

MICHELE TARUFFO

VERITÀ E GIUSTIZIA DI TRANSIZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Quale verità. – 3. Contro la verità. – 4. Le “Commissioni per la Verità”. – 5. I processi penali. – 6. *I juicios por la verdad*. – 7. Per un processo penale efficiente.

1. *Introduzione*

Le considerazioni che seguono riguardano uno tra i numerosi aspetti della c.d. giustizia di transizione, ossia la ricerca della verità sui crimini commessi – soprattutto nell’ambito del terrorismo di Stato – nelle epoche caratterizzate da regimi totalitari e dittatoriali per i quali la violenza, nelle forme anche più terribili, era pratica quotidiana per la repressione del dissenso e dell’opposizione politica. È evidentemente impossibile un’analisi completa di queste vicende, per il loro numero, la loro complessità e il loro verificarsi in momenti storici diversi in varie parti del mondo. Si rivolgerà dunque l’attenzione in particolare ad alcuni paesi dell’America Latina, che rappresentano esempi molto interessanti del problema della verità nella transizione. Sempre più spesso si parla, infatti, di un “diritto alla verità”¹, ma come si vedrà più oltre il riconoscimento di questo diritto è abbastanza incerto e conosce forti variazioni nelle diverse situazioni storiche e politiche. Inoltre, come pure si vedrà, la stessa idea di verità che dovrebbe costituire l’oggetto di questo diritto viene definita in maniere assai differenti da caso a caso, il che complica ulteriormente i termini del problema².

Facendo riferimento ad un tema così vasto e complesso come quello della

¹ Cfr. ad es. MACULAN, *Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: l’esperienza dei “giudizi per la verità”*, in *L’indice penale*, 2010, p. 335, anche per altri riferimenti; HERRERA JARAMILLO, *Riconciliazione complessa, conflittuale ed imperfetta*, in *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell’esperienza argentina e colombiana*, a cura di E. Fronza e G. Fornasari, Trento 2009, p. 231; HAYNER, *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2^a ed., New York-London 2010, p. 23 s., p. 195.

² In proposito v. in particolare PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità? L’esperienza argentina*, in *Il superamento del passato*, cit., p. 102 ss.

giustizia di transizione³, è opportuno indicare preliminarmente la prospettiva nella quale ci si pone. La premessa fondamentale dalla quale si prendono qui le mosse potrebbe essere definita come il valore sociale e giuridico della verità⁴, ossia il ruolo e la funzione che il concetto di verità assume non solo in contesti specifici come la scienza o la teoria della conoscenza, o anche della giustizia di transizione, ma anche e soprattutto sul piano più ampio e generale della dinamica sociale, politica e giuridica.

Un riferimento importante va fatto allora a Bernard Williams, che nel suo ultimo libro, dedicato appunto alla verità⁵, spiega ampiamente le ragioni per cui quelle che egli chiama le “virtù” della verità, come la sincerità e l’accuratezza nel riferimento alla realtà, rappresentino i fattori essenziali della dinamica sociale⁶. Per quanto qui interessa, peraltro, è particolarmente rilevante il discorso che Williams svolge a proposito della connessione tra verità e politica. In particolare pare interessante l’argomento “anti-tirannia”, fondato sulla considerazione che la verità costituisce un carattere essenziale della democrazia, in quanto assicura la libertà dei cittadini contro il potere tirannico. Egli dimostra che questo aspetto non è contingente, e costituisce piuttosto un carattere *universale* della verità e della democrazia, anche se per assicurare l’esistenza di un sistema ispirato al *liberalism* occorrono altre condizioni⁷. Egli sottolinea inoltre che l’esigenza che il potere attui il valore della verità determina il fattore effettivamente *democratico* nell’ambito del sistema politico *liberal*⁸. In sostanza, il valore politico della verità deriva dal fatto che la misura in cui un sistema politico si fonda sulla verità dei rapporti tra potere e cittadini condiziona il grado di democraticità del sistema: il potere tirannico si basa sulla “verità avvelenata”⁹, ossia sulla menzogna, mentre il sistema democratico si fonda sul principio di verità. Non a caso Williams, che

³ Con buona ragione è stato scritto che la giustizia di transizione è diventata una industria e un mercato. Cfr. GREADY, *The Era of Transitional Justice. The Aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and Beyond*, Abingdon, NY, 2011, p. 5 s., ove si sottolinea la tendenza ormai diffusa ad adottare prospettive olistiche che includono le cose più diverse: processi penali, verità, riparazioni, riforme istituzionali, commemorazioni, riconciliazione, e così via. La letteratura su questi temi è ormai sterminata, ed include dozzine di volumi e migliaia di articoli di rivista, in tutto il mondo. Di conseguenza, sarebbe assurda la pretesa di indicare qui una bibliografia attendibile. Saranno quindi citati solo gli scritti che hanno diretta attinenza con il testo.

⁴ In argomento v. più ampiamente TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Bari 2009, p. 92 ss.

⁵ Cfr. WILLIAMS, *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton 2002.

⁶ Cfr. WILLIAMS, *op. cit.*, pp. 84 ss., 123 ss.

⁷ Cfr. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 207 s.

⁸ Cfr. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 210.

⁹ Cfr. D’AGOSTINI, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Milano 2010, specialmente p. 79 ss., ove si chiarisce che la “pretesa di verità”, ossia il riferimento alla realtà di ciò che si dice, è un carattere essenziale di ogni “buon” argomento.

scrive nel 2002, fa esplicito riferimento al caso della transizione in Sud Africa, sottolineando che il bisogno di accertare la verità emerge nella complessa esperienza della transizione e nella riconciliazione dopo la fine dell'*apartheid*¹⁰.

Peraltro, la tesi secondo la quale la verità costituisce un carattere fondamentale della democrazia *liberal* non è esclusiva di Williams¹¹. Nella stessa linea di pensiero si collocano anche altri filosofi: ad esempio, Michael Lynch insiste sul valore fondamentale della verità nel contesto della democrazia *liberal* analizzando il valore politico e sociale della verità¹², specificando che il relativo concetto “ci permette di pensare che qualche cosa possa essere giusta anche se coloro che hanno il potere non sono d'accordo”¹³. La conseguenza è che “*se teniamo ai valori liberali dobbiamo tenere alla verità*”¹⁴. D'altronde, il valore sociale della verità non emerge solo nel contesto della teoria politica: basti ricordare, ad esempio, che nell'ambito della comunicazione sociale Paul Grice enuncia la “categoria della Qualità” in funzione della quale la comunicazione dovrebbe escludere ciò che si ritiene falso e ciò per cui non si hanno prove adeguate¹⁵.

Prendendo ora in considerazione una dimensione per certi versi più specifica, ma di valenza non meno generale, va sottolineato che il principio di verità si configura come condizione essenziale per l'effettività dell'ordinamento giuridico¹⁶. Se è vero, come pare indubbio, che le norme giuridiche, singolarmente e nel loro insieme, sono destinate a regolare i comportamenti dei consociati, pare altrettanto evidente che questa finalità verrebbe completamente frustrata qualora i cittadini pensassero che la violazione delle norme non comporterebbe alcuna conseguenza o provocherebbe conseguenze del tutto casuali, e qualora non vi fosse nessuna ipotesi credibile circa le conseguenze delle condotte dei singoli, siano esse conformi o contrarie a quanto prevedono le norme giuridiche. In altri termini, l'effettività dell'ordinamento giuridico si fonda sull'ipotesi che il sistema sia in grado di stabilire la verità rispetto a tali condotte, dato che solo in questo caso le relative conseguenze sarebbero conformi a ciò che l'ordinamento prevede¹⁷.

¹⁰ Cfr. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 209.

¹¹ Sulla concezione della democrazia come legittimazione del potere cfr. in particolare HÖFFE, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, tr. it., Bologna 2007, p. 77 s.

¹² Cfr. LYNCH, *La verità e i suoi nemici*, tr. it., Milano 2007, p. 228 ss.

¹³ Cfr. LYNCH, *op. cit.*, p. 211.

¹⁴ Cfr. LYNCH, *op. cit.*, p. 239 (corsivo nel testo).

¹⁵ Cfr. GRICE, *Logica e conversazione. Saggi su intenzione, significato e comunicazione*, tr.it., Bologna 1993, p. 60 s.

¹⁶ In argomento cfr. soprattutto PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen* 1990, p. 430 ss.

¹⁷ In proposito cfr. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2007, p. 29 s.

Più specificamente, la considerazione del valore giuridico della verità si riferisce all'amministrazione della giustizia, in generale e nelle sue varie articolazioni. Si può dire in sintesi¹⁸ che – almeno nei sistemi costituzionali in cui vige il principio di legalità – scopo essenziale dell'amministrazione della giustizia è la corretta interpretazione e applicazione della legge nelle decisioni relative alle controversie che vengono portate di fronte ai tribunali, ma la correttezza di tali decisioni (più esattamente: la loro giustizia) dipende essenzialmente dall'accertamento della verità relativa alle circostanze di fatto che stanno alla base di ogni singola controversia. In altri termini, per dirla con Jerome Frank, non esiste una decisione giusta che si fondi sui fatti sbagliati, ossia: la verità dei fatti è una condizione necessaria perché si abbia una decisione giusta¹⁹. Come scrive D'Agostini²⁰, «la verità non è “importante” è inevitabile».

2. *Quale verità*

Nella prospettiva ora indicata il riferimento alla verità potrebbe essere interpretato in maniera relativamente semplice: trascurando i sempiterni dibattiti filosofici intorno all'esistenza o alla possibilità della verità, e le non meno complesse discussioni intorno ai concetti di verità che da sempre popolano la filosofia della conoscenza, sembrerebbe ragionevole adottare – in particolare con riferimento alla verità dei fatti nell'amministrazione della giustizia – un concetto di verità riconducibile alla prospettiva di realismo critico che ora sembra riguadagnare terreno dopo la fine della parabola postmodernista, e che pare più adeguato nel contesto dell'amministrazione della giustizia²¹. Tale concetto si riferisce alla verità come *corrispondenza*, ossia al rapporto tra la descrizione di un fatto e la realtà empirica di quel fatto, in base alla regola per cui è la realtà di cui si parla a stabilire la verità o la falsità di ciò che si dice²². Come già si è accennato, l'esigenza fondamentale è che nel processo si accerti per quanto possibile la verità dei fatti, ossia si ricostruisca la realtà di ciò che si dice essere accaduto²³. Questa

¹⁸ Più ampiamente al riguardo cfr. TARUFFO, *op. cit.*, p. 113 ss.

¹⁹ In argomento v. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2002, p. 225.

²⁰ Cfr. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, Milano 2011, p. 16.

²¹ Per la giustificazione di questa opzione teorica v. più ampiamente, e per riferimenti, TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pp. 74 ss., 135 ss. V. inoltre AA.VV., *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, a cura di M. De Caro e M. Ferraris, Torino 2012; FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Bari 2012.

²² In argomento v. in particolare D'AGOSTINI, *op. ult. cit.*, pp. 48 ss., 87 ss.; KIRKHAM, *Theories of Truth. A Critical Introduction*, Cambridge, Mass.-London 1995, p. 119 ss.

