

prof. GIOVANNI FIANDACA  
Università di Palermo

## I CRIMINI INTERNAZIONALI TRA PUNIZIONE, RICONCILIAZIONE E RICOSTRUZIONE<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. La giustizia penale internazionale di fronte ad alcuni possibili paradossi. – 2. Profili relativi ai problemi di legalità e legittimazione. – 3. La complessa questione degli obiettivi presi di mira: a) in rapporto al dibattito sugli scopi della pena. – 4. Segue: b) in rapporto ad un più ampio ventaglio di possibili finalità. – 5. La logica giudiziaria della colpevolezza: limiti e inconvenienti. – 6. La elaborazione dei conflitti per via extragiudiziaria; riferimenti alla *Commissione sudafricana per la libertà e la riconciliazione*. – 7. Segue: rapporti di possibile interazione tra strumenti – rispettivamente – giudiziari e extragiudiziari di elaborazione dei conflitti.

### 1. *La giustizia penale internazionale di fronte ad alcuni possibili paradossi*

Mi sia consentito iniziare queste considerazioni introduttive prospettando un paradosso, sul quale desidererei richiamare subito l'attenzione e che provo a sintetizzare così. Per un verso, è divenuto quasi uno *slogan* parlare di crisi della pena e – più in generale – di crisi del diritto penale, in un contesto più generale di crisi o transizione quale riflesso del tormentato frangente storico-culturale in cui viviamo, definibile – se si vuole – in chiave di seconda modernità o postmodernità. Per altro verso, e contraddittoriamente, proprio in questa fase storica la giustizia penale sembra poter sperimentare una stagione di grande *revival*, specie in una dimensione che però trascende gli Stati nazionali.

Emblematica, nel secondo senso, la particolare enfasi con la quale taluno tende a rimarcare le presunte enormi potenzialità del diritto penale in un orizzonte sempre più globalizzato: sollecitando, in questa prospettiva enfatica, persino a ipotizzare – alludo, in particolare, a Mirelle Delmas-Marty – «se il diritto penale possa contribuire a ridurre le tensioni esistenti tra la globalizzazione dell'economia e l'universalismo dei diritti dell'uomo»; giungendo addirittura ad avanzare – sia pure in termini di auspicio – la tesi del «diritto penale

\* Il testo riproduce la relazione introduttiva al Seminario internazionale dal titolo "Punire Riconciliare Ricostruire. Dalla giustizia penale internazionale alla elaborazione dei conflitti", tenutosi presso l'Università di Palermo nei giorni 30-31 marzo 2007.

come etica della mondializzazione»<sup>1</sup>. Senonché, non tarda in proposito ad emergere un ulteriore paradosso, del quale la stessa Delmas-Marty è peraltro ben consapevole: appare cioè «paradossale porre in prima linea sul fronte della mondializzazione proprio il diritto penale, considerato sin dall'inizio dell'epoca moderna simbolo della sovranità statale e tradizionalmente limitato dal principio di territorialità»<sup>2</sup>.

È vero che diversi fenomeni noti e convergenti inducono oggi a superare progressivamente il principio di territorialità, e a espandere gli ambiti di competenza degli stessi giudici penali ben al di là dei confini tradizionali<sup>3</sup>.

Ed è altrettanto vero che in questa direzione una tappa fondamentale, un traguardo storico è indubbiamente segnato dall'entrata in funzione della Corte penale internazionale (Cpi). Ma il grande favore manifestato da diversi versanti per i progressi del processo di internazionalizzazione della giustizia penale rischia in realtà di risultare retorico e fuorviante, se non si tengono presenti le questioni complesse che stanno ancora sul tappeto e i non pochi ostacoli che sotto svariati aspetti si continuano (e, verosimilmente, si continueranno) a incontrare.

Per quanto mi riguarda, dico subito che la stessa idea (pur assai nobile nelle ragioni ispiratrici) di un diritto penale come etica della mondializzazione, lungi dall'attrarmi, mi turba e preoccupa non poco: pensare di poter affidare al magistero punitivo un ruolo decisivo nella costruzione di un nuovo ordine mondiale, ripropone infatti – tra l'altro – l'obiezione difficilmente superabile di una impropria giurisdizionalizzazione della politica; e pensare di poter assegnare alla giustizia penale altresì il compito di promuovere una etica della mondializzazione, significa alimentare o rischiare di favorire un processo di rieticizzazione del diritto penale. Tutto ciò non può invero non inquietare, perché contrasta non poco con una visione liberale e laica dei compiti dello strumento penale.

Ma, a parte le riserve politico-ideologiche e culturali di fondo, ci si scontra sul versante della realtà effettuale con un grosso problema di efficacia. Perché mai un diritto penale in crisi di funzionamento nell'ambito di non pochi contesti nazionali dovrebbe trasformarsi in un'arma molto più potente in un orizzonte metastatale?

<sup>1</sup> M. DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 3 s.

<sup>2</sup> M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 4.

