDR, sicché non c'era il problema di una possibile violazione del principio di tipicità per quanto riguardava le fattispecie applicabili, ma la questione delicata era un'altra, ovvero quella della legittimità di quelle condotte certamente tipiche.

Le guardie di confine si difendevano affermando di avere agito in esecuzione di ordini vincolanti e pertanto di trovarsi nella situazione di avere realizzato una condotta tipica ma non antiggiuridica, perché coperta dalla causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere.

Il punto è che nel diritto della DDR quella causa di giustificazione esisteva davvero e per quell'ordinamento quell'ordine era legittimo, tale cioè da escludere la responsabilità sia di chi lo dava, sia di chi lo riceveva, mentre naturalmente nel diritto della Germania occidentale, poi divenuto diritto dell'intera Germania, come in genere in tutti gli ordinamenti liberaldemocratici, la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere trova applicazione solo se l'ordine, benché vincolante, non abbia il carattere della manifesta criminalità; ed in questo caso, il contenuto dell'ordine (sparare a vista su chiunque cercasse di attraversare il confine senza fermarsi ai precedenti avvertimenti) è talmente aberrante da non poter rientrare in quelle caratteristiche.

Si formarono allora due partiti, rispecchiati anche nelle decisioni delle autorità giudiziarie che si pronunciarono al riguardo: da un lato, chi propugnava l'istanza di una "giustizia sostanziale" negava qualunque efficacia giuridica ad una norma giustificante così concepita, invocando la condanna per omicidio (o lesioni personali); dall'altro, si obiettava che in tal modo, disapplicando retroattivamente una norma permissiva, si sarebbe fondata la condanna su una violazione del principio di legalità.

La questione ha ormai natura storica, ma a suo tempo provocò anche notevoli incertezze in giurisprudenza.

Un altro aspetto interessante dell'esperienza tedesca post-riunificazione riguarda processi per reati che, pur se meno gravi, erano comunque espressione di un'azione politica lesiva di diritti fondamentali.

E' il caso per esempio di condotte di lesioni personali nei confronti di oppositori del regime o del cosiddetto "abuso del diritto" (Rechtbeugung), una sorta di diniego di giustizia, fattispecie, va segnalato, prevista per di più con un trattamento non dissimile in entrambi i codici delle due Germanie: qui il problema era dato dal fatto che per questi reati erano previsti termini di prescrizione relativamente brevi, e ciò faceva sì che in molti casi al momento di sottoporre a giudizio i loro autori nella Germania riunificata le loro condotte fossero già prescritte.

Di fronte a questo ostacolo, fu escogitata una forma di aggiramento consistente nel considerare che in casi come questi, di abusi di stato contro privati cittadini, il termine di prescrizione, che ordinariamente inizia a decorrere dal momento del fatto, resta sospeso fino al momento in cui un'indagine giudiziaria può effettivamente essere aperta, ovvero fino al momento in cui allo stato dittatoriale si sostituisce lo stato democratico; con una serie di successive leggi sulla prescrizione, venne sancito pertanto che il termine di prescrizione per abusi commessi dall'apparato statale iniziava in ogni caso a decorrere dal 3 ottobre 1990 e non poteva in alcun caso scadere prima di una determinata data, che fu più volte modificata; insomma, dando luogo poi ad un'interpretazione accolta anche da giudici di altri paesi, si modificò retroattivamente *in pejus* la disciplina della prescrizione, con un'operazione secondo alcuni giustificabile alla luce del suo carattere di istituto processuale e non sostanziale.

## 6. Il "laboratorio" sudamericano

Le argomentazioni giuridiche addotte nell'esperienza tedesca al fine di punire violazioni di diritti umani consumate dallo stato dittatoriale, alcune delle quali verranno riprese in altre esperienze successive, hanno comunque la caratteristica di fondarsi sul diritto interno (penale, processuale o costituzionale) e di non cercare dunque legittimazione, di solito, negli obblighi di diritto internazionale cui si vincolano gli stati nazionali, talvolta per espresso o implicito richiamo delle stesse carte costituzionali.