²³ V. ancora TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 97 ss.

prospettiva è evidentemente in contrasto con una diffusa opinione secondo la quale nel processo, ed in particolare nel processo penale, non vi sarebbe nessuna possibilità di accertare la verità dei fatti che integrano il reato²⁴. Non è il caso di affrontare qui i complessi argomenti favorevoli contrari all'adozione dell'una o dell'altra tesi. Vale tuttavia la pena di sottolineare che anche se si riconosce che la scoperta della verità non è *il fine* o *il solo fine* del processo penale, non è lecito sostenere che la verità non rappresenta *nessun* fine di tale processo. Se infatti si riconosce, come si è già detto e come pare ovvio, che l'accertamento della verità dei fatti sia una condizione *necessaria* per la corretta applicazione della legge e quindi per la giustizia della decisione²⁵, non si può negare – al di là dei giochi di parole che sembrano frequenti su questi temi – che la ricerca e l'accertamento della verità sui fatti che sono oggetto di decisione sia almeno *uno dei fini* del processo, ed in particolare anche del processo penale.

Bisogna tuttavia considerare che quando il problema della ricerca della verità si pone nell'ambito delle fasi di transizione da regimi dittatoriali e totalitari, caratterizzati dal compimento di migliaia o decine o centinaia di migliaia di crimini, a sistemi democratici (o quasi democratici), il problema si complica per una serie di ragioni che qui possono essere soltanto indicate in termini generali.

Da un lato, la letteratura che si occupa del problema parla della verità in termini assai diversi da caso a caso, sicché pare praticamente impossibile stabilire un minimo di coerenza nei concetti ai quali si fa riferimento. Talvolta, infatti, si parla di almeno due o quattro idee di verità "transizionale": per un verso si distingue una verità come "riconoscimento", che si configura come ufficiale e pubblica, e una verità come conoscenza dei fatti, che sarebbe allora "individuale"²⁶; per altro verso si distinguono la verità "fattuale" (o forense); la verità personale (o narrativa); la verità "sociale (o dialogica), e la verità "curativa" e restaurativa; tutti concetti che presuppongono una scienza sociale non ottimale e presentano deboli fondamenti teorici²⁷.

Altre volte, si parla della verità in un numero assai maggiore di significati, a seconda dei contesti ai quali si fa riferimento. Così, ad esempio, si parla di verità e religione, di verità e diritto, di verità forense, di verità narrativa (personale), di verità dialogica, di desiderio di verità delle vittime, di verità restaurativa diretta

²⁴ Per questa opinione, e per ulteriori riferimenti in proposito, v. ad es., con riferimento all'esperienza argentina di cui si parlerà più oltre, PASTOR, *op.cit.*, p. 124 ss.

²⁵ Lo riconosce anche PASTOR, *op. cit.*, p. 127.

²⁶ Cfr. GREASY, *op. cit.*, p. 20.

²⁷ In questo senso cfr. GREASY, *op. cit.*, p. 2. s., ed inoltre pp. 27 ss., 61 ss., 102 ss., 107, 108 ss., 159 ss.. Cfr. Anche WALKER, *Troubles with Truth Commissions: Putting the Moral Aims of Truth Commissions to the Fore*, in *The Performance of Memory as Transitional Justice*, ed. by S.E. Bird and F.M. Ottanelli, Cambridge-Antwerp-Portland 2015, p. 15 ss.

alla riconciliazione e alla riparazione dei danni, di verità e politica²⁸. In proposito vale la pena di rilevare che nella totale confusione di questi discorsi non si tengono in alcun conto le concezioni della verità che provengono da secoli di elaborazione filosofica, e che oggi caratterizzano il “problema della verità”²⁹. Si capisce facilmente che in questo modo si perde di vista qualunque concetto di verità e parlare della verità in contesti così vaghi e variabili diventa una sorta di impresa vana senza alcun risultato attendibile: di fatto il concetto di verità finisce col dissolversi in una quantità di significati profondamente diversi, spesso tra loro incompatibili ed incoerenti. Pare allora evidente l'impossibilità di occuparsi della verità in tutte le numerose e spesso indefinite varianti del significato che di volta in volta la letteratura sulla transizione attribuisce al termine “verità”. Ad esempio, se si parla della verità come “riconoscimento” da parte del responsabile di un crimine, o da parte dello Stato nelle ipotesi di terrorismo di Stato, non si sta evidentemente parlando della conoscenza fattuale di ciò che è avvenuto³⁰: il riconoscimento può essere parziale, incompleto, o addirittura falso, con lo scopo di nascondere tutte le reali responsabilità. Analogamente, se si parla di verità “narrativa”³¹ si ha a che fare con racconti rispetto ai quali non si ha alcuna garanzia di veridicità fattuale.

A questa confusione si aggiunge il fatto che le Commissioni per la Verità, di cui si parlerà più oltre, hanno finito con il configurare in maniere diverse, non di rado incerte e confuse, la “verità” di cui si occupavano o di cui intendevano occuparsi³², spesso omettendo di indagare su fatti rilevanti come le violenze subite dalle donne³³, o evitando di accertare le responsabilità degli autori dei vari crimini³⁴.

Le premesse che si sono indicate in precedenza inducono peraltro a concentrare il discorso su uno di questi significati. In particolare, se si parla di verità come fondamento di effettività del diritto e come requisito necessario dell'amministrazione della giustizia e della decisione giudiziaria, si sta parlando della verità *fattuale* (o, se si preferisce, di verità *forense*), con ciò intendendo ciò che i giuristi normalmente intendono per “verità”, ossia l'accertamento oggettivo e completo, fondato su conoscenze e prove controllabili, delle circostanze di fatto che stanno alla base della decisione giudiziale. Nei casi che rilevano in questa

²⁸ Cfr. BREEN SMITH, *Truth Recovery and Justice after Conflict. Managing violent pasts*, London-New York 2007, p. 22 ss.

²⁹ Cfr. ad es. D'AGOSTINI, *op. cit.*; KIRKHAM, *op. cit.*

³⁰ Cfr. GREARY, *op. cit.*, p. 20.

³¹ Cfr. BREEN SMITH, *op. cit.*, p. 26.

³² In argomento v. in particolare HAYNER, *op. cit.*, p. 90 ss.; WALKER, *op. cit.*, p. 10 ss.

³³ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 85 ss.

³⁴ V. *infra*, par. 4.

sede, ossia quando si tratta di crimini contro l'umanità nelle varie forme che essi hanno assunto, parlare di verità fattuale nel senso compiuto del termine significa che si debbono accertare tutte le circostanze in cui si è verificato ogni singolo fatto criminoso, individuando non solo le vittime e le modalità del loro assassinio, della loro sparizione forzata o delle torture che hanno subito, ma anche e soprattutto l'identità dei soggetti direttamente e indirettamente responsabili di questi eventi³⁵. In proposito si può osservare che non hanno molto senso le discussioni – per lo più sterili – sulla distinzione tra verità “storica” ufficiale³⁶ e verità processuale, come se la verità storica potesse fare a meno dell'accertamento completo, fondato su prove attendibili, delle circostanze che costituiscono il c.d. “fatto storico” di cui si tratta. Analogamente, pare difficile parlare di una verità “sociale”³⁷ o “collettiva” nella quale non si faccia riferimento alla verità specifica, completa e “individuale” dei fatti che sono oggetto di conoscenza collettiva. Il rischio evidente in questi discorsi è che si parli della verità in termini così vaghi da essere completamente privi di connessione con la conoscenza di ciò che è *effettivamente* accaduto.

Dall'altro lato, mentre in linea di principio non si nega espressamente l'opportunità che nella c.d. giustizia di transizione si ricerchi la verità dei fatti, ed anzi si insiste su questa necessità con dichiarazioni spesso retoriche e roboanti, in molti casi si osserva che la ricerca della verità sarebbe in contrasto con uno dei fini principali della transizione, ossia con la riconciliazione sociale che dovrebbe segnare l'inizio di un'era di democrazia e pacificazione. In altri termini, si finisce col sostenere che il silenzio e la dimenticanza rispetto ai crimini passati siano il metodo migliore per facilitare la costruzione della nuova società³⁸. Come si intuisce facilmente questo orientamento può essere – ed in concreto spesso viene – contestato: non solo per le vittime dei crimini in questione, ma per la società in generale, può essere difficile o impossibile accettare che gravi violenze compiute ai danni di migliaia di persone vengano passate sotto silenzio in nome della pacificazione sociale. Un esempio è dato dal fatto che ancora nel 2006 uno storico pubblica in Spagna un libro che espone i risultati di una ricerca ampia e rigorosa sulle vittime della guerra civile, con il titolo significativo *Contra el olvido*³⁹, nel quale si denuncia energicamente la persistente incompletezza dell'accertamento della verità storica relativa ai crimini franchisti, e si critica la diffusa tendenza a dimenticare tali crimini. Solo nel 2007, inoltre, in Spagna si approva una *Ley de la memoria histórica* destinata ad ammettere forme di compensazione per le vittime,

³⁵ In questo senso v. in particolare GREASY, *op. cit.*, p. 23.

³⁶ Cfr. GREASY, *op. cit.*, p. 44 ss.

³⁷ Cfr. ad es. GREASY, *op. cit.*, p. 61 ss.

³⁸ Cfr. ad es. HAYNER, *op. cit.*, p. 14.

³⁹ Cfr. ESPINOSA, *Contra el olvido. Historia y memoria de la guerra civil*, Barcelona 2006.

ma senza riferimenti a responsabilità penali e, soprattutto negli ultimi anni, senza i finanziamenti necessari per compiere attività di ricerca⁴⁰.

Si tratta, come è evidente, di un problema essenzialmente politico. I fautori di una possibile e sperabilmente rapida riconciliazione tendono ad evitare o impedire che si scopra davvero la verità sul passato, e sui crimini commessi dai regimi precedenti. Al più si ammette che in favore delle vittime vi sia qualche forma di riparazione, economica o simbolica⁴¹, e che ciò sia sufficiente a giustificare il silenzio su ciò che davvero è avvenuto, anche quando si tratta di crimini gravissimi che hanno colpito decine o centinaia di migliaia di persone. Talvolta questo orientamento viene giustificato dicendo che il perseguire i colpevoli può avere importanti costi politici⁴², ed osservando che non esiste solo la giustizia retributiva, ma esistono anche la giustizia restaurativa, la giustizia di deterrenza, la giustizia compensativa, la giustizia distributiva, la giustizia riabilitativa, la giustizia come affermazione della dignità umana e la giustizia esonerativa⁴³. Pare evidente che qui ci si trova di fronte all'ennesimo tentativo di confondere e rendere vaghi i concetti con i quali si ragiona, con la conseguente dissoluzione dei relativi significati, nella quale allora perde importanza l'idea che una nozione fondamentale di giustizia presupponga l'accertamento della verità dei fatti, in nome di una generica ed essenzialmente politica tendenza alla restaurazione di un ordine sociale⁴⁴.

In proposito gli argomenti critici possibili sono vari, ma qui si può solo accennare ad alcuni di essi. Da un lato, va osservato che il favore per la dimenticanza in nome di una qualsiasi pace sociale non è generalmente condiviso. Non manca, infatti, chi sostiene giustamente la necessità che venga accertata la realtà dei fatti, sia perché la verità favorisce il conseguimento della giustizia⁴⁵, sia perché il risarcimento o la compensazione delle vittime si considerano insufficienti, e si ritiene che sia necessaria anche la sanzione penale a carico dei responsabili⁴⁶, sia perché – inoltre – l'eventuale perdono ed ogni forma di compensazione presuppongono che si stabilisca “chi perdona chi” e “per che

⁴⁰ Cfr. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino 2013, p. 37 ss.; GIL GIL, *Justicia transicional en España*, in *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, J.T.Sumalla coord., Barcelona 2010, p. 143 ss.

