

Gabriele Fornasari

Osservazioni sparse su «Processo, verità e giustizia»

SOMMARIO: 1. Caratteri problematici della scelta del processo come strumento di transizione – 2. Rilievi critici sulla concezione del processo come strumento di verità e di deterrenza – 3. Diritto alla verità e obblighi sovranazionali di tutela penale – 4. Conclusione.

1. Caratteri problematici della scelta del processo come strumento di transizione

Cercherò con questo contributo di dare un po' di ordine, senza la pretesa di riuscirci in pieno, ai diversi pensieri e alle diverse sollecitazioni che mi hanno suscitato le relazioni di Pablo Eiroa e Olimpia Barresi presentate in questa sessione.

Le esperienze di transizione, come è ben noto, si dividono in modelli molto differenziati, alcuni dei quali, come quello della Spagna post-franchista, sono stati caratterizzati dalla scelta di prescindere del tutto dall'instaurazione di processi penali volti all'obiettivo di dichiarare la responsabilità di autori di gravi crimini massivi commessi durante la vigenza di regimi autoritari in varie aree del mondo nel XX secolo.

Si è trattato peraltro di una scelta minoritaria, anche se raramente ha avuto luogo la scelta diametralmente opposta, ovvero quella di assegnare il compito di fare i conti col passato esclusivamente allo strumento del processo penale.

Questo è stato il caso, per esempio, della transizione seguita alla riunificazione della Germania, avvenuta nel 1989, anche se poi l'effetto reale dei numerosi processi svoltisi negli anni Novanta è stato molto più modesto di quanto fosse nelle attese.

In quasi tutti gli altri casi, con particolare menzione per le esperienze sudamericane e per quella sudafricana, i processi hanno rappresentato storicamente una parte della risposta, affiancati, o in chiave sincronica - come in Sudafrica - o in chiave diacronica, da altri meccanismi transizionali,

in senso lato riconducibili ai modelli delle commissioni o dei giudizi per la verità e degli strumenti di clemenza, quali amnistie, peraltro molto diverse tra di loro nelle varie realtà in cui sono state concesse, e perdoni individuali.

Il principale problema connesso alla scelta di processare i vertici politici e/o militari dei regimi liberticidi dopo le svolte verso forme di stato rispettose dei diritti umani è stato rappresentato quasi ovunque dalla circostanza che, nello svolgimento dei processi, assai di frequente il rispetto dei principi di garanzia del diritto penale - sostanziale e processuale - non è stato assicurato o è stato assicurato solo in parte.

Sul versante più strettamente politico, si pone invece la questione, affrontata in termini molto chiari nella relazione di Pablo Eiroa, se il processo costituisca uno strumento adeguato per conseguire l'obiettivo del superamento del passato.

Mi soffermerò innanzi tutto sul primo problema, sul quale esistono opinioni controverse da molto tempo, tanto che si può risalire quanto meno a un acceso dibattito che si svolse in Italia, fra giuristi di primissimo livello, ma anche in un ambito intellettuale più ampio, in relazione alle vicende della transizione post-fascista.

Il tema è facilmente enunciabile.

In molti casi, nei processi che si celebrano una volta avvenuta la transizione si tende ad ignorare alcuni principi che sono invece patrimonio comune degli ordinamenti democratici, come quelli di irretroattività, tassatività, terzietà del giudice, parità di armi tra accusa e difesa.

Per esempio, si applicano talvolta norme incriminatrici entrate in vigore successivamente al momento del fatto o si disapplicano retroattivamente norme permissive in vigore al momento del fatto, oppure si fa ricorso a norme incriminatrici dedotte in base a un procedimento analogico; si scelgono talvolta giudici speciali, oppure si presenta il rischio, tutt'altro che remoto, di consentire la produzione di prove accusatorie dedotte da dichiarazioni rese in contesti non processuali, come giudizi o commissioni per la verità, da soggetti legittimamente persuasi di non correre il rischio di vederle utilizzate in future vicende processuali.