Questa invece è la caratteristica essenziale di alcune esperienze sudamericane a cui di seguito si farà riferimento.

I casi da analizzare sarebbero molti, ognuno con significative peculiarità, ma è opportuno soffermare l'attenzione sui paesi in cui sono emerse in maniera più evidente le questioni problematiche, relative alle sfide per il diritto penale classico, che vorrei affrontare.

I paesi che prenderò in considerazione sono Argentina, Cile, Uruguay e Perù.

L'Argentina ha conosciuto un periodo di dittatura militare protrattosi dal 1976 al 1983, durante il quale ha avuto una enorme estensione il fenomeno delle sparizioni forzate; i militari cedettero il potere soprattutto a causa dell'enorme perdita di prestigio dovuta alla sconfitta nella guerra per le Isole Malvinas; dopo il ritorno alla democrazia, iniziarono immediatamente alcuni processi penali a carico di esponenti delle gerarchie militari, ma questa prima fase durò pochissimo perché prima due leggi del parlamento (*Ley de punto final* e *Ley de obediencia debida*) e poi alcuni decreti presidenziali (del presidente Menem) amnistiarono in sostanza (o bloccando le indagini o con atti di perdono individuale) i crimini di lesa umanità commessi durante la dittatura; furono tuttavia avviati i cosiddetti processi per la verità, che, sebbene condotti in sede penale, erano volti soltanto ad evidenziare quanto accaduto ma senza che si potesse giungere alla emanazione di condanne per i responsabili, ed una commissione di persone autorevoli e indipendenti nominate dal governo fu incaricata di fare luce sull'estensione del fenomeno degli omicidi e delle sparizioni

forzate, terminando il proprio lavoro con la pubblicazione dell'impressionante rapporto intitolato "Munca mas".

Con il cambio di secolo e di millennio la prospettiva cambia integralmente: le leggi di amnistia vengono dichiarate incostituzionali con effetto retroattivo e sulla base dei principi enunciati dalla Corte Interamericana per i diritti umani (un organismo che ha molto in comune con la nostra Corte di Strasburgo) inizia una serie di processi per omicidi politici e sparizioni forzate, alcuni dei quali stanno conducendo all'emanazione di sentenze di condanna anche piuttosto pesanti.

In Cile, la dittatura di Augusto Pinochet inizia con il colpo di stato dell'11 settembre 1973, che costò la vita al presidente democraticamente eletto Salvador Allende, e si protrae fino al 1990, allorché, sulla base di forti pressioni sociali e comunque mantenendo il controllo delle forze armate, il dittatore diede il suo consenso alla celebrazione di libere elezioni.

La consensualità del passaggio alla democrazia fece sì che Pinochet negoziasse di fatto la propria impunità, sicché la prima vicenda giudiziaria che lo riguardò derivò da una richiesta di estradizione dalla Spagna al Regno Unito, in un primo momento accolta e poi negata adducendo motivi di salute; rientrato in Cile, però, Pinochet fu poi sottoposto a processo, ma presto le indagini furono interrotte a causa della morte dell'ormai anziano ex-dittatore; altri processi per omicidi politici e torture sono tuttavia in corso davanti a diversi tribunali cileni.

In Uruguay, nel 1973, il presidente della repubblica democraticamente eletto, Juan Maria Bordaberry, decide con l'appoggio dei vertici militari di sciogliere il Parlamento e di sospendere le libertà costituzionali; ne nasce un regime dittatoriale in cui si susseguono a capo dell'esecutivo diversi civili che tuttavia fanno sempre affidamento sul sostegno dei militari, dei quali talvolta rappresentano dei semplici fantocci; si avranno di nuovo libere elezioni nel 1985, dopo che i militari avevano accettato di guidare una lenta transizione, soprattutto a causa dell'incapacità dei loro governi di fare fronte alla grave crisi economica che affliggeva il paese; uno dei primi provvedimenti del parlamento democraticamente eletto fu l'emanazione di una legge

di rinuncia alla pretesa punitiva dello stato in relazione ai crimini commessi durante la dittatura, un modo per amnistiare, senza usare questo termine non gradito ai militari, le violazioni di diritti umani consistenti soprattutto in omicidi politici, torture e sparizioni forzate che erano state commesse soprattutto dal 1973 al 1976.