⁴¹ Cfr. LEAN, *Is Truth Enough? Reparation and Reconciliation in Latin America*, in *Politics and the Past. Repairing Historical Injustice*, ed. by J. Torpey, Lanham-Boulder-New York-Oxford 2003, p. 176 ss.

⁴² Cfr. ad es. VILLA-VICENCIO, *Transitional Justice, restoration, and prosecution*, in *Handbook of Restorative Justice*, ed. by D. Sullivan and L. Tifft, London-New York 2006, p. 387 ss.

⁴³ Cfr. VILLA-VICENCIO, *op. cit.*, p. 389.

⁴⁴ Cfr. VILLA-VICENCIO, *op. cit.*, p. 398.

⁴⁵ Cfr. CLEARY, *op. cit.*, p. 21 ss.

⁴⁶ Cfr. LEAN, *op. cit.*, p. 183 ss.; BREEN SMYTH, *op. cit.*, pp. 2 ss., 12.

cosa”, e chi merita quale compensazione, e per quale ragione. Anche queste modalità di conciliazione presuppongono dunque un accertamento specifico e completo della verità dei fatti.

Dall'altro lato, ma su questo punto si tornerà più oltre, si possono avere profondi dubbi sul tipo di pace sociale che viene conseguita sulla base della mancata scoperta della verità effettiva sui crimini e sulle relative responsabilità risalenti ai regimi precedenti. Il principale effetto del silenzio, infatti, è che nel “nuovo” assetto sociale si ritrovano tutti o quasi tutti coloro che nel regime precedente si erano dedicati a commettere crimini contro l'umanità. La storia è ricca di esempi⁴⁷. Basti qui citare il caso della Germania, dove con la ricostruzione della “nuova” situazione politica si ricollocano nei loro posti funzionari e giudici che avevano partecipato attivamente alla repressione nazista pronunciando numerose condanne a morte e ai campi di concentramento⁴⁸, e dove quasi tutti i filosofi che avevano attivamente aderito al nazismo recuperano rapidamente le loro posizioni universitarie⁴⁹. Interessante è anche l'esempio italiano, dato che le sanzioni penali nei confronti di criminali fascisti sono state rare e sostanzialmente poco rilevanti⁵⁰. Significativo delle modalità con cui in Italia avviene la transizione dal regime fascista alla democrazia repubblicana è il caso di Gaetano Azzariti. Si tratta di un giurista famoso e apprezzato, che dal 1957 al 1961 è presidente della Corte costituzionale. Ciò che sorprende, tuttavia, è che Azzariti era stato un importante collaboratore del ministero fascista della giustizia nell'epoca delle leggi razziali, alla cui stesura aveva probabilmente collaborato, e che – inoltre – dal 1939 al 1943 era stato presidente del Tribunale della Razza, un organo che – dietro pagamento di rilevanti somme – stabiliva se a determinati soggetti, che erano ebrei ma dichiaravano di non esserlo, andassero applicate le discriminazioni previste da quelle leggi. Azzariti passa indenne attraverso il procedimento di epurazione, essenzialmente evitando di dire verità scomode sul

⁴⁷ Cfr. BALDISSARA, *Politiche della memoria e spazio del ricordo in Europa*, in *Il Mulino*, 2016, p. 6 ss., ove si sottolinea che la tendenza a non affrontare la memoria di quanto era accaduto durante i regimi totalitari fu “un obolo di rimozione e falsificazione del passato recente”.

⁴⁸ In proposito v. ampiamente MÜLLER, *Los Juristas del Horror. La “justicia” de Hitler: el Pasado que Alemania no puede dejar Atràs*, tr. sp., Bogotá 2009, p. 286 ss.

⁴⁹ Cfr. SHERRAT, *I filosofi di Hitler*, tr. it., Milano 2014, p. 226 ss., ove si sottolinea che “tutto si perdettero nel nulla, nella Germania del dopo Norimberga” (p. 235).

⁵⁰ Cfr. ampiamente, e per riferimenti, SEMINARA, *Die Aufarbeitung der faschistischen Vergangenheit in Italien. Strafrechtliche Probleme*, in *15 Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 2014, p. 3 ss.; sulla transizione italiana v. inoltre FORNASARI, *op. cit.*, p. 15 ss. BALDISSARA, *op. cit.*, p. 10, sottolinea che “ancora oggi il nostro Paese mostra un evidente deficit nel fare i conti con l'esperienza fascista”.

suo passato, ed in questo modo diventa un importante personaggio del nuovo sistema democratico costituzionale⁵¹.

Questi esempi, ma altri se ne potrebbero invocare, mostrano chiaramente quale sia la qualità della democrazia che si costruisce sulla base del silenzio relativo a tutto ciò che di criminale è avvenuto sotto il regime precedente: il fatto è che in questo modo i vecchi criminali, che in massa sfuggono alla giustizia, si convertono in buoni ed onorati cittadini della nuova democrazia. In proposito ci si può allora chiedere se si possa davvero parlare di democrazia quando si parla di un sistema politico che sistematicamente evita di ricercare la verità sui suoi immediati precedenti storici, pur essendo chiara la quantità e la qualità dei crimini allora commessi. Facendo riferimento alle idee di Williams e di altri di cui si è fatto cenno all'inizio, la conclusione non può che essere una diagnosi fortemente negativa rispetto a pretese democrazie che sistematicamente rifiutano la ricerca della verità.

3. *Contro la verità*

L'atteggiamento di rifiuto nei confronti della verità, al di là delle declamazioni astratte, è piuttosto diffuso: molti dicono che ricercare la verità è un errore che rende più difficile la realizzazione della giustizia di transizione, e che quindi è più opportuno garantire l'impunità ai responsabili dei crimini contro l'umanità, come mezzo per favorire la riconciliazione⁵². Il metodo che viene usato più spesso per conseguire questo risultato consiste nell'approvare una legge di amnistia. Risulta infatti che esso è stato applicato in tutto il mondo – negli anni dal 1970 al 2007 – in ben 424 casi, ossia nel 50% delle situazioni di transizione⁵³. La ragione di questo fenomeno così diffuso è ovvia: l'amnistia cancella la responsabilità, rende impossibile qualunque processo giudiziario, consente il pacifico reinserimento dei criminali nella società "riconciliata". È quanto è accaduto in Italia e in Germania, e poi anche in Spagna⁵⁴, come si è detto più sopra, dove la grande maggioranza dei responsabili dei crimini nazisti, fascisti e franchisti è sfuggita a qualunque sanzione, e si è tranquillamente reinserita nel contesto dei sistemi democratici che si sono instaurati dopo la caduta dei regimi dittatoriali. Quanto ciò abbia giovato alla democrazia di questi sistemi è un problema essenzialmente

⁵¹ Su questa vicenda, che ha un valore emblematico, cfr. BONI, *Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte Costituzionale*, in *Contemporanea*, 2014, p. 577 ss.

⁵² Cfr., anche per riferimenti, OLSEN-PAYNE-REITER, *Transitional Justice in Balance. Comparing Processes, Weighing Efficacy*, Washington D.C., 2010, p. 10.

⁵³ Cfr. OLSEN-PAYNE-REITER, *op. cit.*, pp. 29 ss., 35.

⁵⁴ Cfr. FORNASARI, *op. cit.*, p. 34 ss.

politico che rimane aperto, rispetto al quale – tuttavia – ogni scetticismo si giustifica.

Vi sono comunque alcune osservazioni ulteriori che meritano di essere almeno accennate.

Da un lato, non tutte le amnistie provocano la totale cancellazione delle responsabilità. Vale al riguardo l'esempio – pressoché unico – del Sud Africa, dove alla fine dell'*apartheid*, nel 1996, si creò una "Commissione per la verità e la riconciliazione" che poteva anche concedere amnistie a condizione però che i criminali testimoniassero e richiedessero di essere amnistiati per i loro crimini⁵⁵. In presenza di questa *full disclosure* potevano ottenere, tendendo conto della gravità dei crimini che confessavano, che si ponesse fine ad ogni indagine o incriminazione civile o penale per reati contro l'umanità commessi negli anni della discriminazione razziale. In questo caso la riconciliazione comportava la non applicazione delle condanne per questi crimini, ma richiedeva almeno che si identificassero i relativi autori e si stabilissero le loro responsabilità⁵⁶.

Dall'altro lato, è opportuno distinguere tra amnistie ed *autoamnistie*. Le prime vengono promulgate *dopo* la caduta dei regimi dittatoriali, e quindi derivano dai tentativi di riconciliazione effettuati dai regimi democratici successivi. Tra i vari esempi si possono citare quelli di Italia, Germania e Spagna ricordati più sopra. Un esempio importante è comunque quello dell'Argentina⁵⁷: terminata la dittatura dei colonnelli nel 1983, una commissione per l'indagine sui *desaparecidos* denominata CONADEP svolse ricerche conseguendo informazioni che potevano essere utilizzate in successivi giudizi penali e presentò un rapporto denominato *Nunca Mas* che conteneva numerose prove dei crimini commessi sotto la dittatura⁵⁸. Tuttavia, pochi anni dopo e per pressioni politiche da parte dei militari, la *Ley de punto final* nel 1986 e la *Ley de obediencia debida* del 1987 stabilirono l'impunità per gli autori di questi crimini. Si trattava evidentemente del tentativo del governo democratico di chiudere con il silenzio la tragica vicenda degli omicidi, delle sparizioni e delle torture (poste in essere in 340 centri) che a decine di migliaia avevano segnato la storia di quel paese. A queste leggi fecero poi seguito vari indulti concessi durante il governo Menem, che estinsero le pene e i processi in corso⁵⁹. L'impossibilità di giungere a condanne

⁵⁵ In argomento cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 27 ss.

⁵⁶ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 29 ss., per dati quantitative e sulle modalità di lavoro della commissione.

⁵⁷ Sul caso argentino esistono numerosi studi. Cfr. ad es., anche per altri riferimenti, PASTOR, *op. cit.*, p. 100; FORNASARI, *op. cit.*, p. 77 ss.

⁵⁸ Si accertava la scomparsa di 8960 persone e l'esistenza di 380 centri di detenzione clandestina. Cfr. PASTOR, *op. cit.*, p. 109 ss.; FORNASARI, *op. cit.*, p. 86 ss.

⁵⁹ Cfr. PASTOR, *op. cit.*, p. 112; FORNASARI, *op. cit.*, p. 95 ss.

giudiziarie diede luogo ad un fenomeno di grande interesse come i *juicios por la verdad* di cui si parlerà più oltre, ma essa durò a lungo, ossia sino 2005, quando la Corte Suprema dichiarò che le due leggi del 1986 e del 1987 erano incostituzionali⁶⁰. È dunque venuto meno il regime di impunità, ma per giungere a questo risultato sono occorsi quasi vent'anni, durante i quali le amnistie avevano potuto produrre i loro risultati.