La questione, come anticipato poc'anzi, fu al centro di un'aspra contesa già nel 1945 in Italia, in riferimento ai giudizi riguardanti i crimini del fascismo, che furono avviati a seguito dell'emanazione del decreto legislativo luogotenenziale n. 159 del 1944.

Nel dibattito pubblico si mise in discussione uno strumento legislativo che si connotava per l'evidente natura retroattiva delle norme incriminatrici che lo componevano.

Una voce autorevole come quella del grande giurista Arturo Carlo Jemolo, certo non sospettabile di nostalgie fasciste, si levò – non del tutto isolata dato che ebbe un riscontro nell’opinione di Benedetto Croce – per manifestare dissenso verso norme difficilmente giustificabili sul piano giuridico, a causa appunto della loro retroattività ed anche, su di un più generale piano giuspubblicistico, del fatto che solo la repubblica di Salò, non lo stato fascista, era stata in sé illegale, e non opportune sul piano politico, perché troppo inclini ad assecondare le pulsioni dell’uomo della strada, mentre il suo assunto era che “non si compensa il dolore con il dolore”.

Nella replica di Piero Calamandrei, direttore della rivista nella quale era stata ospitato il contributo di Jemolo, anch’egli antifascista e grande giurista, si leggono, nemmeno tanto in controluce, alcuni nodi argomentativi che ancora oggi caratterizzano, *mutatis mutandis*, il dibattito su diritto penale e giustizia di transizione.

Secondo Calamandrei le leggi contro il fascismo dovevano ritenersi giustificabili non solo sul piano politico, ma anche su quello propriamente giuridico. Il principio “nullum crimen sine previa lege”, infatti, doveva e poteva essere bilanciato con un altro principio “ancor più essenziale”, perché condizione ancor più indispensabile d’ogni civile convivenza: “quello che vieta ai singoli di farsi giustizia da sé. E quando la tensione politica è tale che senza l’intervento dello stato le vendette sociali dilagherebbero nella guerra civile, si può pensare che anche il dogma della irretroattività della legge debba per forza passare in seconda linea.

Fatta questa premessa di Realpolitik, vi sono poi nel suo discorso argomentazioni più strettamente giuridiche, a cominciare dall’idea che “il principio della irretroattività della legge penale deve valere nell’interno dell’ordinamento giuridico in cui è scritto, ma non può essere invocato senza contraddizione a difesa di chi ha respinto e distrutto quell’ordinamento, e se ne è messo fuori da sé”.

Insomma, espresso diversamente e senza pretesa di dargli un fondamento filosofico neogiusnaturalista, affiora qui un pensiero che non è molto lontano dalla famosa “formula di Radbruch”.

Anche in Calamandrei, infatti, l’istanza di fondo è quella della creazione di uno “spazio libero” dalla tirannia di principi che è giusto valgono in situazioni “normali”; qui la situazione è eccezionale, bisogna segnare un forte momento di discontinuità con il passato, ma in tal modo si assegna indubbiamente al diritto penale un compito che va molto al di là delle sue possibilità, prima ancora che dei suoi consueti obiettivi.

La nostra storia successiva dimostrerà che l'irretroattività della legge penale, divenuta principio costituzionale, assumerà lo status anche formale di canone inderogabile, sicché il suo superamento risulta compatibile solo con una fase di anomia costituzionale, al cui interno si consumano i riti di una sorta di "giustizia rivoluzionaria".

Questa nostra pagina di storia non ha perso di attualità, e i suoi contenuti connotano ancora i tratti dilemmatici dei processi al passato, con eccezione, naturalmente, di quei casi nei quali - come è avvenuto per esempio nella transizione sudafricana - essi hanno avuto luogo nel rispetto dei principi di garanzia formale.