Molto criticata da vari ambienti, la legge fu sottoposta a referendum popolare due volte, ed entrambe le volte confermata dal voto, tuttavia nell'ultimo decennio si è aperta una nuova fase e, anche in questo caso facendo ampio riferimento alla giurisprudenza interamericana, la giurisprudenza ha cominciato a svolgere indagini sui fatti commessi al tempo della dittatura, ed è del febbraio di quest'anno la prima clamorosa sentenza, con la quale in prima istanza il tribunale di Montevideo condanna ad una pesantissima sanzione detentiva proprio J.M. Bordaberry, ormai ottuagenario.

E' da dire che un tratto comune alle vicende di questi tre paesi è la sostanziale coincidenza cronologica tra il cambio di orientamento della giurisprudenza e una serie di vittorie elettorali delle forze politiche e dei candidati presidenti più orientati a sinistra (Nestor Kirchner prima e poi la moglie Cristina Fernandez in Argentina; Ricardo Lagos e poi Michelle Bachelet in Cile; Tabaré Vazquez e poi l'ex tupamaro Pepe Mujica Cordano in Uruguay), effettivamente meno vincolati dalla ricerca di un *appeasement* con i detentori del potere dittatoriale.

In Perù, infine, la vicenda è parzialmente diversa, perché gli anni oggetto di attenzione sono quelli della presidenza di Alberto Fujimori, che fu eletto democraticamente e non sospese mai, almeno nel loro complesso, i diritti costituzionali, ma utilizzò, nel contrastare il gruppo terroristico chiamato Sendero Luminoso, settori dell'esercito che ebbero mano libera nella repressione, realizzando esecuzioni sommarie, eccidi di massa di sospetti simpatizzanti, spaventose torture, ed inoltre sottopose gli indagati a processi davanti a tribunali segreti e senza nemmeno l'ombra delle garanzie del *due process of law*.

Proprio uno di questi eccidi di massa fu oggetto del primo importante intervento della Corte interamericana – caso Barrios Altos – in cui si affermò con forza la

necessità che agli stati fosse fatto obbligo di perseguire e di non lasciare comunque impuniti, anche in presenza di pregressi provvedimenti di amnistia o indulto o in caso di avvenuta precrizione dei reati, gli autori dei gravi crimini di lesa umanità.

Ed in effetti la giurisprudenza peruviana ha preso del tutto sul serio questo obbligo ed è del dicembre dello scorso anno la sentenza di condanna del presidente Fujimori, anche in questo caso ad una pesante sanzione detentiva.

### 7. Le motivazioni della tendenza “neopunitivista”

E' venuto ora il momento di concentrare l'attenzione sulle motivazioni che sorreggono l'atteggiamento rigorosamente punitivista di questa recente giurisprudenza e di esaminare le possibili ragioni di contrasto con i principi del diritto penale di matrice illuministica.

La chiave di tutto sembra essere, come anticipato, il recepimento diretto nel diritto interno di principi del diritto internazionale umanitario e del diritto penale internazionale.

Ciò che è problematico è la natura del rapporto fra diritto interno e fonti internazionali e di conseguenza la fissazione del punto di equilibrio tra principi umanitari pur fondamentali e le tradizionali garanzie che hanno contribuito a determinare il livello di civiltà del diritto penale moderno.

L'analisi può cominciare da quei processi in cui il capo di imputazione è costituito dall'omicidio aggravato, dai casi cioè di eliminazione fisica degli oppositori o di eccidi di massa effettuati dai cosiddetti squadroni della morte.

Qui non si pone un problema di tipicità delle condotte, dato che ovviamente in tutti gli ordinamenti vi era già al tempo dei fatti la relativa fattispecie, ma resta il fatto che di norma anche per questi gravi comportamenti erano intervenuti provvedimenti di amnistia, pur se variamente denominati.