Se questo accade per le amnistie che si possono considerare “ordinarie”, a maggior ragione le intenzioni di impedire la scoperta della verità sono manifeste nelle c.d. autoamnistie, ossia le amnistie che vengono decretate dagli stessi regimi dittatoriali allo scopo di evitare sanzioni per gli autori dei crimini commessi nell'ambito del terrorismo di Stato. Gli scopi dichiarati di queste amnistie sono solitamente indicati con finalità di pacificazione sociale, come se esse fossero a favore di tutti gli autori di atti di grave violenza e quindi soprattutto a favore degli oppositori dei vari regimi, ma – trattandosi di previsioni di carattere generale – l'effetto pratico che viene raggiunto in realtà è quello dell'impunità degli autori dei crimini commessi da organi statali come l'esercito, la polizia, i paramilitari, i servizi segreti.

Un esempio famoso è stato quello dell'amnistia proclamata da Pinochet negli ultimi anni del suo regime⁶¹. Nel 1978 viene infatti approvata una legge per l'amnistia dei crimini compiuti dal 1973 al 1978, ma solo nel 1998 la Corte Suprema afferma che essa non si applica ai crimini commessi in violazione di diritti umani. In ogni caso, ed essendo incerto se tale legge continua ad essere applicata, e in quale misura, rimane il fatto che essa è tuttora in discussione, e quindi può sempre trovare applicazione⁶².

Un altro esempio significativo è quello del Brasile, dove la dittatura militare durò dal 1946 al 1988. Già nel 1961 era stata approvata una legge di amnistia, ed un'altra legge analoga era stata approvata nel 1979, ed era poi stata corretta nel 1985, per essere poi estesa nella sua applicazione nel 1988. Dopo la fine della dittatura militare, nel 1989 fu approvata un'altra legge di amnistia “per crimini politici” che creò una apposita commissione. Sino al 2014 la commissione ha esaminato 62.000 richieste, ma molti dei prigionieri politici – dell'opposizione alla dittatura militare – non sono stati amnistiati, mentre l'“amnistiato politico” che ha partecipato ai crimini commessi nell'ambito del terrorismo di Stato riceve vari vantaggi come la riammissione o la promozione in carriera. Solo nel 2010 la Corte Interamericana dei Diritti Umani, decidendo il famoso caso “guerriglia di

⁶⁰ Su questa fondamentale sentenza v. in particolare FORNASARI, *op. cit.*, p. 104 ss.

⁶¹ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 47.

⁶² A quanto pare vi erano nel 2014 1.000 casi aperti, di cui 72 per tortura, mentre sono stati riconosciuti 279 colpevoli, di cui 75 sono in carcere.

Araguaia” afferma che l’interpretazione della legge del 1979 secondo la quale essa impedirebbe le indagini, il giudizio e la sanzione per violazioni dei diritti umani è incompatibile con la convenzione interamericana sui diritti umani, e stabilisce l’obbligo dello Stato di accertare la verità⁶³.

Vero è, dunque, che in molti casi⁶⁴ le amnistie e le autoamnistie vengono dichiarate incostituzionali o comunque illegittime, ma gli esempi ora indicati mostrano che normalmente ciò accade a distanza di molti anni. La conseguenza è allora che in varia misura le amnistie conseguono di fatto i risultati ai quali erano finalizzate, ossia la cancellazione delle responsabilità della maggior parte degli autori dei crimini contro l’umanità.

Rimane allora la questione se vi siano amnistie che possono in qualche modo essere accettate o tollerate. In linea di principio, ed in base alle premesse chiarite all’inizio, la risposta dovrebbe essere nettamente negativa. Eccezion fatta per i – rari – casi in cui l’amnistia viene concessa a chi riconosce le proprie responsabilità, infatti, l’effetto tipico dell’amnistia è quello di impedire che si giunga all’accertamento della verità sui crimini in questione, ed in particolare che si identifichino ed – eventualmente – si sanzionino i responsabili. Dunque *nessuna* amnistia è compatibile con il principio per cui la democrazia si fonda sulla verità.

Può essere eventualmente diversa la valutazione *politica* delle amnistie, a seconda delle circostanze in cui queste vengono concesse e vengono mantenute⁶⁵. Si tratta, in altri termini, di stabilire se in ogni specifica situazione sia più *vantaggioso* cancellare la verità sui crimini passati in cambio della speranza di una rapida pace sociale, ovvero se si ritiene comunque che non si consegua la costruzione di una vera democrazia senza che tale verità venga compiutamente determinata. Nel migliore dei casi, dunque, potrebbero essere tollerate quelle amnistie che, concesse in regimi democratici, tuttavia non escludono la scoperta della verità sui crimini contro l’umanità commessi dalle dittature, mentre non

⁶³ Si tratta della sentenza *Gomes Lund y otros (“Guerrilla do Araguaia”) Vs. Brasil*. In argomento v. ampiamente FORNASARI, *op. cit.*, p. 145 ss.

⁶⁴ Non mancano tuttavia le eccezioni, come quella rappresentata dall’Uruguay, dove, dopo anni di dittatura militare con numerosi crimini contro l’umanità, vennero introdotti due provvedimenti di amnistia, nel 1985 e nel 1986. Queste leggi furono sottoposte successivamente a referendum popolari, ma l’esito di queste consultazioni fu favorevole al mantenimento in vigore di esse (su queste vicende v. ampiamente FORNASARI, *op. cit.*, pp. 110 ss., 116 ss., 121 ss.). Tuttavia, nella sentenza sul caso *Gelman Vs. Uruguay*, del 24 febbraio 2011, la Corte Interamericana dei Diritti Umani riafferma la propria giurisprudenza secondo la quale le leggi di amnistia riferite a crimini contro l’umanità sono manifestamente incompatibili con la lettera e lo spirito della Convenzione Interamericana (§ 225, 226, 227), e riconferma l’obbligo degli Stati che la sottoscrissero a svolgere indagini e sanzionare tali crimini (§ 227).

⁶⁵ Sulle possibili valutazioni positive di alcune delle amnistie, soprattutto se emanate da parte dei regimi democratici succeduti ai regimi dittatoriali, v. FORNASARI, *op. cit.*, p. 171 ss.

potrebbero essere approvate quelle amnistie che – se pur introdotte o confermate in regimi democratici – abbiano comunque l’effetto di precludere la ricerca della verità⁶⁶.

4. Le “Commissioni per la Verità”

L’esempio del Sud Africa fa scuola, e viene seguito in molte situazioni di transizione, nelle quali si afferma a gran voce il “Diritto fondamentale alla verità” sui crimini contro l’umanità commessi durante i regimi dittatoriali, e si creano apposite commissioni con il compito di accertare queste verità⁶⁷. Sino al 2007 erano state create non meno di 68 commissioni di questo tipo⁶⁸, ma molte altre vennero create successivamente, come la commissione brasiliana che venne istituita solo nel 2011. La composizione di queste commissioni varia molto da caso a caso, così come varia la definizione dei loro compiti⁶⁹. Appare però evidente che la ricerca della verità che esse debbono svolgere è solitamente più limitata di quella che potrebbe porre in essere un tribunale⁷⁰, e normalmente si concentra sulle vittime, ossia sulla loro identificazione e sull’accertamento delle modalità con cui sono avvenuti i crimini in loro danno⁷¹, mentre un’attenzione scarsa o nulla viene riservata all’identificazione dei colpevoli. Si dice, in sostanza, che il “diritto alla verità” spetta soprattutto alle vittime di questi crimini, mentre importanza minore viene attribuita alla scoperta di “tutta” la verità. Anche in funzione di questi limiti, si riconosce che queste commissioni hanno avuto un rilievo secondario nella transizione, ed hanno in qualche modo contribuito ad essa ma solo in combinazione con amnistie e processi⁷².

Questa valutazione non particolarmente positiva non può però essere generalizzata, poiché non mancano esempi nei quali il lavoro delle commissioni si è svolto in maniera intensa ed approfondita ed ha prodotto risultati rilevanti.

Uno di questi esempi è costituito dalla commissione creata in Perù nel 2001, con il compito di indagare sulle violenze e sui crimini contro l’umanità commessi nel periodo dal 1980 al 2000. È da notare che si tratta in realtà di due periodi

⁶⁶ Cfr. FORNASARI, *op. cit.*, p. 178.

⁶⁷ Per un’ampia analisi cfr. HAYNER, *op. cit.*, pp. 27 ss., 45 ss., 239 ss.

⁶⁸ Cfr. OLSEN-PAYNE-REITER, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁹ Cfr. in particolare HAYNER, *op. cit.*, p. 10 ss.; WALKER, *op. cit.*, p. 16 ss.

⁷⁰ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 13.

⁷¹ Cfr. HAYNER, *ibidem*, p. 20 ss.

⁷² Cfr. in questo senso HAYNER, *op. cit.*, p. 26; OLSEN-PAYNE-REITER, *op. cit.*, pp. 21, 23, 153 s.; WALKER, *op. cit.*, p. 15, che sottolinea il crescente scetticismo verso le commissioni come mezzi per accertare la verità.

abbastanza distinti: dal 1980 ai primi anni '90 la situazione del paese era caratterizzata dalla guerriglia, tra cui soprattutto il movimento di *Sendero Luminoso*, mentre nel decennio successivo la violenza venne praticata soprattutto dallo Stato sotto la dittatura di Alberto Fujimori. La commissione lavora intensamente dal 2001 al 2003, raccoglie una quantità straordinaria di documenti e di testimonianze, e pubblica un rapporto in nove volumi⁷³. I risultati dell'indagine svolta dalla commissione sono impressionanti: basti ricordare che si accerta la morte o la sparizione forzata di 69.280 persone (peraltro un numero non definitivo) e si scoprono 4.600 sepolture clandestine. Sulla base di questa massa di informazioni la commissione suggerisce che si svolgano indagini giudiziarie per accertare le responsabilità di questo terribile massacro, ma ben poco viene fatto, ed anzi il presidente e i membri della commissione ricevono minacce in conseguenza di ciò su cui avevano indagato⁷⁴.

Un altro esempio molto interessante è la commissione creata in Brasile nel 2011, che conclude i suoi lavori alla fine del 2014. Il risultato è un rapporto pubblicato in tre volumi di varie migliaia di pagine, nei quali si descrivono le indagini svolte dalla commissione e i relativi risultati. Scopo principale della commissione è la “realizzazione del diritto alla memoria e alla verità storica” su quanto è accaduto nei molti anni della dittatura militare (dal 1946 al 1988), in relazione al dovere dello Stato di indagare, giudicare e punire i responsabili dei crimini contro l'umanità⁷⁵. Un aspetto molto importante della commissione brasiliana, che la distingue da molte altre commissioni che avevano come scopo solo la scoperta della “verità delle vittime”, è che tra i suoi compiti vi è anche la scoperta e l'individuazione degli autori dei crimini in questione⁷⁶. La commissione utilizza informazioni che su questi crimini erano state raccolte anche in precedenza, in particolare ad opera dell'archidiocesi di São Paulo nell'ambito del progetto *nunca mas*⁷⁷, ma soprattutto svolge indagini autonome. Ne risultano testi di grande interesse. In particolare il vol. II del *Relatorio* contiene una serie di saggi assai approfonditi anche dal punto di vista storico, che includono informazioni dettagliate sulle violazioni dei diritti umani compiute ai danni di

⁷³ Una sintesi di tale rapporto è un volume di quasi 500, pagine, che in realtà è anche uno studio di grande interesse sulla storia del Perù nel periodo considerato. Cfr. *Hatun Willakuy. Versión abreviada de l'Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Peru, 2008.*

⁷⁴ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 38 s.

⁷⁵ Cfr. il vol. I del *Relatorio* della Commissione, pp. 46, 67 ss. (v. <http://www.cnv.gov.br/>).