In tali processi, il tema della irretroattività si è posto anche in una forma particolare, data dalla decisione, presa in alcuni casi - come quello argentino -, di disapplicare retroattivamente istituti giuridici la cui applicazione avrebbe prodotto il risultato di garantire la non punibilità (o una sanzione meno severa) degli accusati, come la prescrizione e le amnistie.

La questione della prescrizione sarebbe oggi sostanzialmente superata dalla circostanza che i gravi crimini internazionali vengono in genere considerati imprescrittibili, mentre quella delle amnistie - e degli altri analoghi provvedimenti comunque nominati - pone a mio avviso ancora problemi attuali, specie in riferimento al fatto che non dovrebbe essere consentito mettere sullo stesso piano situazioni anche molto diverse, stante che vi sono leggi di amnistia o di perdono che non possiedono alcun carattere di legittimità, in quanto per esempio autoconcesse da governi illiberali prima di cedere il potere e non sottoposte ad alcuna condizione, mentre invece altre derivano da scelte consapevoli di parlamenti democraticamente eletti dopo la fine dei regimi illiberali e condizionano i propri effetti facendoli dipendere da atti di riconoscimento formale e sostanziale della nuova situazione (ammissione di responsabilità, riparazione alle vittime, deposizione delle armi, rinuncia ad assumere in futuro posizioni di potere); in relazione a questi casi un annullamento retroattivo risulta un atto di dubbia compatibilità con i principi dello Stato di diritto.

La premessa alla posizione che si può assumere a questo riguardo è nella risposta che si vuol dare alla domanda, se faccia parte del novero dei diritti umani meritevoli della massima tutela anche quello dell'accusato in un processo penale a fare affidamento sulle regole e sui principi di un giusto processo e delle garanzie che lo caratterizzano.

L'impressione è che troppo spesso tali garanzie vengano viste come nulla più che un vincolo formalistico, perfino fastidioso, quindi non tanto come il contenuto di un diritto fondamentale, ma come un ostacolo

all'affermazione dei diritti fondamentali (tramite una condanna penale).

Ritengo che questa sottovalutazione del rango dei diritti dell'accusato costituisca la spia di una pericolosa deriva, che mette in discussione un paio di secoli di faticose conquiste di civiltà giuridica.

2. Rilievi critici sulla concezione del processo come strumento di verità e di deterrenza

La questione politica posta da Pablo Eiroa nella sua relazione, cioè se il processo sia lo strumento più adeguato ed opportuno per “superare il passato”, ovvero in termini più espliciti e pratici per ricostruire la verità, fondare una memoria collettiva e porre le basi per prevenire future derive analoghe alla realtà che si intende superare, ha trovato risposte contraddittorie, ma io credo che in fondo il sostanziale scetticismo dello studioso argentino non sia affatto privo di fondamento.

In primo luogo, è contestabile che il processo penale sia la sede più idonea per l'accertamento della verità storica: contrariamente allo storico, il giudice ha il limitato compito di verificare un'ipotesi intorno ai fatti (e in questi limiti sì, è incontestabile che debba cercare la verità) ed inoltre il suo metodo di ricerca si basa sul contraddittorio – per captare i frammenti di realtà utili a quella verifica – e sull'accettazione dell'idea che vi sono prove inammissibili e diritti inalienabili dell'imputato; bisogna poi ricordare che il processo in cui la verità veniva cercata a tutti i costi era quello inquisitorio, in cui oggi si vorrebbe vedere un retaggio del passato.

Ricordiamo la lezione di Carlo Ginzburg:

«Storico e giudice vogliono entrambi stabilire quanto accaduto, ma per diversi fini. Se il primo tenta di cogliere le cause, il secondo riesuma il passato al fine di qualificarlo giuridicamente, ovvero di integrarlo in categorie preesistenti [...]. Il giudice non può mai essere libero di cercare la verità: egli ha il compito di stabilire una corrispondenza tra i fatti e il modello della qualificazione giuridica [...]. La giustizia – a differenza della storia – non è un luogo di conoscenza, ma di riconoscimento».