E' in relazione a questo limite alla punibilità che viene in questione il primo richiamo alle fonti internazionali, o meglio all'autorità delle decisioni della

giurisprudenza sovranazionale, che dal 2001 impongono l'inefficacia di tutte le disposizioni, per quanto formalmente valide, volte ad escludere l'intervento punitivo nel caso di gravi crimini di lesa umanità.

Questa indicazione è stata recepita dai giudici nazionali: in Argentina è stata una sentenza di illegittimità costituzionale a travolgere leggi di amnistia e perdoni presidenziali, negli altri paesi sono stati i giudici ordinari a disapplicarle con efficacia retroattiva, e non si è fatta differenza tra i casi in cui l'amnistia era unilaterale, ovvero concerneva i soli crimini commessi da apparati dello stato in chiave repressiva, e quelli in cui invece riguardava anche condotte tenute da membri di associazioni terroristiche in conflitto con lo stato (è il caso del Perù); in Uruguay, poi, la giurisprudenza non ha tenuto conto non solo del fatto che la legge di rinuncia alla pretesa punitiva dello stato era stata approvata con voto parlamentare, ma che era stata confermata due volte con referendum popolari.

Faccio notare che in dottrina alcuni commentatori che si sono occupati del problema della legittimità dei provvedimenti di amnistia successivi a situazioni di transizione politica hanno invece suggerito di distinguere tra autoamnistie, ovvero quelle che molto spesso vengono approvate dai regimi dittatoriali poco prima della loro caduta, da considerare in ogni caso illegittime ed inefficaci, e le amnistie concesse dopo l'avvenuta transizione, tra le quali bisognerebbe ulteriormente distinguere quelle unilaterali, che hanno l'unico scopo di costituire un colpo di spugna rispetto al passato, e quelle che hanno invece lo scopo di perseguire un'autentica pacificazione nazionale, ad esempio perché riguardano tutte le parti in causa di un conflitto o perché hanno avuto una conferma referendaria o perché sono in qualche modo condizionate ad un'attività riparatoria.

Discorso non molto diverso è quello sulla prescrizione di questi reati.

Come si è visto, nell'esperienza tedesca l'ostacolo era stato aggirato modificando, da parte della giurisprudenza, il computo del termine, nel senso che si era affermato che, nel caso di reati commessi con abuso di potere statale, la prescrizione si deve considerare decorrente non dal momento del fatto, come previsto

di solito negli ordinamenti penali vigenti, ma dal momento in cui il fatto divenga concretamente perseguibile dall'autorità giudiziaria, ovvero in sostanza da quando è terminata la transizione al regime rispettoso dei diritti umani.

Questa impostazione è stata seguita anche da tribunali sudamericani (per esempio in Uruguay nel caso Bordaberry), ma non è escluso che possa rivelarsi non risolutiva; potrebbe darsi cioè che, anche con il termine così spostato in avanti, la prescrizione decorra e scada ugualmente se vi è un ritardo nelle denunce o nell'attivarsi degli organi della pubblica accusa.

Proprio per questo il tema della prescrizione è stato talvolta affrontato in termini più radicali, partendo ancora una volta da un'indicazione proveniente dal diritto penale internazionale, ovvero l'imposizione della imprescrittibilità dei crimini di lesa umanità contenuta nello Statuto della Corte penale internazionale e ancor prima nel Trattato del 1968.

Il meccanismo applicativo è dunque il seguente: il reato, anche se nella legislazione interna è un reato comune, viene identificato come crimine di lesa umanità se configurabile come tale in base ai criteri del diritto penale internazionale; questa sua natura gli garantisce il requisito della imprescrittibilità, che peraltro è attribuito con efficacia retroattiva in quanto la qualifica di crimine di lesa umanità è, diciamo così, dichiarativa e non costitutiva, sicché non sorge con lo statuto, ma era già insita nel fatto stesso, indipendentemente da quando sia stato commesso; essendo poi le norme di diritto penale internazionale norme direttamente vigenti nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali, e perdi più con rango costituzionale o addirittura sovracostituzionale, i principi che esse introducono prevalgono sui principi del diritto interno; con questa catena argomentativa si giustifica l'incardinamento della imprescrittibilità, con effetti retroattivi, dei reati commessi durante le esperienze dittatoriali.