<sup>3</sup> Per stimolanti riflessioni in argomento cfr., di recente, J. ALLARD, A. GARAPON, *La mondializzazione dei giudici*, trad. it., Macerata, 2006, *passim*.

## 2. Profili relativi ai problemi di legalità e legittimazione

I problemi fondamentali che si prospettano rispetto alla Cpi sono – almeno in parte – sostanzialmente non dissimili da quelli che sorgono riguardo a ogni sistema penale: alludo, in particolare, ai problemi di legalità, legittimità ed efficacia<sup>4</sup>. I tre profili, concettualmente distinti, sotto alcuni aspetti interagiscono: un diritto penale inficiato da una legalità debole e da uno scarso livello di efficacia finirebbe, infatti, con l'essere carente anche in termini di legittimità.

Ai fini di queste notazioni introduttive, sarebbe in realtà un fuor d'opera dedicare più di un rapido accenno al profilo della legalità. Sicché, mi limito a rilevare che lo Statuto di Roma ha compiuto in proposito notevoli passi avanti: oggi si può invero prendere atto che l'interrogativo, se le norme del diritto penale internazionale siano in grado di soddisfare le esigenze di chiarezza e conoscibilità tipiche delle disposizioni penali, ha ormai perduto gran parte della sua ragione giustificatrice<sup>5</sup>. Rimane tuttavia controvertibile l'ulteriore interrogativo, se il modello di legalità recepito nello Statuto di Roma sia proprio quello che hanno in mente gli studiosi di diritto penale, ovvero sia qualcosa di ibrido, da ricostruire con un approccio interdisciplinare (cioè a un tempo penalistico e internazionalistico)<sup>6</sup>.

Quanto poi al profilo della legittimità o legittimazione, rapportata ai contenuti della tutela, si può sinteticamente affermare che la giustizia penale internazionale ricava la propria giustificazione dall'universalismo dei valori umani assunti a oggetto di protezione. Sotto l'aspetto delle finalità di tutela, essa oggi si profila come la principale istituzione giudiziaria, alla quale – secondo aspettative crescenti – viene affidato il compito di sanzionare le più gravi violazioni a livello (potenzialmente) planetario: così, per dirla con linguaggio penalistico, i diritti fondamentali assurgono a beni giuridici oggetto di protezione penale.

Ci si può, peraltro, chiedere se questo della salvaguardia dei diritti umani fondamentali sia un obiettivo in sé – ovvero, se esso sia da concepire come a sua volta funzionale al raggiungimento di obiettivi ulteriori, come la difesa di

<sup>4</sup> Per un quadro chiaro ed efficace di pressoché tutti i problemi emergenti nell'ambito della giustizia penale internazionale cfr. D.R. PASTOR, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica*, Barcelona, 2006.

<sup>5</sup> Cfr., per tutti, G. WERLE, *Voelkerstrafrecht*, 2. Auflage, Tuebingen, 2007, p. 59.

<sup>6</sup> Nel senso della pressoché completa assimilazione al modello strettamente penalistico cfr., in particolare, M. CATENACCI, *'Legalità' e 'tipicità' del reato nello Statuto della Corte internazionale penale*, Milano, 2003, p. 187 ss. Per riserve critiche cfr. G. FIANDACA, *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell'orizzonte sovranazionale*, in *Diritti umani e diritto intern.*, 2007, n. 1, p. 74.

beni o interessi ad amplissimo spettro quali pace, sicurezza e benessere a livello mondiale<sup>7</sup>. Ora, al di là delle possibili suggestioni teoriche nell'ottica della dottrina del bene giuridico, il vero problema è in verità di natura empirica e politica, e come tale sta a monte: sembra cioè realistico ritenere che vi sia una notevolissima sproporzione di scala tra l'impiego delle risorse punitive, e addirittura la conservazione o promozione degli assetti su cui dovrebbe fondarsi l'auspicabile ordine mondiale. In proposito, Miriam Damaska molto saggiamente ammonisce: «Tentativi precipitosi da parte delle Corti penali di imporre il potere del diritto nell'instabile mondo della politica internazionale possono rivelarsi facilmente controproducenti e minare la loro legittimazione. È probabile che la giustizia penale internazionale cresca più vigorosamente se sfrondata dalle aspirazioni irrealistiche e dallo zelo eccessivo»<sup>8</sup>.

### 3. *La complessa questione degli obiettivi presi di mira:* *a) in rapporto al dibattito sugli scopi della pena*

Fatte queste premesse, mi preme seguitare ad accennare alle ragioni che continuano a far apparire problematico non solo il funzionamento, ma anche (per dir così) il significato di una giustizia penale internazionale. Torniamo così alla questione degli scopi, che essa persegue o tenta di perseguire condannando i colpevoli di gravissimi reati: e, tra questi scopi, mentre alcuni sono pur sempre riconducibili al risalente e circoscritto dibattito sulle funzioni delle pene, altri rimandano a obiettivi di portata ben più generale.