⁷⁶ Cfr. il *Relatorio*, cit., vol. I, p. 73 ss.

⁷⁷ In questa indagine vengono documentati 707 casi con 7.367 accusati, e 10.034 indagini di polizia. Cfr. il *Relatorio*, cit., I, p. 16. Altre informazioni raccolte nel 1995 parlano di 339 casi di omicidi e sparizioni forzate, mentre altri 221 casi vengono scoperti nel 2007. Cfr. il *Relatorio*, cit., I, pp. 18, 21.

militari, di lavoratori e sindacalisti, di contadini, sacerdoti, professori e studenti delle Università, indigeni e omosessuali. Vi si analizzano anche i fenomeni di collaborazione di civili, soprattutto industriali, con i militari, e le forme di resistenza che la società civile aveva tentato di sviluppare contro il terrorismo di Stato. Nell'insieme, un'opera di grande importanza storica e documentale. Inoltre, il vol. III del *Relatorio* contiene, in quasi 2.000 pagine le storie di 434 morti e vittime di sparizioni forzate, con indicazioni analitiche relative alle persone, ai luoghi e alle vicende – soprattutto di torture efferate e mortali – di questi eventi. In molti casi, dove è stato possibile, si individuano i responsabili di questi crimini e si indicano le relative prove. Ciò che rimane tuttora incerto è se questo grande lavoro di ricerca e di accertamento potrà portare alle dovute incriminazioni e condanne dei criminali.

Un ulteriore esempio molto significativo, che tuttavia si presta ad una valutazione assai meno positiva, è quello del Cile. In quel paese, come si è visto, l'autoamnistia del 1978 aveva sostanzialmente bloccato qualunque possibilità di accertamento dei crimini verificatisi sotto la dittatura di Pinochet. Peraltro, nel 1990/1991 operò la c.d. "Commissione Rettig", dal nome del suo presidente, la quale aveva però soltanto il compito di tener conto di casi di morte dovuta ad assassinio, a sparizione forzata o a torture. Curiosamente, la commissione non si occupava di torture che non avessero provocato la morte, quasi che in tal caso la tortura dovesse considerarsi irrilevante. Malgrado queste limitazioni la commissione poté occuparsi di 2.920 casi, per il 95% dovuti a violenze attribuibili ad organi dello Stato, e solo per il 4% dovuti all'azione di gruppi di sinistra⁷⁸. La situazione muta solo dopo vari anni, poiché solo nel 2003-2005 opera una commissione che si occupa di torture e di imprigionamenti illegali, individuando 28.549 vittime (delle quali 1.244 avevano meno di 18 anni e 176 avevano meno di 13 anni) e scoprendo 1200 luoghi di tortura. Anche in questi casi, tuttavia, il compito della commissione è sostanzialmente limitato dal fatto che essa conduce indagini ed identifica le vittime, ma non individua i nomi dei colpevoli, anche se accerta quali organi militari, di polizia o di spionaggio erano coinvolti. Era comunque chiaro che la commissione non poteva fornire informazioni utilizzabili in sede giudiziaria⁷⁹.

Un limite analogo caratterizza, infine, la commissione per la verità che operò in Guatemala nel 1997-1999: a fronte di 200.000 morti in 30 anni di guerriglia e di terrorismo di Stato, con 626 massacri addebitabili a militari e paramilitari, che avevano prodotto 42.000 vittime, non vi fu alcuna identificazione dei colpevoli⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 47 ss.

⁷⁹ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 61 ss.

⁸⁰ Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 32 ss.

5. I processi penali

Anche in funzione di ciò che si è appena rilevato a proposito dei limiti che hanno caratterizzato l'azione di molte commissioni della verità, soprattutto dal punto di vista della mancata individuazione dei colpevoli, negli ultimi tempi si è andata diffondendo l'opinione secondo la quale dalla giustizia di transizione non dovrebbe essere esclusa la giustizia *retributiva*, ossia la scoperta e la punizione dei colpevoli per mezzo degli strumenti giudiziari, ed in particolare per mezzo del processo penale⁸¹. In passato, invero, il ricorso alle investigazioni e ai procedimenti giudiziari aveva finito con l'essere abbastanza infrequente: esso veniva infatti escluso dalle amnistie, e non rientrava nelle funzioni di varie commissioni per la verità, anche se in qualche caso queste fornivano elementi di conoscenza utilizzabili in sede processuale. Così, ad esempio, in Cile solo dopo il 1998 si comincia ad accertare penalmente i crimini, processando varie centinaia di ufficiali dell'esercito, 200 dei quali vengono condannati e 59 scontano in carcere le relative condanne⁸².

Peraltro, la giurisprudenza ormai costante della Corte Interamericana dei Diritti Umani è nel senso che gli Stati che aderiscono alla Convenzione hanno un preciso obbligo di svolgere indagini per l'accertamento della verità relativa ai crimini contro l'umanità⁸³.

In proposito sorgono però problemi di varia natura. Da un lato, infatti, in linea astratta si potrebbe considerare il processo penale come lo strumento ideale per l'accertamento *pieno* della verità sui crimini avvenuti sotto i regimi dittatoriali, dato che esso non si limita all'individuazione delle vittime e delle circostanze in cui sono avvenute le violenze, ma è diretto anche – e forse soprattutto – all'identificazione dei responsabili di tali violenze, e alla relativa punizione. Tuttavia, forse proprio a ragione dell'efficacia repressiva e sanzionatoria che il processo penale potrebbe avere, problemi rilevanti sono sorti intorno alla sua utilizzazione. Molto genericamente si potrebbero suddividere questi problemi in due categorie: problemi *pratici* e problemi *giuridici*.

I problemi *pratici* sono di varia natura, e si sono manifestati con intensità variabile, ma molto forte, in tutti i paesi che si sono presi in considerazione. Senza procedere qui ad una analisi specifica riferita ai singoli ordinamenti, può essere sufficiente far cenno ad un elenco di fattori che, in varia combinazione, hanno fatto sì che la condanna penale dei responsabili dei crimini finisse con

⁸¹ Cfr. ad es. CUNNEEN-HOYLE, *Debating Restorative Justice*, Oxford-Portland, Ore., 2010, p. 81 ss.; OLSEN-PAYNE-REITER, *op. cit.*, pp. 16 ss., 98 ss., 132 ss.; LEAN, *op. cit.*, p. 183 ss.

⁸² Cfr. HAYNER, *op. cit.*, p. 49.

⁸³ Cfr. ad es. le sentenze già citate sulla "guerrilla de Araguaya" e sul caso *Gelman*.

l'essere un evento piuttosto infrequente. Anzitutto, va ricordato che in molti casi sia gli organi dell'accusa sia i giudici, spesso rimasti ai loro posti dopo la transizione, ma dopo aver svolto le loro funzioni prima di essa, mostrano una forte inclinazione alla inattività, soprattutto quando si tratterebbe di perseguire crimini commessi sotto le varie dittature: nulla di strano in ciò, come mostrano gli esempi discussi più sopra di Germania, Italia e Spagna, dove i componenti delle amministrazioni giudiziarie passarono quasi totalmente indenni dai vecchi ai nuovi regimi. Un fenomeno analogo si verifica evidentemente anche in America Latina. A questo fattore si aggiungono forti pressioni politiche indirizzate ad impedire che si scopra davvero la verità sul passato⁸⁴: anche la classe politica è uscita sostanzialmente indenne dalla fase di transizione, e quindi è ovvio che anche nei nuovi regimi vi siano forze economiche, sociali e politiche che in vario modo si oppongono alla scoperta di verità che potrebbero essere scomode o pericolose. Si spiega allora il fenomeno, che appare abbastanza frequente, di menzogne organizzate⁸⁵, non di rado da parte degli stessi responsabili, allo scopo di impedire la ricerca della verità o comunque di frustrarne i risultati⁸⁶.

Va inoltre ricordato che in molti casi la possibilità di svolgere indagini e di celebrare processi penali è fortemente limitata dal passaggio del tempo, che spesso si misura in alcuni decenni di ritardo rispetto ai fatti. Se un'indagine viene svolta – magari senza particolare energia – a venti o trent'anni di distanza, può essere difficile scoprire le prove di quanto è accaduto, soprattutto quando – come spesso accade – esse sono nelle mani degli stessi organi (Stato, esercito, polizia, paramilitari) di cui hanno fatto parte i responsabili. In questi casi, che rappresentano la quasi normalità, è evidente che le prove sono sparite, sono state nascoste o sono state distrutte⁸⁷. Un macabro ma significativo esempio è costituito da ciò che Pinochet chiamava “trasferimento dei televisori”, ossia la prassi di svuotare le fosse comuni sottraendo i miseri resti degli assassinati allo scopo di distruggerli e di impedire in questo modo che si trovassero le prove materiali di ciò che era avvenuto.

Il passaggio del tempo, inoltre, rende molto difficile, se non impossibile, l'identificazione dei colpevoli, o almeno di tutti i colpevoli, con l'ovvia conseguenza che molti di essi non possono essere perseguiti.

A queste difficoltà pratiche si aggiungono talvolta problemi di carattere giuridico che attengono ad alcuni aspetti del diritto penale. Uno di questi problemi deriva dal fatto che se il processo si svolge a distanza di anni o di

⁸⁴ Cfr. LEAN, *op. cit.*, p. 185.

⁸⁵ Cfr. BREEN SMYTH, *op. cit.*, p. 35 ss.

⁸⁶ Come dice LEAN, *op. cit.*, p. 185, “*truth telling and prosecution are dangerous ventures*”.

⁸⁷ Cfr. ad es. OLSEN-PAYNE-REITER, *op. cit.*, p. 22 ss.

decenni dai crimini che si tratta di accertare, è molto probabile che sia ormai scaduto il termine di prescrizione di questi reati⁸⁸. Questo problema è stato tuttavia superato a proposito dei crimini contro l'umanità, poiché si riconosce ormai uniformemente che questi crimini non si prescrivono⁸⁹. Di conseguenza, non ha rilievo la questione se essi fossero o non fossero prescritti secondo le norme di diritto penale ordinario dei singoli ordinamenti nazionali, e neppure la questione di quando cominci o ricominci a decorrere il termine di prescrizione dopo la fine dei regimi dittatoriali⁹⁰. Se, infatti, si parte dalla premessa che questi crimini *non* si prescrivono, questioni di questo genere sembrano irrilevanti: la sola conclusione che deriva da questa premessa è che il processo diretto al loro accertamento può *sempre* svolgersi, senza incontrare alcun limite temporale.

Un altro problema che si può porre è quello della irretroattività della legge penale: in sostanza, i crimini contro l'umanità non sarebbero punibili in quanto non erano previsti come tali dal diritto penale interno dei vari ordinamenti nel momento in cui vennero commessi⁹¹. È chiaro che in questo modo si finisce per ammettere che nessuno dei crimini di cui si sta parlando potrebbe essere accertato e sanzionato, posto che nessuno dei regimi dittatoriali in esame aveva – ovviamente! – inserito nel diritto penale la previsione di crimini contro l'umanità, ossia esattamente dei crimini che gli stessi regimi andavano commettendo. Questa conseguenza paradossale può essere però evitata ricorrendo ad almeno due argomenti. Da un lato, si potrebbe osservare che comportamenti come l'omicidio, la sparizione forzata e la tortura erano già previsti come reati dal diritto penale ordinario, anche se non venivano qualificati con il *nomen juris* di crimini contro l'umanità. Di conseguenza, non vi è nessun problema di retroattività: essi possono essere comunque sanzionati come reati "ordinari" applicando le norme del tempo in cui furono commessi.