L'altro filone giurisprudenziale di estremo interesse è quello relativo alle condotte che hanno portato alla sparizione forzata, in molti paesi dell'America latina, di decine di migliaia di persone, mai più riapparse o ritrovate a molti anni di distanza

in fosse comuni o ancora con ogni probabilità fatte sprofondare nell'oceano o in uno dei grandi fiumi del continente.

Qui si pongono forse i problemi più delicati sul piano giuridico.

Oggi tutti o quasi i paesi sudamericani hanno introdotto nel codice penale o in una legge speciale il reato di sparizione forzata, non come un semplice sequestro di persona, ma qualificato da un lato dal fatto di essere un reato proprio, dall'altro dal fatto della negazione ai congiunti della vittima delle informazioni relative al suo destino.

Tuttavia, negli anni settanta e ottanta, cioè al tempo delle feroci dittature sudamericane, fattispecie di questo tipo non esistevano, sicché, a parte il caso del ritrovamento effettivo dei cadaveri, la qualificazione giuridico-penale di questi fatti poteva tutt'al più proporsi come sequestro di persona, una fattispecie evidentemente inadeguata, in termini di gravità delle conseguenze sanzionatorie, rispetto alla natura di quelle condotte.

Inoltre, un possibile ostacolo alla punibilità era costituito anche qui da un termine di prescrizione breve e in gran parte dei casi già scaduto, ma in questo caso una possibile modalità di aggiramento era stata individuata in un ragionamento di natura strettamente dogmatica: trattandosi di reato permanente (non consumato fino al ritrovamento, vivo o morto, del soggetto sparito), il termine di prescrizione non decorre finché dura la permanenza.

Ma la tendenza prevalente, evidenziata soprattutto dalla giurisprudenza argentina ed uruguayana, ma presente anche nelle altre, è quella di sanzionare comunque le condotte di sparizione forzata non facendo ricorso alla disposizione comune sul sequestro di persona, bensì proprio a quella sulla sparizione forzata, ad onta del fatto che l'entrata in vigore nei diversi ordinamenti è stata in tutti i casi di molti anni successiva ai fatti.

Il tragitto argomentativo seguito è di grande interesse.

In sostanza, il nucleo del discorso è il seguente: è vero che la fattispecie di sparizione forzata è stata introdotta, come *lex scripta*, anni dopo la realizzazione delle

condotte, tuttavia non si può dire che il fatto in precedenza fosse lecito, anzi era sicuramente illecito in base ad una consuetudine internazionale consolidata: l'introduzione della fattispecie legale formale allora non è altro che una modificazione dello stato giuridico già caratterizzato dall'illiceità.

Un ultimo cenno, prima di esprimere qualche pur provvisoria valutazione, va dedicato alla concezione del concorso di persone nel reato che viene adoperata al fine di sanzionare per le singole condotte incriminate – omicidi aggravati, lesioni personali, torture, sparizioni forzate – non solo i loro autori materiali, ma anche i soggetti che si trovavano in una posizione apicale nella gerarchia di potere, e non come istigatori o partecipi ma come autori, secondo lo schema dell'autoria mediata dedotta dalla teoria del dominio del fatto del notissimo penalista tedesco Claus Roxin, per la quale può essere definito autore anche ogni soggetto che gestisce e controlla un apparato organizzato di potere nell'ambito della cui attività sono commesse le violazioni di una norma penale.

## 8. Premesse per una riflessione su queste esperienze

Questi sono i dati oggettivi, sui quali ora vale la pena ragionare.

Un primo punto deve essere chiaro: quale che sia l'impostazione giuridica che si vuole accogliere in relazione ai vari punti problematici, i fatti di cui si dibatte e su cui vertono i recenti processi celebrati davanti ai tribunali sudamericani costituiscono violazioni gravissime e sistematiche di diritti umani, che hanno scosso fortemente il tessuto sociale di quei paesi, dove la richiesta di verità e giustizia, comprensibilmente, è molto pressante e attraversa vastissimi strati della popolazione.

Anche per questa ragione, al momento di analizzare il processo di transizione tramite il ricorso al diritto penale che è in corso di svolgimento, non ci si può accontentare di rifugiarsi nel formalismo giuridico.