Cominciando dal primo tipo di scopi, e dalla rilevanza prioritaria degli auspicabili effetti deterrenti, è subito da osservare che la funzionalità preventiva della punizione di un numero pur sempre circoscritto di individui (posti per lo più in posizione apicale), in termini di efficacia dissuasiva nei confronti di conflitti futuri, appare abbastanza problematica per poterla dare per scontata. La stessa esperienza dei processi penali internazionali del secondo dopoguerra non sembra in questo senso fornire indicazioni confortanti, se è vero che i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità e varie forme di atrocità di massa non sono in realtà diminuiti rispetto al passato. Guardando le cose da questa prospettiva, «nulla sembra garantire che un'attività giudiziaria che applichi sanzioni, anche le più severe, contro singoli individui responsabili di illeciti

<sup>7</sup> In proposito cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 70 ss. e letteratura ivi citata.

<sup>8</sup> M. DAMASKA, *L'incerta identità delle corti penali internazionali*, in questa *Rivista*, 2006, p. 55. In senso analogo D.R. PASTOR, *op. cit.*, p. 191 ss.

internazionali incida sulle dimensioni macrostrutturali della guerra, possa cioè agire sulle ragioni profonde dell'aggressività umana, del conflitto e della violenza armata»<sup>9</sup>.

Ma a far apparire non scontata l'efficacia deterrente della sanzione penale concorrono ulteriori considerazioni. Tra queste, le principali sono di duplice ordine. Per un verso, l'idea della deterrenza presuppone il convincimento che i delinquenti siano individui freddi e razionali, inclini a calcolare e soppesare i rispettivi costi e benefici delle scelte delittuose. Ma che questo modello idealtipico di criminale predomini davvero nel teatro dei crimini internazionali, o sia più diffuso che nell'ambito della criminalità comune, sembra azzardato supporlo. Come è stato ben osservato, «i contrasti di cui la giustizia penale internazionale si occupa innescano passioni potenti e tendono a coinvolgere soggetti pronti ad accettare il rischio di una punizione», o addirittura propensi a considerare «la morte conseguente alle loro azioni una conferma dei loro ideali e una benedizione»<sup>10</sup>. Ma, anche se così non fosse, vi sarebbe comunque una ulteriore ragione di indebolimento della efficacia deterrente, ricollegabile proprio alle specifiche attuali modalità di funzionamento della Cpi: la Corte cioè da sola, senza una efficace collaborazione degli Stati, non ha il potere di far in modo che la minaccia di pene si traduca in una punizione effettiva dei colpevoli; sicché non sembra molto sensato porre in primo piano un obiettivo di deterrenza, il cui conseguimento dipende da un insieme di fattori che sfuggono al diretto potere di controllo della Corte medesima<sup>11</sup>.

Se così è, sempre rimanendo all'interno delle teorie sugli scopi della pena, ad assurgere in primo piano è il punto di vista della retribuzione, sia pure valorizzato in una accezione più ampia includente la stigmatizzazione simbolica della particolare gravità insita nei *crimina juris gentium*. Ancorché ormai screditato nella predominante cultura penalistica delle dottrine nazionali di area europea, il paradigma retributivo finisce così col riguadagnare dignità nel contesto dei crimini internazionali, appunto in ragione delle caratteristiche specifiche di tale contesto. Regressione culturale verso un modello arcaico di punizione, come qualcuno paventa? Senza cadere nella facile tentazione dello schematismo ideologico, la quale è sempre in agguato anche quando sono in discussione le ideologie penalistiche, sembrerebbe – almeno a prima vista – di poter constatare che il paradigma retributivo mantiene in effetti una sua plau-

<sup>9</sup> D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004, p. 100.

<sup>10</sup> M. DAMASKA, *op. cit.*, p. 34.

<sup>11</sup> M. DAMASKA, *op. cit.*, p. 34 s.

sibilità proprio in relazione alle aspettative delle vittime di crimini atroci: nel senso che la pena retributiva, con l'infliggere una punizione meritata a quanti si sono resi responsabili di azioni criminose, servirebbe nel contempo ad esprimere – appunto – solidarietà alle vittime per le sofferenze precedentemente patite<sup>12</sup>.