L'eventualità che le pene allora previste siano insufficienti nella prospettiva attuale⁹² può non essere particolarmente rilevante, se si parte dal punto di vista che lo scopo essenziale è quello di accertare la verità su quei comportamenti, più che quello di irrogare una pena che oggi possa considerarsi adeguata. Dall'altro lato, pare lecito argomentare che i crimini contro l'umanità sono stati da sempre considerati come tali indipendentemente dalla presenza di norme esplicite che li sanzionassero⁹³, sicché le norme che attualmente li configurano – norme entrate in vigore dopo che essi sono stati commessi – non fanno altro che recepire nel

⁸⁸ In argomento cfr., anche per ulteriori riferimenti, FORNASARI, *op. cit.*, p. 181 ss.

⁸⁹ Cfr. FORNASARI, *op. cit.*, p. 182.

⁹⁰ Su questi problemi v. ampiamente FORNASARI, *op. cit.*, p. 183 ss.

⁹¹ In argomento v. ancora FORNASARI, *op. cit.*, p. 189 ss.

⁹² Così FORNASARI, *op. cit.*, p. 189.

⁹³ In argomento v. FORNASARI, *op. cit.*, p. 190 ss.

diritto positivo ciò che da sempre si è considerato come fonte di responsabilità penale. Non vi sarebbe dunque alcun problema di retroattività, poiché i crimini contro l'umanità erano già crimini contro l'umanità nel momento in cui furono compiuti.

Si tratta, come è evidente, di argomenti che possono non essere condivisi e possono essere considerati come non perfettamente coincidenti con i dogmi tradizionali del diritto penale, ma non sembra opportuno entrare qui in queste discussioni. Pare invece giustificata una considerazione di carattere generale: l'applicazione rigorosa – e forse eccessivamente formalistica – di questi dogmi può produrre conseguenze difficilmente accettabili, ossia l'impossibilità di far ricorso alla giustizia penale per l'accertamento della verità sui crimini contro l'umanità.

Da un diverso punto di vista si nega che il processo penale sia uno strumento idoneo alla ricerca della verità storica sui crimini contro l'umanità, in base alla differenza che esisterebbe tra l'attività dello storico e quella del giudice⁹⁴. In proposito non vale la pena di riprendere qui lo stantio e ormai desueto dibattito sulle differenze e le analogie tra ciò che fa lo storico e ciò che fa il giudice⁹⁵. Quale che sia il modo in cui si intende in che cosa consiste l'attività dello storico – tema su cui esiste una pluralità di opinioni e una vasta letteratura, da Foucault ad Adam Schaff, che qui non possono essere discusse – non si può negare che il giudice abbia come finalità essenziale proprio la ricerca e la scoperta della verità sui fatti che sono oggetto di decisione. Ciò vale in generale, e quindi anche nel processo penale, se si considera – come si è detto più sopra – che la verità dei fatti è condizione necessaria per la corretta applicazione della legge, in ogni sistema ispirato al principio di legalità⁹⁶. Pare ovvio, infatti, che nessuna norma viene applicata correttamente in sede di decisione se non sono stati accertati i fatti che ne costituiscono la protasi, o se essi non sussistono, o se sono stati accertati in modo erroneo. Ciò implica che venga scoperta, provata e accertata la specifica situazione di fatto (storica, empirica, materiale) su cui verte la decisione. Nelle ipotesi che qui interessano ciò significa che debbano essere identificate le vittime dei crimini contro l'umanità, le circostanze in cui essi sono stati commessi, e soprattutto siano individuati i rispettivi responsabili. Sotto questo profilo, allora, non vi sono ragioni per escludere che il processo penale – come qualunque altro tipo di processo – possa costituire uno strumento efficace per la scoperta della verità.

⁹⁴ Cfr. in particolare PASTOR, *op. cit.*, p. 115 ss.; FORNASARI, *op. cit.*, p. 101.

⁹⁵ In argomento v. ampiamente TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, p. 310 ss., ma già ID., *Il giudice e lo storico. Considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.* 1967, p. 438 ss.

⁹⁶ In questo senso v. ampiamente TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 97 ss.

In senso diverso non sembrano convincenti altri argomenti che vengono addotti per dire che il processo penale non dovrebbe essere usato a proposito dei crimini contro l'umanità. Così, ad esempio, il principio per cui il processo deve svolgersi in contraddittorio non costituisce certamente un ostacolo alla ricerca della verità⁹⁷. Al contrario, basta rilevare che il contraddittorio non è soltanto oggetto della garanzia processuale della difesa, ma è soprattutto un *metodo* essenziale per conseguire decisioni giuste, e quindi anche un metodo per la scoperta della verità sui fatti⁹⁸.

Altrettanto privo di rilievo è l'argomento secondo il quale il processo sarebbe inidoneo alla scoperta della verità a causa delle norme che in vario modo limitano l'acquisizione e l'impiego di determinate prove⁹⁹. Si tratta anche qui di un argomento vecchio e abusato, che la dottrina processualistica tradizionale impiega da sempre per affermare che nel processo si conseguirebbe solo una verità *formale* o *processuale* (quindi una non-verità), mentre solo fuori del processo sarebbe possibile giungere alla verità *vera*. Questa distinzione è priva di senso per varie ragioni che qui non possono essere approfondite: basti accennare al fatto che anche fuori del processo non si conseguono – neppure nell'ambito delle scienze, e tanto meno nella normale esperienza – verità assolute, mentre nell'ambito del processo non è impossibile giungere all'accertamento di una verità relativa (ossia in rapporto alle prove disponibili) sui fatti della causa¹⁰⁰. Naturalmente questa possibilità è più o meno ampia a seconda della disciplina delle prove che esiste in ogni singolo tipo di processo: a volte è vero che vi sono norme fortemente *antiepistemiche*, che limitano eccessivamente o addirittura impediscono la scoperta della verità, ma vi sono anche processi nei quali la disciplina delle prove favorisce l'accertamento della verità dei fatti. Quindi non si può dire che *sempre* il processo – penale o civile che sia – non giunge mai a tale accertamento. Si dovrà piuttosto distinguere tra processi efficienti e processi inefficienti in tal senso¹⁰¹. Allora, non vi sono ragioni di ordine generale per escludere che un "buon" processo penale possa giungere a stabilire la verità sui crimini contro l'umanità.

Al riguardo vale forse la pena di accennare ad un altro *mantra* assai diffuso nella dottrina penalistica, secondo il quale un processo penale orientato alla ricerca della verità avrebbe inevitabilmente natura inquisitoria e quindi non

⁹⁷ Così invece PASTOR, *op. cit.*, p. 141.

⁹⁸ In proposito v. da ultimo, anche per riferimenti, UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano 2015, p. 60 ss.

⁹⁹ Così invece PASTOR, *op. cit.*, p. 139 ss.

¹⁰⁰ In argomento v. più ampiamente TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 83 ss.

¹⁰¹ V. più ampiamente TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 135 ss.

potrebbe essere accettato¹⁰². Per ragioni essenzialmente storiche si può capire che i penalisti tendano a diffidare del processo inquisitorio. Ciò che non pare, invece, sostenibile, è l'idea che solo un processo inquisitorio sia idoneo alla ricerca della verità, e che quindi un processo orientato a tale ricerca non possa che essere inquisitorio, con la conseguenza che si finisce col rinunciare alla ricerca della verità sui fatti per il timore di “cadere nell'inquisitorialità”. In senso contrario – e a parte l'uso scorretto e solo polemico che si fa spesso del termine “inquisitorio”¹⁰³ – si può invece riconoscere che anche in un processo nel quale sia perfettamente assicurato il contraddittorio delle parti – come metodo e non solo come garanzia, come già si è detto – è possibile che si giunga all'accertamento della verità. Si tratterebbe in ogni caso di una verità “relativa”, ma essa potrebbe investire tutti gli aspetti soggettivi ed oggettivi del crimine che è oggetto di decisione.

6. *I juicios por la verdad*

A proposito dell'impiego del processo per l'accertamento della verità sui crimini contro l'umanità, un'esperienza molto interessante si è avuta in Argentina negli anni in cui – come si è accennato più sopra – le leggi degli anni '80 prevedevano la non punibilità dei crimini avvenuti negli anni della dittatura. Malgrado queste leggi, infatti, in numerosi tribunali si svolsero processi penali finalizzati ad accertare la verità su tali crimini – di qui l'espressione *juicios por la verdad* – pur essendo evidente che i responsabili non potevano essere sanzionati in alcun modo¹⁰⁴. In altri termini, si trattava di sentenze che potrebbero definirsi di *mero accertamento*, essendo destinate soltanto a stabilire che cosa era accaduto, chiarendo le circostanze di fatto ed individuando i responsabili, oltre alle vittime, senza però prevedere alcuna conseguenza punitiva dei fatti che risultassero provati. È evidente che questi processi, che talora furono molto pubblicizzati, costituivano la risposta ad un bisogno profondo che emergeva nella società argentina: un bisogno di verità sulle migliaia di crimini commessi sotto la dittatura, che si scontrava con i limiti imposti dalle leggi che assicuravano l'impunità dei responsabili. D'altronde, nella prima decisione in questo senso, emanata nel 1995, veniva riconosciuto che il diritto alla verità “rappresenta uno

¹⁰² Cfr. PASTOR, *op. cit.*, p. 154 ss.

¹⁰³ Rileva giustamente NIEVA FENOLL, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo 2012, p. 231, che bisogna evitare l'errore evidente che consiste nel confondere “d'ufficio” con “inquisitorio”.

¹⁰⁴ In argomento v. ampiamente, e per riferimenti, MACULAN, *op. cit.*, p. 338 ss.. V. inoltre FORNASARI, *op. cit.*, p. 99 ss.

degli scopi specifici ed immediati del processo penale”¹⁰⁵. Inoltre, nel 2000 la Commissione Interamericana dei Diritti Umani stabilì definitivamente la legittimità dei “giudizi per la verità” come strumenti per l’accertamento dei crimini contro l’umanità commessi negli anni della dittatura.

Si tratta dunque di un’esperienza peculiare e molto interessante, che però non manca di suscitare critiche di vario genere¹⁰⁶, fondate soprattutto – si potrebbe dire – sulla *originalità* di questi procedimenti, che per vari aspetti si discostavano dal modello tipico e abituale del processo penale. In particolare, si è negato che il processo penale fosse un metodo adeguato per l’accertamento della verità storica di tali crimini, essenzialmente per le ragioni per le quali si è negato in linea generale che il processo penale possa essere uno strumento per la ricerca della verità¹⁰⁷. In proposito, però, è sufficiente rinviare a ciò che si è detto più sopra quanto alla scarsa consistenza di queste ragioni.