Tuttavia, nemmeno si può ignorare, nel bilanciamento di valori, che i principi garantistici del diritto e del processo penale sono a loro volta istitutivi di diritti

fondamentali dell'individuo, la cui affermazione è costata sangue e dolore in periodi storici diversi dal nostro, ma non poi così lontani.

Allo stesso modo, non si deve ignorare che il pur incontestabile ruolo che svolgono le norme di diritto internazionale nel sistema delle fonti nazionali deve essere valutato nella sua portata corretta, talvolta equivocata per poter giungere a risultati considerati corrispondenti ad esigenze di giustizia sostanziale.

Alla luce di queste premesse, il metodo da seguire potrebbe essere quello di verificare di volta in volta quanto dei principi illuministico-liberali sia "negoziabile" per fare spazio ai postulati di derivazione internazionalistica tendenti ad affermare l'incondizionata punibilità dei crimini di lesa umanità.

In questa sede si potrà farlo solo a livello di prima approssimazione, non essendo possibile una analisi approfondita, ad esempio, su questioni come il significato per il diritto penale della prescrizione (un segnale in fondo di ammissione della fallibilità della giustizia umana) o dell'amnistia, strumento politico-giuridico a cui sono stati attribuiti nella storia i più diversi ruoli; insomma, l'obiettivo non è giudicare se sia giusto o no che vi siano reati imprescrittibili o per i quali deve essere vietato l'uso dell'amnistia, ma impostare un discorso sul possibile equilibrio tra fondamenti normativi i cui vettori si rivolgono in direzioni opposte quando si tratta della violazione di diritti umani.

## 9. Relatività delle risposte alle singole questioni

Alcune risposte possono apparire forse un po' più facili.

Penso per esempio alla questione della imputazione per partecipazione in crimini contro l'umanità a carico di soggetti posti a capo della struttura del regime ma dei quali non si può dire che abbiano dato specifici ordini in tal senso; certo, si tratterebbe di una sorta di responsabilità di posizione, ma rappresenterebbe solo entro certi limiti una forzatura delle disposizioni codicistiche nazionali e del disposto dell'art. 25 ICC; si potrebbe anche argomentare dalla illogicità ed incoerenza di

dichiarare responsabili figure minori che eseguono, materialmente od organizzativamente, disposizioni che rappresentano l'essenza stessa dell'esercizio del potere pubblico e non i soggetti che questo potere effettivamente detengono (si pensi alle reazioni che suscita il classico argomento degli storici "revisionisti" per cui Hitler non dovrebbe essere considerato responsabile delle camere a gas perché non si è mai trovato un ordine firmato di suo pugno che inducesse ad istituirle); e poi le teorie di matrice tedesca (welzeliana e roxiniana) del dominio del fatto e del dominio su un apparato organizzato di potere hanno conosciuto in vari paesi una sfera di operatività abbastanza ampia anche in condizioni più "normali".

Un atteggiamento in qualche modo concessivo si potrebbe avere anche in riferimento al caso delle cosiddette autoamnistie, atti sulla cui validità giuridica si possono nutrire dubbi (nelle esperienze sudamericane vengono talvolta definite come "leggi di fatto"), anche se l'argomento desunto dall'invalidità *a priori* dei provvedimenti normativi dei governi "di fatto" (cioè non legittimati da procedure democratiche) può rivelarsi scivoloso, in quanto portandolo alle estreme conseguenze si correrebbe il rischio di predicare l'invalidità anche di atti normativi strettamente e neutralmente funzionali alla normale vita quotidiana di tutti i cittadini.

Riguardo poi alla prescrizione, non ci sarebbero problemi a definire anche retroattivamente l'imprescrittibilità di un determinato reato di lesa umanità se si accoglie un punto di vista che non è privo di diffusione in dottrina anche in riferimento alle normative "interne", secondo cui la prescrizione (qui si intende quella del reato) è un istituto eminentemente processuale, il cui intervento in fin dei conti ha l'effetto di impedire il proseguimento del giudizio, senza dir nulla sulla qualificazione del fatto come reato; in base a questa premessa logica, nulla osterebbe a che qualunque legge posteriore modifichi le precedenti, dato che l'irretroattività penale si impone in relazione a norme che a vario titolo abbiano effetti sostanziali sul reato o sulla pena.