Ora, che le ragioni delle vittime debbano trovare ascolto anche nell'ambito del processo, e che questo debba fungere da sede in cui esse raccontano le atrocità subite allo scopo di recuperare la loro dignità offesa e di ottenere così una qualche forma di soddisfazione, rientra verosimilmente tra gli obiettivi più ampi (rispetto alla prevenzione e retribuzione in senso stretto) assegnabili alla giurisdizione penale internazionale. Solo che queste sacrosante aspettative di soddisfazione possono essere esaudite sino a un certo punto. Sotto un profilo strettamente processuale, innanzitutto, l'esigenza di attribuire un ruolo alle vittime deve essere mantenuta entro limiti di compatibilità con la necessità di garantire i diritti degli imputati e di evitare un eccessivo rallentamento dei procedimenti<sup>13</sup>. Ma, più a monte, c'è bisogno di un supplemento di riflessione proprio sul possibile significato della pena retributiva nell'ottica specifica della vittima. Siamo sicuri che infliggere sofferenza ai colpevoli di precedenti sofferenze comporti una forma di autentica soddisfazione, in termini psicologici e morali, per quanti rivestono il ruolo di vittime? E siamo sicuri che questa soddisfazione non può essere meglio conseguita attraverso modalità di reazione diverse dalla pena retributiva e a carattere persino extrapunitivo? In effetti, gli studi sulla psicologia della vittima, considerata in rapporto alle possibili valenze psicologiche delle sanzioni criminali, non sono a tutt'oggi sviluppati in misura sufficiente da consentire risposte univoche. Anzi, qualche indagine pionieristica, nel tendere a escludere nessi di implicazione tra retribuzione e soddisfazione della vittima, prospetta l'esigenza di cominciare a sviluppare l'idea che – dopo aver già da tempo costruito, in sede sia teorica che normativa, un primo binario destinato alla rieducazione dei condannati – sia venuto il momento di edificare un secondo nuovo binario per la «rieducazione delle vittime»<sup>14</sup>. Si tratta, in realtà,

<sup>12</sup> Cfr., in particolare, G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad. it., Bologna, 2004, p. 70.

<sup>13</sup> Ma vi è di più. Come è stato ben osservato: «Vi sono altre e magari più serie difficoltà. Una successione di orrori narrati dalle vittime può indurre i giudici ad attribuire all'imputato un ruolo nelle atrocità più esteso di quello realmente giocato. Possono sorgere pressioni per gli *standars* probatori minimi e può anche emergere la tentazione di impostare i procedimenti per ottenere facili condanne» (M. DAMASKA, *op. cit.*, p. 14).

<sup>14</sup> Cfr. J.Ph. REEMTSMA, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*,

di prospettive teoriche che meritano senz'altro di essere approfondite negli anni futuri, in modo da contribuire ad un aggiornamento del dibattito sugli scopi della pena che risponda alle più complesse esigenze e alle crescenti aspettative del mondo contemporaneo.

Ma la enfattizzazione dello scopo retributivo, unitamente a quello della stigmatizzazione simbolica dei colpevoli, suscita possibili riserve anche sotto aspetti ulteriori. Invero, se la condanna e la pena servono sia a retribuire, sia a stigmatizzare il particolare disvalore dei crimini lesivi dei più elementari diritti umani, ecco che la reazione punitiva finisce con l'assumere il compito di additare simbolicamente i valori fondamentali, il cui rispetto segna lo spartiacque tra gli *amici* e i *nemici* del genere umano: questa forte valenza simbolica, oltre a determinare una sovrapposizione di funzioni repressive ed etico-politiche, rischia in realtà di sospingere la giustizia penale internazionale verso la preoccupante china del *diritto penale del nemico* (nella ormai nota accezione di Guenther Jakobs)<sup>15</sup>. Esito, questo, alquanto paradossale: una giustizia concepita per sanzionare le più gravi violazioni dei diritti umani, potrebbe – senza contraddirsi anche agli occhi del pubblico – rendersi, essa stessa, autrice di gravi violazioni dei diritti e delle garanzie degli imputati?

#### 4. Segue: *b) in rapporto ad un più ampio ventaglio di possibili finalità*

Come si rilevava prima, lo spettro degli obiettivi assegnabili alla giurisdizione penale internazionale è tuttavia più ampio del novero pur sempre circoscritto degli scopi tradizionalmente attribuiti alla sanzione penale.

In questo orizzonte più esteso, l'elenco dei possibili obiettivi finalistici della persecuzione dei crimini internazionali include in realtà scopi quali: contribuire a porre fine ai conflitti in corso e alla stabilizzazione e riconciliazione nelle zone tormentate dai conflitti; produrre una documentazione storica attendibile dei crimini e delle atrocità commesse, collocando i fenomeni criminali in un contesto più ampio e indagandone le cause di tipo storico-politico; contribuire alla diffusione della cultura dei diritti umani e all'educazione civi-

Muenchen, 1999, p. 26 s.; in argomento si veda altresì il confronto critico a due voci sviluppato in W. HASSEMER, J.Ph. REEMTSMA, *Verbrechensopfer*, Muenchen, 2002. Per un approccio in chiave più strettamente psichiatrica e psicologica v., di recente, R.F. MOLLICA, *Le ferite invisibili*, trad. it., Milano, 2007.