Vale invece la pena di accennare ad una diversa critica che viene rivolta specificamente ai *juicios por la verdad*, fondata essenzialmente sul fatto che in essi – come si è detto – non si poteva giungere ad irrogare pene o sanzioni, essendo questa eventualità esclusa dalle leggi sulla non punibilità dei responsabili dei crimini in questione. In sostanza, si è contestata la legittimità di “decisioni senza sanzione penale”¹⁰⁸. Pare tuttavia che si tratti di un argomento assai debole: in generale non mancano, infatti, situazioni nelle quali il processo penale giunge all’accertamento dei fatti che integrano il reato, ma a questo accertamento non si accompagna l’irrogazione della pena. Basti pensare ai casi in cui il reato risulta prescritto, o il colpevole non è per qualunque ragione punibile, per avere situazioni nelle quali la decisione finale si limita a stabilire che il crimine è avvenuto, ad opera di chi e nei confronti di quale vittima, senza che tuttavia il colpevole venga condannato. Nei *juicios por la verdad* si sono verificate situazioni analoghe, ma ciò non dimostra che si trattasse di procedimenti nulli o viziati, per il fatto che l’impossibilità di irrogare condanne fosse esclusa dalle leggi sull’impunità. D’altra parte, coloro che criticano questi giudizi perché essi non terminano con una condanna non considerano ciò che i penalisti usano definire come *stigma*, ossia la disapprovazione sociale che comunque si manifesta contro chi risulta autore di un delitto previsto dalla legge penale¹⁰⁹. Questo aspetto pare particolarmente rilevante nel caso di crimini contro l’umanità: se si accerta che il funzionario X o l’ufficiale di marina Y, o il poliziotto Z, sono stati in realtà

¹⁰⁵ Cfr. MACULAN, *op. cit.*, p. 339 ss.; FORNASARI, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁶ Cfr. soprattutto PASTOR, *op. cit.*, p. 123 ss.

¹⁰⁷ V. in particolare PASTOR, *op. cit.*, p. 115 ss.

¹⁰⁸ Cfr. PASTOR, *op. cit.*, p. 155 ss.

¹⁰⁹ Su questa essenziale funzione del diritto penale cfr. in particolare FRIEDMAN, *In Defense of Corporate Criminal Liability*, in *Harv. J. L. Publ. Pol.* 2000, p. 847 ss.

assassini o torturatori, non è molto rilevante che essi subiscano la dovuta condanna alla prigione: ciò che importa è che si sappia pubblicamente ciò che essi hanno compiuto, e che in proposito il contesto sociale possa esprimere le proprie reazioni.

Dichiarata nel 2005 l'incostituzionalità delle leggi sull'impunità, l'esperienza di questi processi non termina anche se torna ad essere possibile un processo penale che oltre ad accertare la responsabilità dei colpevoli di crimini contro l'umanità giunga anche ad irrogare le relative condanne¹¹⁰.

Residua allora un solo problema, relativo alla possibilità di utilizzare, nei "nuovi" processi, le prove raccolte nei *juicios por la verdad*¹¹¹. Al riguardo non pare, tuttavia, che vi siano forti argomenti in senso contrario. Non vi sono ragioni, infatti, per escludere che testimonianze raccolte i quei procedimenti possano essere utilizzate¹¹², o che si possa far capo a documenti, ispezioni, indizi o in genere informazioni raccolte in essi. Si trattava in sostanza di veri e propri processi, anche se non terminavano con condanne, e quindi le prove in essi raccolte possono essere utilizzate, naturalmente con una valutazione accurata e razionale della loro efficacia dimostrativa. Non va dimenticato, infatti, che nei giudizi per la verità sono state raccolte numerose prove di vario genere, il che rappresenta un "merito indiscusso" di questi procedimenti¹¹³: sarebbe assurdo affermare che nessuna di queste prove è utilizzabile in un successivo giudizio penale ordinario, quasi che le precedenti indagini possano considerarsi *tamquam non essent*. Se, ad esempio, nel corso di un *juicio por la verdad* si è scoperta la documentazione relativa ai "voli della morte", con i quali prigionieri drogati venivano gettati nell'oceano da aerei in volo¹¹⁴, pare molto difficile sostenere che questa documentazione non potrebbe essere utilizzata in un giudizio successivo, solo perché essa è emersa in un procedimento per qualche aspetto diverso da un processo penale ordinario.

¹¹⁰ Cfr. MACULAN, *op. cit.*, pp. 331, 360, 362 ss.

¹¹¹ In argomento v., in senso negativo, FORNASARI, *op. cit.*, p. 101 ss. In senso critico v. anche MACULAN, *op. cit.*, p. 366.

¹¹² Non sembra invocabile, a proposito delle testimonianze rese da possibili colpevoli dei crimini in questione, il principio *nemo tenetur se detegere*, sia perché in alcuni casi esso è stato aggirato con la *declaración informativa* ammessa dal codice processuale penale (v. MACULAN, *op. cit.*, p. 347 ss.) sia perché tale principio implica il diritto di non autoincriminarsi, ma non esclude affatto la possibilità che un soggetto ammetta liberamente fatti a lui sfavorevoli. Dunque se tali testimonianze sono state rese senza alcuna costrizione, le relative dichiarazioni possono essere successivamente utilizzate.

¹¹³ Cfr. MACULAN, *op. cit.*, p. 365.

¹¹⁴ In argomento cfr. MACULAN, *op. cit.*, p. 338; *Il volo. Le rivelazioni di un militare pentito sulla fine dei desaparecidos*, Milano 2005.

7. Per un processo penale efficiente

Il pur sommario ed incompleto panorama delineato nelle pagine che precedono non giustifica conclusioni entusiasmanti quanto alla possibile ricerca della verità nelle fasi di transizione, in ragione dei limiti e degli ostacoli di varia natura che rendono tale ricerca difficile, impossibile o incompleta. Come si è accennato, le ragioni di ciò sono principalmente politiche, e risalgono essenzialmente alla diffusa convinzione che la scoperta completa della verità sui crimini commessi durante le varie dittature sia controproducente rispetto ad una possibile riconciliazione, sicché la preferenza per la dimenticanza e l'oblio finisce spesso col prevalere sulla ricerca effettiva e completa della verità. Non è il caso di discutere qui se questa opzione politica sia giustificata o sia sempre opportuna, anche se possono rimanere dubbi sulla riconciliazione tra torturatori e torturati o tra assassini e vittime. I limiti delle esperienze di cui si è parlato non impediscono tuttavia di considerare il problema della ricerca della verità nelle fasi di transizione da un punto di vista di carattere generale.

A questo scopo è opportuno prendere nuovamente le mosse da quanto si è detto all'inizio circa il valore morale e politico della verità come condizione essenziale di un sistema realmente democratico. Sotto questo aspetto è lecito dubitare del carattere democratico dei sistemi che, anche dopo il crollo delle dittature, hanno impedito con le amnistie, o hanno limitato e resa difficile o incompleta la ricerca della verità sui crimini commessi dai regimi precedenti. Un'altra premessa che è opportuno richiamare riguarda la concezione della verità sui fatti come condizione necessaria per la corretta applicazione del diritto, soprattutto nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, e quindi come fattore essenziale di ogni sistema che pretenda di fondarsi sul principio di legalità. Inoltre, si può ancora sottolineare quanto si è già accennato, ossia che il processo in generale – ed in particolare il processo penale – *può* giungere ad accertare la verità dei fatti su cui verte la decisione, naturalmente quando è congegnato in modo da permettere e da favorire la scoperta della verità, e non in modo da renderla difficile o addirittura impossibile.

Se si guarda al processo penale come metodo per accertare la verità sui crimini contro l'umanità, e quindi pensando in particolare a ciò che occorrerebbe perché esso fosse efficiente rispetto a questo scopo, è possibile individuare alcune condizioni necessarie, fermo rimanendo che debbano sussistere tutte le garanzie tipiche del processo penale moderno.

Una prima condizione è che non solo l'organo dell'accusa, ma anche il giudice disponga di ampi poteri di iniziativa istruttoria, in modo da colmare le eventuali lacune nelle prove offerte dalle parti. È noto che si tratta di un tema assai

controverso, che conosce risposte molto diverse nei vari ordinamenti¹¹⁵. Al riguardo vale la pena di sgombrare subito il campo da un luogo comune assai diffuso, secondo il quale se il giudice penale dispone di poteri istruttori d'ufficio ci si troverebbe di fronte ad un sistema processuale inquisitorio¹¹⁶, da rifiutare come tale in quanto confliggente con il "principio accusatorio". Si tratta, invero, di un luogo comune privo di consistenza, anche se esso è stato posto alla base di alcune riforme in America Latina¹¹⁷. È noto invece che numerosi ordinamenti, soprattutto in Europa, riconoscono al giudice – sia pure in modo più o meno ampio a seconda dei casi – poteri di iniziativa istruttoria autonoma¹¹⁸, senza che ciò implichi il passaggio da un sistema accusatorio a un sistema inquisitorio. Vale poi la pena di considerare che anche nel sistema *adversarial* nordamericano, da molti (ed anche da vari legislatori) considerato come il modello ideale da imitare quanto alla sua struttura essenzialmente accusatoria, si attribuiscono al giudice poteri ampi di iniziativa istruttoria. Basta infatti leggere le *Federal Rules of Evidence* del 1975, che si applicano anche nel processo penale, per rendersi conto, ad esempio, che il giudice può chiamare, per interrogarli, testimoni che le parti non hanno indicato¹¹⁹. Più in generale, poi, si può giustamente argomentare che la presenza di significativi poteri di iniziativa istruttoria del giudice penale è perfettamente compatibile con un principio accusatorio correttamente inteso e con le garanzie fondamentali che debbono ovviamente essere assicurate¹²⁰.

Un'altra condizione che sembra necessaria perché il processo penale sia un metodo efficace per l'accertamento della verità sui crimini contro l'umanità ha a che vedere con l'onere della prova. In proposito si può anzitutto osservare che i principi generali in base ai quali si ripartiscono gli oneri probatori tra le parti vengono modellati in vario modo, e sono derogati molto spesso, in funzione di differenti valori e interessi che di volta in volta vengono tutelati proprio configurando in diverse maniere la distribuzione fra le parti degli oneri

¹¹⁵ Per un panorama comparatistico molto ampio ed interessante cfr. PICÓ I JUNOY, *El juez penal y su iniciativa probatoria en los diversos sistemas juridico-culturales*, in *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, M. Bustamante coord. ac., 2013, p. 259 ss.

¹¹⁶ In senso contrario vale il rilievo che non vi è alcuna coincidenza tra la presenza di poteri istruttori "d'ufficio" e natura inquisitoria del procedimento: cfr. NIEVA FENOLL, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹⁷ Cfr. PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, p. 263 ss.

¹¹⁸ Cfr. PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, pp. 265 ss., 271 ss. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano basta far riferimento all'art. 190, n. 2, del codice di procedura penale e alle numerose norme cui viene fatto rinvio. Cfr. in argomento, e per riferimenti, CONSO-ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale. Complemento giurisprudenziale*, IX ed., Padova 2015, p. 590 ss.

¹¹⁹ Cfr. la Rule 614(a) e (b), sui cui cfr. ad es. GRAHAM, *Federal Rules of Evidence*, 7th ed., St. Paul, Minn., 2007, p. 308 ss.