C'è poi anche qualche altro dettaglio, se si vuole approfondire la questione.

Il giudice ha poco tempo, perché indifferibili norme di civiltà esigono che il processo si celebri entro termini ragionevoli e contenuti, mentre lo storico può svolgere le sue ricerche anche impegnando una vita intera;

il giudice si è formato professionalmente acquisendo un metodo per giudicare in modo corretto e conforme alle norme, e non, come invece lo storico, un metodo per scandagliare le cause e le connessioni tra i fenomeni della vita: può ben darsi che la storia ricostruita da dilettanti del mestiere si riveli un risultato di pessima qualità, come tale difficilmente utilizzabile per “fare memoria”.

La formazione della memoria ha bisogno d'altro.

Servono un dibattito pubblico sereno ed informato, serve una sensibilizzazione che non abbia la pretesa di partire da un giudizio, ma da un confronto, e sia animata dall'intento di guardare più al futuro che al passato.

Da questo punto di vista - diciamolo pure - l'Italia non ha titolo per dare lezioni a nessuno.

Dopo lo schizofrenico periodo storico in cui si sono succedute, tra il 1944 e il 1946, una durissima e punitiva legislazione penale contro i crimini dei fascisti, con disposizioni che dopo il 1948 sarebbero state considerate con ogni probabilità incostituzionali, e un'amnistia molto ampia, oggetto peraltro di applicazioni a dir poco singolari da parte della magistratura (che la concedeva con grande generosità ai fascisti e in modo molto più selettivo agli antifascisti), non si è fatto praticamente nulla per fare davvero i conti col passato: nel dibattito pubblico una riflessione vera e consapevole sul fascismo è mancata e si è andati avanti a forza di stereotipi insulsi, avallando l'oblio della ragione anche col mezzo del nascondimento di documenti e informazioni, con il risultato che oggi la popolazione non solo non ha una memoria collettiva, ma neppure, almeno in larghi strati, la capacità critica necessaria per acquisire quel patrimonio cognitivo che è il fondamento di una riflessione seria.

I drammatici risultati di questa ignavia sono palpabili guardando alla deprimente povertà della discussione odierna, quando per esempio si tratta di confrontarsi con la storia della liberazione che si celebra il 25 aprile.

È discutibile anche l'assunto che i processi penali abbiano l'effetto di una deterrenza di fronte alla possibilità del riemergere di fenomeni criminosi come quelli che hanno caratterizzato dittature e regimi illiberali.

A questo riguardo, gli argomenti critici addotti da Pablo Eiroa, in parte sulla scia del pensiero di Danilo Zolo, sono ampiamente condivisibili.

Li rammento qui, aggiungendo a margine qualche riflessione mia.

Il processo penale ha il limitato - ma importantissimo - obiettivo di stabilire se una certa persona, accusata della commissione di un certo reato, l'ha commesso veramente, realizzando con dolo, o eventualmente con colpa, tutti gli elementi della fattispecie criminosa; dunque, fuoriesce

dai compiti di un tribunale ogni valutazione circa le cause e le radici dei fenomeni criminosi, ovvero tutto ciò che ha l'effetto di una spiegazione e che potrebbe essere utile a formare, *pro futuro*, un diverso punto di vista su quegli stessi fenomeni.