<sup>15</sup> Sia consentito rinviare più diffusamente in proposito a G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI, Bologna, 2007, p. 191 ss.

le dei popoli<sup>16</sup>. Insomma, ci troviamo di fronte a un *sovraccarico di obiettivi*, per giunta talmente impegnativi che è oltremodo difficile – come si è in precedenza rilevato – addossarli tutti sulle spalle del processo penale. Ma, a ben vedere, si tratta anche di obiettivi che, oltre a non risultare compatibili con gli scopi delle pene strettamente intesi, «spingono in direzioni diverse e generano tensioni», per cui «persistono ambiguità imbarazzanti» in assenza di un chiaro quadro di priorità, peraltro verosimilmente impossibile da definire<sup>17</sup>.

Basti in proposito qualche esemplificazione, cominciando dall'esigenza che la ricostruzione processuale non si limiti alle singole responsabilità penali ma abbracci un orizzonte meno angusto. È vero che la riconciliazione all'interno delle comunità sociali lacerate dai conflitti presuppone un accertamento della verità che includa le cause delle vicende conflittuali. Ma un dubbio più che fondato riguarda la idoneità del processo penale a fungere da valido strumento di ricerca storica, e ciò sotto vari profili: le limitazioni temporali del processo e l'ottica incentrata sulla rilevanza penale, con la conseguente tendenza a leggere gli accadimenti in una chiave 'criminalizzatrice' e di contrapposizione schematica tra colpevoli e innocenti, non permettono infatti sia di osservare i tempi lunghi del dibattito storico approfondito, sia di rendere possibili e plausibili ricostruzioni pluralistiche aperte alla diversità dei punti di vista e attente alle sfumature. Per rimediare a tali limiti, non manca in verità chi sostiene che anche il processo dovrebbe funzionare da «teatro per lo scontro di idee»<sup>18</sup>. Senonché, pur comprensibile nelle sue motivazioni ispiratrici, questa prospettiva entra in tensione con l'esigenza di ricostruire in maniera univoca l'effettiva commissione dei fatti criminosi e, nel contempo, con la missione educativa del processo se concepita nel senso di dover stigmatizzare in termini chiari, e univocamente condivisibili, il disvalore delle conseguenze lesive provocate<sup>19</sup>.

Ma non meno problematico appare un altro possibile obiettivo ad ampio spettro della giustizia penale internazionale, che assume un rilievo maggiore nell'ambito di questo mio intervento introduttivo: alludo, com'è facile intuire, all'obiettivo della riconciliazione e, dunque, al problema se essa sia conseguibile a mezzo del processo e della punizione. L'interrogativo che in proposito

<sup>16</sup> Cfr. più diffusamente M. DAMASKA, *op. cit.*, p. 11 ss.

<sup>17</sup> Per una evidenziazione particolarmente lucida di queste tensioni e ambiguità cfr. M. DAMASKA, *op. cit.*, p. 12 ss., 19.

<sup>18</sup> M. OSIEL, *Collective Memory and the Law*, 1997, p. 52, 164. Si veda anche P. RICOEUR, *La Mémoire, l'Histoire, l'Oubly*, 2000.

<sup>19</sup> Più diffusamente, R. DAMASKA, *op. cit.*, p. 37.

sorge, è questo: ai fini della riconciliazione dei gruppi sociali che hanno vissuto gravi conflitti e patito gravi violazioni su vasta scala dei diritti umani, è più efficace la personalizzazione della responsabilità penale in capo a pochi individui (per lo più in posizione di comando o comunque apicale) o sono più efficaci meccanismi alternativi di presa di conoscenza, elaborazione e responsabilizzazione collettiva? Nell'affrontare questo interrogativo davvero cruciale, sarebbe opportuno rendersi conto che la «questione del rapporto tra la condanna di pochi individui, da un lato, e la stabilizzazione post-bellica di una regione e la riconciliazione della popolazione colpita, dall'altro, è molto più complessa di quanto alcuni ritengano. In talune circostanze può darsi che la rimozione della consapevolezza di una responsabilità morale collettiva crei simpatia per i pochi soggetti imputati, aizzando ampi settori della società contro una giustizia imposta dall'esterno. Può anche accadere che in alcune società imputazioni di responsabilità molto estese generino l'impulso a giustificare atti di violenza, ostacolando reazioni più favorevoli alle incriminazioni. Sia come sia, il conseguimento di una riconciliazione richiede tempo e probabilmente richiede molto di più che di un intervento del giudice»<sup>20</sup>.

##### 5. *La logica giudiziaria della colpevolezza: limiti e inconvenienti*

Giunti a questo punto, non è facile fugare tutte le possibili ragioni di dubbio avanzabili nei confronti della efficacia della giustizia penale internazionale, specie se considerata in rapporto a tutta la potenziale estensione dei suoi obiettivi. Così stando le cose, sarebbe errato assumere nei confronti di essa posizioni aprioristiche di segno contrario nell'un senso o nell'altro: cioè confidando, con una sorta di atteggiamento fideistico, in una efficacia sempre e in ogni caso positiva della sua attivazione; o, viceversa, assumendo un atteggiamento di sfiducia e svalutazione altrettanto preconcepite. È verosimile che sia preferibile un tipo di approccio (per dir così) sperimentale, egualmente lontano dall'enfatizzazione o dalla demolizione di principio, e orientato piuttosto a distinguere contesti e situazioni in cui può risultare utile o – al contrario – controproducente attivare forme di intervento giudiziario.