¹²⁰ Cfr. PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, p. 280 ss.

probatori¹²¹. Accade spesso, comunque che le regole generali sull'onere della prova vengano modificate o invertite essenzialmente con lo scopo di assicurare che anche soggetti processualmente “deboli” siano posti in grado di tutelare efficacemente i loro diritti¹²². Al riguardo un fattore molto importante consiste nel fare in modo che comunque vengano acquisite al giudizio le prove occorrenti per l'accertamento della verità, anche quando questi soggetti non ne hanno la concreta disponibilità. I casi di questo genere sono numerosi, in base al principio generale per cui chi è nella migliore posizione per fornire la prova di un fatto ha il dovere di farlo¹²³. Senza alcuna pretesa di completezza basti ricordare che il legislatore interviene varie volte, principalmente con lo strumento delle presunzioni legali relative, a favore di soggetti che avrebbero difficoltà a dare la prova dei fatti che dovrebbero dimostrare in base alla regola generale dell'art. 2697 cod. civ. Per rimanere in ambito italiano si può ad esempio ricordare l'ipotesi della presunzione favorevole al lavoratore in materia di licenziamento¹²⁴ o l'inversione dell'onere della prova prevista dall'art. 4, punto 5, della l. 10 aprile 1990, n. 25, in materia di azioni positive a tutela della parità sul luogo di lavoro¹²⁵. Inoltre, quando non provvede il legislatore provvede la giurisprudenza, a volte con le c.d. “presunzioni giurisprudenziali” che hanno – appunto – l'effetto di invertire l'onere della prova¹²⁶, e altre volte applicando il criterio della “vicinanza” della prova, con il quale si attribuisce l'onere della prova alla parte che dispone del mezzo di prova, mentre alla parte originariamente onerata rimarrebbe solo il compito di allegare il fatto su cui fonda la propria domanda¹²⁷.

In una prospettiva analoga si può poi ricordare l'istituto della *facilidad probatoria* previsto dall'art. 217.7 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* spagnola, in funzione del quale il giudice può modificare la distribuzione degli oneri probatori tra le parti, disponendo che la prova sia prodotta dalla parte che ne ha il possesso

¹²¹ In argomento v. in particolare GASKINS, *Burdens of Proof in Modern Discourse*, New Haven-London, 1992. Per il diritto italiano cfr. l'ampia rassegna di CENDON-ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 757 ss.

¹²² In proposito cfr., anche per ulteriori riferimenti, TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, Milano 2012, pp. 249 ss., 255 ss.; ID., *Onere della prova*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Vol. XIII, Torino 1995, p. 76 ss.

¹²³ Su questo principio cfr. in particolare WALTON, *A dialogical theory of presumption*, in *16 Artif. Int. Law* 2008, p. 226.

¹²⁴ Cfr. VALLEBONA, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1992, p. 809 ss.

¹²⁵ Su questa ipotesi, e su altre fattispecie, v. TARUFFO, *La valutazione*, cit., p. 250.

¹²⁶ In argomento cfr., anche per ampi riferimenti, TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 254 ss.; ID., *Onere della prova*, cit., p. 77.

¹²⁷ Per un'interessante analisi di questo criterio e delle sue recenti applicazioni cfr. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.* 1915, p. 1383 ss.

o che può disporre più facilmente¹²⁸, o anche l'analogo istituto della c.d. *carga dinamica de la prueba* diffuso in vari ordinamenti dell'America Latina¹²⁹. Vale la pena di osservare che la *ratio* che in molte di queste numerose ipotesi giustifica varie manipolazioni o inversioni degli ordinari oneri probatori consiste nel favorire l'acquisizione delle prove, e quindi la ricerca della verità, superando le difficoltà che in tal senso potrebbero sorgere quando la parte su cui incomberebbe l'onere originario non ha la possibilità concreta di disporre di tali prove.

Peraltro, fenomeni come questi non esistono esclusivamente nel diritto civile. Situazioni analoghe possono aver luogo anche nell'ambito del diritto penale, con variazioni anche rilevanti rispetto al principio fondamentale per cui spetta esclusivamente all'accusa l'onere di dimostrare la colpevolezza dell'imputato. Due esempi al riguardo possono essere sufficienti. Il primo esempio è la regola introdotta dall'art. 6 del D.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Mentre l'art. 5 stabilisce che l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio, l'art. 6 al punto 1. dice che se il reato è stato commesso dai soggetti apicali indicati nell'art. 5, n. 1, lett. a), l'ente non risponde se prova una serie di circostanze elencate nella stessa norma. Si tratta di una chiara inversione dell'onere probatorio, poiché è la persona giuridica imputata che evita la responsabilità *provando* queste circostanze: in sostanza, la responsabilità dell'ente si presume sino a prova contraria¹³⁰. Analogamente, il principio ricordato più sopra per cui chi è nella posizione migliore per provare un fatto ha l'onere di farlo, si applica soprattutto quando un privato cittadino agisce contro lo Stato, dato che normalmente il privato non dispone delle prove che fondano la sua pretesa, ed è invece lo Stato che ne è in possesso¹³¹.

Il secondo esempio viene offerto da numerosi paesi con riferimento ai reati di corruzione: considerata la grande difficoltà di provare la colpevolezza di pubblici funzionari corrotti, viene introdotta una *presunzione di colpevolezza* in funzione della quale tocca a costoro l'onere di dimostrare la propria innocenza¹³².

¹²⁸ Cfr. fra i tanti NIEVA FENOLL, *Derecho procesal.II. Proceso civil*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- São Paulo, 2015, p. 190; BESSO, *op. cit.*, p. 1390, anche per altri riferimenti.

¹²⁹ In argomento cfr. MIDÓN, *La carga de la prueba*, in *Tratado de la prueba*, coord.-dir. M.S. Midón, Resistencia, 2007, p. 167 ss.; PEYRANO, *De las cargas probatorias dinamicas*, *ivi*, p. 187 ss.; CARPES, *Ônus dinâmico da prova*, Porto Alegre 2010.

¹³⁰ In argomento v. per tutti, e per riferimenti, DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato: Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa 2012, p. 392. Sul punto v. anche DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano 2002, p. 333 ss.

¹³¹ Cfr. WALTON, *op. cit.*, *loc.cit.*

¹³² Cfr. BAC e KANTI BAG, *Law Enforcement and Legal Presumptions*, in 29 *J.Comp.Econ.* 2001, pp. 722 ss., 740 ss.

Questi esempi, ed altri se ne potrebbero indicare, mostrano che in circostanze particolari, e di particolare gravità, nelle quali l'accertamento della verità sarebbe particolarmente difficile o impossibile qualora il relativo onere incombessse esclusivamente sull'accusa, la distribuzione dell'onere della prova può essere variata rispetto alle regole generali, con il fine fondamentale di favorire l'acquisizione delle prove indipendentemente dalla loro origine, e quindi di giungere all'accertamento della verità. Sembra evidente che un analogo ragionamento sia applicabile anche nei casi di crimini contro l'umanità, sia perché la loro gravità rende necessario l'accertamento completo sulle modalità e le responsabilità del loro compimento, sia perché in molti casi le relative prove non sono in possesso delle vittime o dei loro familiari, ma sono invece in possesso dei soggetti o degli organi pubblici (Stato, polizia, esercito, e così via) che si indicano come responsabili di tali crimini. È chiaro che in situazioni di questo genere non si può imporre alle vittime l'onere della prova di tali crimini, e tanto meno merita di essere stabilita una presunzione di innocenza a favore di chi ha le prove della sua propria colpevolezza e – naturalmente – evita di renderle note¹³³.

Sempre con riferimento ai crimini contro l'umanità, e considerando che si tratta di reati di speciale e grandissima gravità, un processo penale che volesse essere davvero efficiente dovrebbe probabilmente includere altre condizioni. A mero titolo di esempio, si potrebbe pensare all'esclusione o ad una forte limitazione dell'opponibilità del segreto di Stato, considerando che in molti casi i crimini di cui si parla sono stati commessi nell'ambito del terrorismo di Stato, sicché l'opponibilità del segreto servirebbe proprio ad assicurare l'impunità dei responsabili. Come minimo, bisognerebbe sottrarre il potere di servirsi del segreto di Stato agli esponenti del potere politico, ossia a coloro che avrebbero il massimo interesse ad evitare l'accertamento della verità, come insegna l'esperienza italiana degli ultimi decenni¹³⁴.

Ancora, si potrebbe ipotizzare l'introduzione di qualche eccezione alla regola generale di inutilizzabilità delle prove illecite sancita, nel nostro Paese, dall'art.

¹³³ Tutto sommato, come scrive Ashworth a proposito del sistema statunitense, la presunzione di innocenza è un principio morale e politico, più che una regola giuridica (cfr. ASHWORTH, *Four Threats to the Presumption of Innocence*, in 10 *Int. J. Evidence and Proof* 2006, p. 249), il che permette di ritenere che essa possa subire delle eccezioni, se vi sono ragioni sufficienti a giustificarle.

¹³⁴ Suscita quindi non pochi dubbi la scelta, confermata anche dalla riforma dell'art. 202 cod. proc. pen. introdotta con la legge 3 agosto 2007 n.124, di attribuire al capo dell'esecutivo la decisione intorno alla conferma del segreto opposto dai soggetti previsti dallo stesso art. 202 (in argomento v. CONSO-ILLUMINATI, *op. cit.*, p. 727 ss.

191 cod. proc. pen.¹³⁵, e presente in numerosi ordinamenti. In proposito è significativa la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo la quale quando una prova è stata ottenuta illecitamente, allo scopo di stabilire se essa viola o no la garanzia dell'equo processo stabilita dall'art. 6 della Convenzione occorre anche valutare se essa è molto convincente e se le circostanze in cui è stata ottenuta non fanno sorgere dubbi sulla sua attendibilità ed accuratezza¹³⁶.

Si immagini, a titolo di esempio, che da un archivio della Marina argentina venga sottratto un documento che prova le modalità dei "voli della morte" di cui si è parlato più sopra: l'illiceità della sottrazione sarebbe motivo sufficiente per escludere l'utilizzabilità di questo documento, e quindi per impedire l'accertamento di quei crimini?

Tuttavia, lo scopo di queste note non è di costruire in tutti i suoi aspetti un processo penale perfettamente efficiente per l'accertamento e la condanna dei crimini contro l'umanità. A tale scopo occorrerebbero infatti altre condizioni, dall'effettiva indipendenza dei giudici e degli organi dell'accusa¹³⁷, sino alla disponibilità di mezzi finanziari ed investigativi adeguati, dei quali non è possibile parlare in questa sede. Le riflessioni che precedono dovrebbero tuttavia essere utili a due finalità: mostrare che la ricerca della verità completa sui crimini contro l'umanità rappresenta una esigenza di tale importanza da giustificare qualche eccezione alle regole del processo penale ordinario, e mostrare inoltre che esiste la possibilità effettiva di conseguire questo risultato, naturalmente dove e quando esiste la volontà politica di farlo.

¹³⁵ In proposito v. ampi riferimenti in CONSO-ILLUMINATI, *op. cit.*, p. 597 ss.

¹³⁶ Cfr. ad es. *Lisica v. Croatia* (25 febbraio 2010), § 49; *Kyrov v. Russia* (10 marzo 2009), § 90; *Gäfgen c. Germania* (30 giugno 2008) § 95; *Heglas c. République Tchèque* (1 marzo 2007), § 86.

¹³⁷ Una soluzione originale sembra profilarsi in Colombia: in un accordo tra governo colombiano e FARC reso pubblico il 23 settembre 2015 si prevede infatti la futura creazione di una giurisdizione speciale composta principalmente da magistrati colombiani ma anche stranieri di alto livello. Lo scopo di questa giurisdizione sarebbe quello di por fine alla impunità, scoprire la verità, contribuire alla riparazione per le vittime, e giudicare e imporre sanzioni ai responsabili dei gravi delitti commessi durante il conflitto armato.