Il rischio qui è quello di una "truffa delle etichette": anche ammesso che la prescrizione non sia un "diritto quesito" di chi è accusato della commissione di un

reato, è difficile non riconoscere che i suoi effetti non siano soltanto processuali in quei casi in cui l'applicazione della nuova norma conduce a punire un soggetto che altrimenti non avrebbe subito conseguenze sanzionatorie, come è evidente nel caso della riapertura di un giudizio già definito per estinzione del reato.

Altra cosa è chiedersi (ma qui non vi è spazio per trattare la questione) se sia giusto o no che vi siano reati imprescrittibili; c'è chi ritiene (Sancinetti, per esempio) che la risposta preferibile sia la negativa, perché in caso contrario il diritto penale verrebbe meno alla propria necessità di rappresentare una giustizia umana e non trascendentale.

Più difficile è ammettere la negoziabilità dei valori tradizionali della legalità quando le amnistie non sono autoamnistie, ma vengono approvate dopo la transizione da organi legislativi democraticamente legittimati (e magari confermate da referendum popolari) con il fine di perseguire forme di pacificazione sociale, eventualmente concedendo anche la non punibilità per i "reati politici" per la cui persecuzione, non importa se realmente o pretestuosamente, sono stati lesi diritti umani.

In questo caso, l'ingerenza nella sfera statale di sovranità può destare perplessità, come ha destato perplessità nell'opinione pubblica dell'Uruguay la recente dichiarazione di un membro della Corte Interamericana, il quale ha sostenuto che se la corte stessa dovesse trovarsi a giudicare una legge di amnistia (come quella uruguayana) approvata da un libero Parlamento e poi confermata da due referendum a distanza di venti anni uno dall'altro, non è affatto escluso che possa dichiarare invalidi i referendum, a causa dell'assoluta prevalenza delle fonti internazionali, che impongono senza eccezioni l'incriminazione, quando si tratta della tutela di diritti umani.

Allo stesso modo, non è davvero facile, dal punto di vista di un diritto penale ancorato alle garanzie liberali, accettare l'idea dell'applicazione retroattiva di fattispecie penali (come nel caso della sparizione forzata) fondata sull'esistenza, già al momento del fatto, di una consuetudine internazionale consolidata, vista la

tradizionale radicale esclusione della consuetudine, quale che essa sia, dal novero delle fonti penalistiche, motivata dalla grave situazione di incertezza giuridica che si verificherebbe in caso contrario (se vi fosse o no una consuetudine consolidata l'imputato verrebbe ad apprendere solo dal giudice la momento del giudizio).

Una variante più "formalistica" è legata all'invocazione di norme di diritto internazionale (già vigenti al momento del fatto) da applicarsi in luogo della disciplina interna in quanto aventi un rango superiore; molto spesso tuttavia si tratta del richiamo a norme di natura programmatica che, anche quando recepite negli ordinamenti nazionali, non possono avere la funzione diretta di norme incriminatrici, non potendo tra l'altro in alcun caso ovviare all'assenza di certezza circa il tipo e la quantità della sanzione da applicare.

Altre volte, però, il richiamo potrebbe essere più pertinente: penso al fatto che sia la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sia il Patto internazionale sui diritti civili e politici del cittadino del 1966 fissano il principio di irretroattività delle leggi penali, ma con l'espressa eccezione del caso in cui si tratti del giudizio e della punizione di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, era criminale in base ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civilizzate (art. 7/2 CEDU; leggermente diverso nella formulazione, ma non nella sostanza, l'art. 15/2 del Patto di New York).

Certo, mi chiedo: che reazione ci sarebbe per esempio in Italia se oggi venisse introdotto nel codice penale il reato di tortura, come molti chiedono, e domani in un processo penale la nuova disposizione venisse applicata a fatti come quelli della caserma di Bolzaneto (che con ogni probabilità corrisponderebbero alla fattispecie e sono stati anche al momento della commissione evidentemente contrari a qualunque principio di civiltà) invocando il secondo comma dell'art. 7 CEDU come norma che consente una deroga al principio dell'art. 25/2 Cost.?