Questa strategia critica differenziata trova, d'altra parte, giustificazione e sostegno nella consapevolezza che esistono forme alternative di elaborazione dei conflitti per via extragiudiziaria ed extrapunitiva. E la principale ragione ispiratrice di questo nostro seminario consiste – appunto – nel tentativo di

<sup>20</sup> M. DAMASKA, *op. cit.*, p. 13, nt. 5.

mettere a confronto, rispettivamente, strategie giudiziarie ed extragiudiziarie di intervento: ciò secondo una prospettiva di analisi a più livelli, distinti anche in considerazione della diversa ampiezza dei contesti (sovrnazionali, nazionali o locali) di riferimento. Una prospettiva di analisi, dunque, per alcuni aspetti trasversale e forse non poco ambiziosa: ma suggerita appunto dalla presa d'atto che le esigenze di elaborazione dei conflitti nascenti dai reati possono, in presenza di determinate condizioni, essere più adeguatamente soddisfatte rinunciando alla più tradizionale logica della condanna e della punizione. E parlando di logica punitiva – tendo a sottolinearlo – non penso soltanto alla dimensione giuridica che vi è sottesa; alludo alle implicazioni del paradigma della colpevolezza anche in una prospettiva più ampia, e cioè al tempo stesso morale, politica, sociale e financo psicologica.

Confesso che, preparandomi mentalmente a questo nostro seminario, ho riletto – non a caso – un saggio che mi capita di riprendere specie quando avverto (per dir così) che la mia coscienza di penalista versa in crisi e vacilla più del solito: si tratta di un saggio di taglio psicoanalitico sulla 'logica della colpa', e ne è autore Roberto Speziale-Bagliacca, studioso e psicoanalista di notevole talento<sup>21</sup>.

Invero, nel tentativo di abbozzare una anatomia della logica della colpa, Speziale-Bagliacca fa riferimento a una disposizione psicologica che egli stesso suggestivamente (e, forse, arditamente) definisce «*paradosso schizofrenico*»: sarebbe questa la condizione nella quale ciascuno di noi si può trovare quando ci si sforza di guardare alle vicende umane secondo la logica della colpa ma, nello stesso tempo, secondo una logica che la trascende; vale a dire secondo una prospettiva che, lungi dal giudicare e condannare, ambisce a spiegare, comprendere, cogliere la complessità delle cose (attingendosi, così, un livello più sofisticato di consapevolezza definibile in termini di «responsabilità tragica»)<sup>22</sup>. Tutto ciò nel presupposto, più che verosimile, che gli stessi crimini gravi sono la conseguenza di fattori eterogenei, certamente non riconducibili soltanto ad azioni individuali, sia pure esecrabili.

Orbene, v'è da chiedersi: perché la logica della colpevolezza e della condanna è molto diffusa e tende spesso a prevalere?

A parte un probabile bisogno innato di giustizia, la risposta va forse individuata nel fatto che una simile logica ha il vantaggio di *tendere a semplificare*,

<sup>21</sup> R. SPEZIALE-BAGLIACCA, *Esiste una logica della colpa?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1998, p. 69 ss.; ID., *Colpa. Considerazioni su rimorso, vendetta e responsabilità*, Roma, 1997.

<sup>22</sup> R. SPEZIALE-BAGLIACCA, *Esiste una logica della colpa?*, cit., p. 81 ss.

cogliendo solo alcuni nessi e azzerando gli altri: «semplifica la realtà e quindi è più agevole da trasmettere agli altri. Si ha l'impressione che, non solo gli stereotipi e i pregiudizi consolidati, ma lo stesso pensiero privo di complessità e di sfumature abbia più facile presa sulle menti non educate, pigre, su quelle innamorate di un ideale da difendere a ogni costo, o semplicemente non molto intelligenti (anche se la scarsa intelligenza non porta necessariamente ad ancorarsi alla logica della colpa e viceversa)»<sup>23</sup>.

Ne deriva, allora, che è agevole comprendere perché un pensiero semplificato come quello della colpa si presti a essere facilmente utilizzato proprio dalle istituzioni, «che tendono a cercare la strada con minori ostacoli per gestirsi tra le difficoltà e per potere quindi operare [...]; da ciò possono nascere politiche e strategie obiettivamente ciniche»<sup>24</sup>.