Quando poi si tratta in particolare di chiedersi se la giustizia penale possa prevenire violazioni sistematiche dei diritti umani, è legittimo uno scetticismo ancor più acuto sia pensando al dato storico - cioè alle atrocità consumate nell'ultima parte del XX secolo, non impediti dai processi penali che hanno fatto seguito alla fine della seconda guerra mondiale - sia ad un elementare fattore psicologico, ovvero dal carattere irrealistico della convinzione che il timore del castigo possa condurre alla decisione di non commettere atti criminali soggetti convinti della necessità di eliminare un gruppo diverso da quello d'appartenenza per sopravvivere o tutelare la propria identità, e sottoposti a un governo o gruppo di potere che li esorta alla violenza, tanto più quando essi siano rappresentanti del potere statale o di gruppi paramilitari che agiscono per conquistare o conservare il potere, dunque con la consapevolezza che ben difficilmente potrebbero in futuro essere oggetto di una concreta persecuzione penale.

Altra questione, certamente meritevole di attenzione, è quella che emerge dalle considerazioni finali di Eiroa.

Si tratta qui, con un riferimento specifico ai processi alla giunta militare che si svolsero in Argentina poco dopo la fine della dittatura, su forte impulso del presidente Alfonsín, della forza simbolica che essi ebbero nel mantenere vivo nel paese il dibattito pubblico sui valori della democrazia e dello stato di diritto - non troppo saldi nemmeno prima del settennato della dittatura avviata nel 1976 - e nel mitigare il dolore delle vittime.

Questo aspetto, evidentemente, sfugge ad una valutazione puramente razionale, poiché tocca i tasti di una sensibilità pubblica che è complicato valutare senza un'esperienza diretta.

È comunque da rimarcare che il processo alla giunta che ebbe luogo nel 1985 si svolse nel rispetto dei principi processuali dello Stato di diritto, così come del reato quelli che ebbero luogo in Sudafrica subito dopo la fine del regime di apartheid, che a loro volta, secondo un acuto giudizio emerso in dottrina, rappresentarono un momento costituente del nascente Stato basato sulla negazione della discriminazione razziale.

3. *Diritto alla verità e obblighi sovranazionali di tutela penale*

Le suggestioni proposte dalla relazione di Olimpia Barresi sono indubbiamente numerose, ma vorrei qui, per non esondare dai limiti imposti a questo contributo, concentrare l'attenzione su un aspetto, peraltro centrale, e sviluppare su di esso qualche ulteriore riflessione.

Alludo ad alcune conseguenze tutt'altro che improbabili, in parte già tratteggiate nel contributo della giovane studiosa, di un obbligo di tutela specificamente penale del diritto alla verità, quando si ha a che fare con la perpetrazione di gravi crimini lesivi di diritti fondamentali.

I rischi di una tale impostazione si manifestano in modo chiaro nel caso di alcune derive logiche di una retorica estrema dell'anti-impunità.

Volere a tutti i costi processare la storia impone un prezzo, ed è tutto da dimostrare che ciò sia del tutto compatibile con il ruolo proprio del processo penale all'interno di un ordinamento giuridico.

Ciò vale sia in riferimento a principi portanti di natura, per così dire, tecnica, come l'irretroattività della norma sfavorevole e il divieto di *bis in idem*, di cui si è già detto in precedenza, ma anche in relazione, più in generale, alla stessa funzione dell'intervento del diritto penale.

Emergono interrogativi che non sono affatto retorici.

Nell'ambito interno al diritto e al processo penale, il riferimento ai diritti fondamentali ha sempre avuto una funzione di delimitazione, non di espansione, mentre oggi tende ad avvenire il contrario, con una enfattizzazione del dovere di punire e un'accusa di arbitarietà alle scelte di politica criminale che prescindono dall'intervento punitivo.

L'equivoco è pericoloso.

La potestà punitiva dello Stato - lo segnalava già Giuliano Vassalli in anni ormai lontani - non è esercitata dallo Stato per far valere un proprio interesse soggettivo o per soddisfare le pretese di determinati soggetti, ma è una funzione, cioè un potere esercitato per un interesse oggettivo.

E può ben darsi che l'interesse oggettivo sovrastante, quantunque in casi particolari, induca l'ordinamento giuridico ad astenersi dal punire o a scegliere la sanzione al di fuori di uno schema rigidamente retributivo in vista del conseguimento di obiettivi che trascendono la risoluzione di una determinata vicenda giudiziaria e che sono posti a vantaggio dell'insieme di tutti i consociati.