## 10. Il vero nodo delle scelte di fondo

Insomma, abbiamo visto che spesso, o quasi sempre, le risposte alle domande che ci siamo posti sono altre domande, e che su ognuno dei punti trattati pende pesantemente una serie di condizionali, la forma verbale dell'ipotesi, dell'incertezza, della mera possibilità.

Ma non è un caso.

La ragione è facile da individuare, e sta nel fatto che una risposta vera a queste domande non può prescindere dall'aver fatto chiarezza su questioni di fondo a dir poco epocali, perché hanno a che vedere con il bivio storico e drammatico davanti la quale si trova oggi il diritto penale.

Che cosa c'è in gioco?

Certo, le strategie di contrasto alla violazione di diritti umani, ma non solo: in realtà, a distanza di due secoli dall'epoca storica in cui si è cominciato ad erigerlo, è oggi sotto attacco l'impianto stesso del diritto penale moderno fondato sul principio di legalità formale e sul principio di sovranità statale.

Questo è un dato oggettivo, non una elucubrazione intellettuale: ne sono dimostrazione in Europa l'ingerenza sempre più profonda di fonti comunitarie che, detto eufemisticamente, fanno vacillare il principio di riserva di legge; a livello globale, le sempre più frequenti applicazioni di normative esemplificative di un diritto penale del nemico che si fa beffe delle più elementari garanzie processuali; in particolare nelle esperienze sudamericane, la ricerca di una giustizia materiale invocata dalle vittime e dai familiari delle vittime di gravissime violazioni di diritti umani a costo di mettere in crisi il principio di retroattività.

E' vero, queste situazioni traggono origine da fenomeni di enorme rilevanza, come la globalizzazione, il terrorismo internazionale, i crimini contro l'umanità, ma non si può pensare che le eccezioni occasionate da questi fenomeni possano rimanere circoscritte ad essi.

## 11. Conclusioni (provvisorie)

Questo è il punto nevralgico.

Alcune brecce nel muro del principio di legalità non sono destinate a rimanere poche ed isolate brecce, ma con il tempo, non molto tempo, ne provocheranno il crollo.

Fuor di metafora, la questione si pone secondo me con grande nettezza: il principio di legalità (con i suoi corollari sostanziali e processuali), come ogni principio in senso proprio, resta un principio se ed in quanto è dotato di forza di resistenza e pertanto non ammette eccezioni; in caso contrario retrocede a regola tendenziale, aperta ad essere violata davanti ad ogni contingenza che lo faccia ritenere opportuno.

Non sono contingenze di poco conto i fenomeni che sono stati prima citati: il mondo che cambia, le brutalità che hanno caratterizzato la storia recente, i timori causati dal pericolo del terrorismo sono legittimamente in grado di mettere in discussione postulati ideologici vecchi di un paio di secoli, che a loro volta avevano costituito un cambiamento di paradigma rispetto al passato.

Se si vuole considerare questa costruzione ideologica come un retaggio da superare, allora la risposta da dare ai dubbi prima affacciati è nel senso di ammettere ogni soluzione favorevole alla concreta punizione delle violazioni dei diritti umani; se si vuole ancora fare affidamento su di essa, vale il contrario, anche a prezzo di un deficit di retribuzione penale.

Ma nel momento in cui ci si muove con difficoltà su questo crinale bisogna tenere ben presente la realtà: anche se da tempo da più parti vengono sollecitazioni all'abbandono del dogma della legalità formale in vista del conseguimento di più soddisfacenti esiti di giustizia sostanziale, si deve ricordare che l'edificio illuministico che ancora oggi condiziona il diritto penale sul piano dei principi ha come suo fondamento una elaborazione teorico-politica che ha garantito lo sviluppo di una civiltà; una consimile elaborazione che abbia forza legittimante di un diritto penale diversamente fondato è forse auspicabile ma deve ancora vedere la luce.