#### 6. *La elaborazione dei conflitti per via extragiudiziaria; riferimenti alla Commissione sudafricana per la libertà e la riconciliazione*

Alla base della scelta politica di elaborare i conflitti per via giudiziaria potrebbe, dunque, esservi il calcolo opportunistico – se non proprio cinico – di prescegliere la strada più facile, più comprensibile. E, nel parlare di *scelta* circa la via giudiziaria o extragiudiziaria da seguire per l'elaborazione dei conflitti, mi preme proprio sottolineare il ruolo fondamentale della *dimensione politica*: nel senso che la scelta a monte rimane *politica* anche quando, eventualmente, si prescelga la soluzione giudiziaria. Emerge in proposito, infatti, un nesso strettissimo e ambiguo tra politica e giustizia penale, che andrebbe tematizzato e approfondito più di quanto solitamente non si faccia.

In ogni caso, sarebbe difficile contestare, anche in linea generalissima di principio, che il diritto penale e l'esercizio della giurisdizione penale sono sotto molti aspetti concretizzazione di politica costituzionale e di diritto costituzionale: lo ha ben compreso con estrema lucidità, e con largo anticipo rispetto ai tempi in cui tale consapevolezza è più diffusamente maturata, uno dei due massimi protagonisti della scienza giuridica del Novecento, cioè Carl Schmitt<sup>25</sup>. E mi sembra, del resto, che lo confermino indirettamente le esperienze

<sup>23</sup> R. SPEZIALE-BAGLIACCA, *op. ult. cit.*, p. 86.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, trad. it., Vicenza, 2005, p. 167: «[...] io vengo dal diritto penale e ho dovuto riconoscere che anche questo è Costituzione».

alternative alla giustizia penale, come ad esempio quella – davvero emblematica – della *Commissione sudafricana per la verità e la riconciliazione* ben analizzata da Andrea Lollini<sup>26</sup>. Invero, questa Commissione ha affrontato i problemi della giustizia cosiddetta di transizione dal vecchio regime autoritario al nuovo regime democratico, chiudendo i conti aperti con i crimini dell'era dell' *apartheid*, per una via diversa da quella giudiziaria adottata in Europa dopo il secondo conflitto mondiale. Precisamente, il carattere inedito della nuova strada seguita è consistito: a) nel sospendere la logica giudiziaria; b) nel valorizzare la *confessione pubblica* quale presupposto di una «amnistia condizionata».

In proposito, il punto da sottolineare mi sembra risieda – innanzitutto – nel fatto che la sospensione della logica giudiziaria sia stata fatta oggetto di una esplicita previsione costituzionale, e ciò sul duplice piano della costituzione formale e materiale: per cui si conferma, da questo punto di vista, come tanto esercitare, quanto non esercitare la repressione penale sia questione che in verità attiene al processo costituente di un nuovo ordine politico-giuridico. Non a caso, la tesi di Lollini è che un organo come la Commissione abbia appunto assolto un vero e proprio ruolo costituente nella nascita del nuovo ordinamento sudafricano<sup>27</sup>.

Ma mi preme, a livello di introduzione generale, mettere in evidenza qualche punto ulteriore (peraltro, avvalendomi sempre degli stimoli offerti dalla indagine di Andrea Lollini). E cioè, evidenzerei che la scelta tra esercizio dell'azione penale, e ricorso alla logica riconciliativa, ha implicazioni politico-simboliche di segno diverso. Nel senso – direi sinteticamente – che l'intervento repressivo-giudiziario reca con sé una impronta pur sempre *polemologica*: sotto il simbolo guerresco della spada (che si aggiunge significativamente a quello della bilancia), esso infatti divide, separa, discrimina tra colpevoli e innocenti, buoni e cattivi, amici e nemici. Sicché la giustizia penale così assolve – lo nota bene Lollini – la funzione primaria di espellere, occultare il corpo del reo dal tessuto sociale<sup>28</sup>. Ma essa allora finisce, di conseguenza, anche col riproporre politicamente e simbolicamente la frattura tra *vinti e vincitori*: e ciò non solo ha effetti politico-sociali rilevanti, ma incide al tempo stesso sul modo di elaborare la memoria collettiva del passato in termini pur sempre conflittuali.

<sup>26</sup> A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005.

<sup>27</sup> A. LOLLINI, *op. cit.*, p. 161 ss.

<sup>28</sup> A. LOLLINI, *op. cit.*, p. 163.

Il modello riconciliativo invece, con la sospensione della logica giudiziaria, persegue l'obiettivo politico-simbolico di promuovere «il consolidarsi dell'unità del corpo politico orientandosi all'inclusione piuttosto che all'esclusione dei singoli e dei gruppi»<sup>29</sup>: un obiettivo, dunque, più *irenico* che polemico.

7. Segue: *rapporti di possibile interazione tra strumenti – rispettivamente – giudiziari e extragiudiziari di elaborazione dei conflitti*

Sempre in considerazione delle esigenze di chiarimento sottese al seminario odierno, metterei in evidenza un altro punto in forma di interrogativo: quando si fa riferimento alla riconciliazione quale strumento extragiudiziario di elaborazione dei conflitti, ciò significa che si intendono rompere completamente i ponti con la giurisdizione penale?