Così, in particolare nelle vicende di transizione, l'ordinamento di uno Stato può perseguire finalità, per esempio, di pacificazione sociale che possono raccomandare il sacrificio di istanze punitive anche in relazione a

fatti che in sé sarebbero meritevoli di sanzione.

La fissazione a livello sovranazionale di obblighi di tutela penale determina anche alcuni rischi che non si devono sottovalutare.

In buona misura essi sono segnalati opportunamente nel contributo di Olimpia Barresi, la quale ricorda per esempio che talora questi obblighi finiscono - e non è solo un'eventualità, perché ciò è successo davvero - per dare luogo a veri e propri processi alla storia, che vengono celebrati a decenni di distanza dai fatti oggetto di giudizio, contro imputati in età avanzatissima o addirittura non più in vita, mirando dunque ad effetti essenzialmente simbolici.

Ancora più rilevante, a mio avviso, è la sottolineatura del fatto che gli obblighi in questione possono imporre la violazione di principi del diritto interno che hanno la portata di pilastri dell'ordinamento.

Tengo ad enfatizzare questo aspetto, perché, come è già stato rilevato in nuce da qualche Corte costituzionale, se anche gli ordinamenti nazionali ammettessero in linea di principio solo per determinate particolari situazioni legate a gravi crimini contro diritti fondamentali le inevitabili eccezioni a quei principi basilari, sarebbe poi ben difficile, analogia dopo analogia, frenare un effetto metastasi coinvolgente l'intero ordinamento, a causa della irresistibile tentazione di estendere gli allentamenti delle garanzie a ogni possibile emergenza, reale o supposta, che il legislatore o la magistratura volessero individuare.

Questo timore, va detto per inciso, non è frutto di mere illazioni, ma al contrario si basa sullo studio di recenti contributi dottrinali, in cui si fa espressa menzione del fatto che, se in origine questa espansione del diritto penale trova giustificazione nell'ambito del diritto penale internazionale - dunque solo in relazione a gravi crimini contro diritti fondamentali -, nulla osta al fatto che il modello vittimocentrico basato sull'allentamento dei limiti tradizionali del diritto penale possa estendersi, in quanto virtuoso in sé, anche a vicende estranee a queste premesse, purché si tratti almeno di una fascia medio-alta di attività criminose.

Si pone allora una questione a mio avviso dirimente: tra i diritti fondamentali che ogni ordinamento deve inderogabilmente affermare ha uno spazio anche il diritto di chiunque a fruire delle garanzie sostanziali e processuali del diritto penale, prima come cittadino e poi eventualmente come imputato?

Se la risposta, come io credo, deve essere affermativa, poi è difficile che questi fondamenti della civiltà giuridica per il cui consolidamento - tra l'altro, non ancora del tutto pieno - sono stati necessari secoli di lotte

possano essere con leggerezza bilanciati con istanze, quali gli obblighi di incriminazione o il diritto all'accertamento della verità, che rischiano di essere espressione di simbolismo o possono essere perseguite (anche) con strumenti diversi dal processo penale.

4. Conclusione

Con questo, non si vuole affatto intendere che sia inopportuno perseguire le gravi violazioni di diritti fondamentali o più in particolare che lo strumento del processo penale debba essere bandito dal novero dei mezzi utilizzabili nei contesti di transizione, ma soltanto che un'attivazione della leva penalistica è ammissibile e per certi versi doverosa in tali situazioni fino a quando non implica la compressione o peggio l'annullamento dei capisaldi costituzionali della materia penale.

Al di là di questo limite, si ha un grave difetto di legittimazione e una greve espressione di quella passione contemporanea per il punire così efficacemente denunciata dalla recente riflessione sociologica.