In effetti, le soluzioni cosiddette alternative paiono potersi articolare nella prassi secondo differenti tipologie di rapporto con l'intervento giudiziario: nel senso che, mentre ci sono soluzioni che intendono mantenere un rapporto di connessione funzionale o di complementarità tra approccio riconciliativo e risposta penale, altri tipi di soluzione extragiudiziaria pretendono invece di essere del tutto alternativi rispetto al sistema di giustizia penale. Questa distinzione di modelli, forse più idealtipica che empirica, è esemplificabile facendo riferimento, da un lato, alla Commissione sudafricana e, dall'altro, alle esperienze di *mediazione penale* così come ad esempio concepite nel contesto italiano nell'ambito della giustizia minorile.

Quanto alla Commissione per la riconciliazione, sempre l'indagine di Lollini chiarisce infatti che il relativo funzionamento è stato caratterizzato da forme di complessa interazione con il sistema penale ordinario, e ciò almeno in un duplice senso. Per un verso, nel senso che la stessa possibilità di concreto funzionamento della Commissione, col sistema delle auto-denunce o confessioni individuali volontarie in uno spazio pubblico di memoria, sarebbe stata di fatto condizionata – almeno in parte – dalla minaccia e pressione esterna esercitata dall'esistenza di un sistema di giustizia penale idoneo a intervenire (in poche parole: se confesso dinnanzi alla Commissione, evito il processo e la condanna!)<sup>30</sup>. Per altro verso, nel senso che l'esercizio dell'azione penale «non viene negato *a priori*, ma è solo rimandato; essa verrà residualmente esercitata nei

<sup>29</sup> A. LOLLINI, *op. cit.*, p. 164.

<sup>30</sup> A. LOLLINI, *op. cit.*, p. 188 s.

confronti di coloro che non hanno risposto alla proposta 'redentiva'»<sup>31</sup>.

Orbene: nella sopra illustrata logica di rapporto tra riconciliazione e punizione, la primazia spetta alla Commissione rispetto al processo penale; ma il processo penale è complementare, sussidiario nel senso che esso appunto si attiva o può attivarsi nei confronti di quanti entro un certo periodo non confessano spontaneamente. Se così è, la logica giudiziaria non viene rinnegata ma rimane sullo sfondo: a monte o a valle dell'approccio riconciliativo. Da questo punto di vista, potrebbe allora sembrare che tra processo penale e procedura riconciliativa si instauri, al di là della interazione di cui si diceva, anche una sorta di rapporto di sostanziale equivalenza funzionale: ma, se così fosse, non finirebbe col ridimensionarsi il significato di vera alternativa politico-simbolica del ricorso alla Commissione? Vi sarebbe, in effetti, il rischio di degradare la soluzione extragiudiziaria a comodo succedaneo di quella giudiziaria consigliato da ragioni soprattutto pragmatiche, se non proprio opportunistiche: sul versante dei criminali, quale scappatoia per evitare le conseguenze più pesanti di un processo penale; e, sul versante delle istituzioni pubbliche, per evitare i maggiori costi e le maggiori difficoltà del processo penale.

Calcoli in termini di puro utilitarismo dovrebbero, almeno in linea teorica, esulare invece dall'orizzonte della giustizia riparativa e, in particolare, della mediazione penale così come finora praticata nelle esperienze nostrane sperimentate nell'ambito della delinquenza minorile. In quest'ambito, il ricorso alla mediazione pretende infatti di essere, più che una strada preferibile sul piano della mera convenienza, una vera alternativa rispetto al processo penale sul piano degli obiettivi perseguiti, dei significati esperienziali e dei vissuti interiori degli autori e delle vittime dei reati. Com'è noto, scopo fondamentale della mediazione è quello di promuovere una elaborazione del conflitto interpersonale scaturente dal fatto criminoso, orientata a ricostituire un rapporto comunicativo tra autore e vittima nel segno della reciproca comprensione e sfocante, alla fine, nella riconciliazione<sup>32</sup>. Certo, può apparire paradossale che la mediazione penale ambisca a essere qualche cosa di assolutamente diverso, sul piano qualitativo, rispetto al processo, nonostante essa prenda origine e si sviluppi in un contesto che è pur sempre quello di una vicenda criminosa e di un procedimento giudiziario. Sicché, tende a riproporsi il dubbio se

<sup>31</sup> A. LOLLINI, *op. cit.*, p. 202.

<sup>32</sup> Nell'ambito dell'ormai copiosa letteratura in tema di mediazione ci limitiamo a segnalare G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.

la pretesa di radicale alternatività rispetto al processo rimanga una presunzione ideologica, più di quanto non riesca a tradursi in dato di realtà.

È auspicabile che dubbi siffatti, così come altre questioni di fondo e altri interrogativi prospettati nell'ambito di queste ormai lunghe considerazioni introduttive, siano fatti oggetto di discussione approfondita e chiarificatrice grazie ai contributi dei numerosi e prestigiosi relatori che prenderanno la parola nell'odierno seminario.

