



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Candidato: Paolo Caroli

LA GIUSTIZIA DI TRANSIZIONE IN ITALIA

L'esperienza dopo la seconda guerra mondiale

Relatrice: Prof.ssa Emanuela Fronza

Anno Accademico 2015-2016

Indirizzo specialistico in:

Diritto e procedura penale e filosofia del diritto

XXIX ciclo

Esame finale: 11/04/2017

Commissione esaminatrice:

Prof. Gaetano Insolera,

Alma Mater Studiorum Università di Bologna

Prof. Antonio Cavaliere,

Università degli Studi di Napoli Federico II

Prof.ssa Stefania Carnevale,

Università degli Studi di Ferrara

*Gracias a la vida que me ha dado tanto
Me ha dado la risa y me ha dado el llanto
Así yo distingo dicha de quebranto
Los dos materiales que forman mi canto
Y el canto de ustedes que es el mismo canto
Y el canto de todos que es mi propio canto.*

*(Gracias a la vida, Violeta Parra, 1966,
incisa da Joan Baez come risposta musicale al
golpe cileno dell'11 settembre 1973)*

LA GIUSTIZIA DI TRANSIZIONE IN ITALIA

L'esperienza dopo la seconda guerra mondiale

	Pag.
Abstract.....	VII
Ringraziamenti.....	IX
Elenco delle abbreviazioni.....	XI
Oggetto e metodo di indagine.....	XIII

CAPITOLO I

La giustizia di transizione in Italia

1. La giustizia di transizione: il concetto.....	1
2. Sul superamento del “passato”.....	8
3. La persecuzione dei delitti fascisti commessi in Italia dagli italiani.....	15
3.1 <i>La persecuzione penale (1944-1946)</i>	19
3.1.1 <i>Il r.d.lgs. 26 maggio 1944, n. 134 (Punizione dei delitti e degli illeciti del fascismo)</i>	19
3.1.2 <i>Il d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159 (Sanzioni contro il fascismo)</i>	20
3.1.3 <i>Le Corti straordinarie d’assise</i>	24
3.1.4 <i>Le presunzioni di collaborazionismo</i>	28
3.1.5 <i>L’attività delle Corti straordinarie d’assise</i>	29
3.2 <i>Il “grande ripiegamento”</i>	32
3.2.1 <i>Sulla ricorribilità in Cassazione delle sentenze dell’Alta Corte di giustizia</i>	32
3.2.2 <i>L’adozione dell’amnistia Togliatti</i>	34
3.2.3 <i>Gli interventi di clemenza successivi (1946 - 1966)</i>	39
4. La persecuzione dei delitti commessi all’estero da militari italiani.....	43
4.1 <i>Il diritto applicabile</i>	43

4.2	<i>La mancata persecuzione (1945 – 1951)</i>	49
4.2.1	<i>Le pretese delle potenze alleate e la United Nations War Crimes Commission</i>	49
4.2.2	<i>I crimini in Jugoslavia e l'attività della Commissione Casati</i>	52
4.2.3	<i>Le iniziative più recenti: breve excursus</i>	55
4.2.4	<i>Postilla sul mito degli italiani come “salvatori degli ebrei”</i>	59
4.2.4.1	<i>La costruzione di un mito</i>	59
4.2.4.2	<i>La mancata punizione degli ideologi dell'antisemitismo</i>	61
4.2.4.3	<i>Risarcimenti agli ebrei, restituzioni e Holocaust Litigation</i>	64
5.	<i>La persecuzione dei delitti della Resistenza</i>	68
5.1	<i>Gli interventi di clemenza per i delitti della Resistenza (1944 – 1966)</i>	70
5.2	<i>Le forme del Processo alla Resistenza</i>	75
5.2.1	<i>Le depoliticizzazione delle azioni partigiane</i>	75
5.2.2	<i>Il mancato riconoscimento del giudicato</i>	76
5.2.3	<i>La qualificazione giuridica della Resistenza</i>	77
5.2.4	<i>Le azioni civili contro i partigiani</i>	81
5.3	<i>Disposizioni penali a tutela della Resistenza</i>	82
6.	<i>La persecuzione dei delitti commessi dai tedeschi</i>	82
6.1	<i>La persecuzione penale ad opera degli Alleati</i>	83
6.2	<i>La persecuzione penale italiana</i>	87
6.2.1	<i>La prima fase della persecuzione (1948 – 1960)</i>	87
6.2.2	<i>Le caratteristiche della prima fase</i>	92
6.2.3	<i>La stasi (1960 – 1994)</i>	94
6.2.4	<i>L'Armadio della Vergogna</i>	95
6.2.5	<i>La seconda fase della persecuzione (1994 – 2002)</i>	98
6.2.6	<i>La terza fase della persecuzione (dal 2002)</i>	100
7.	<i>Il quadro nella Seconda Repubblica</i>	107

CAPITOLO II
L'ammnistia Togliatti

1. L'ammnistia Togliatti come paradigma della transizione italiana.....	119
2. Transizione e amnistia: riflessioni preliminari.....	123
3. L'uso dell'ammnistia nel Regno d'Italia.....	127
3.1 L'età giolittiana.....	129
3.2 Le amnistie durante il fascismo.....	135
3.3 Riflessi sull'istituto dell'ammnistia.....	137
4. I delitti fascisti.....	139
4.1 L'art. 2 d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159: il delitto per i membri del governo e i gerarchi.....	140
4.2 L'art. 3 d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159: atti rilevanti.....	142
4.3 Collaborazionismo: il concetto.....	145
4.4 L'art. 5 d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159: collaborazionismo.....	151
5. L'ammnistia Togliatti.....	161
5.1 La Relazione del Ministro.....	164
5.2 Il contenuto.....	166
6. L'applicazione dell'ammnistia.....	170
6.1 Persone rivestite di elevate funzioni di direzione civile, politica o di comando militare.....	171
6.1.1 Elevate funzioni e collaborazionismo.....	172
6.1.2 Elevate funzioni e atti rilevanti.....	173
6.2 Fatti di strage, sevizie particolarmente efferate, omicidio o saccheggio.....	175
6.2.1 Fatti di ... omicidio.....	175
6.2.2 Fatti di ... saccheggio.....	177
6.2.3 Sevizie particolarmente efferate.....	177
6.2.4 Delitti compiuti a scopo di lucro.....	179
7. L'ammnistia Togliatti. Profili penalistici e profili di giustizia di transizione.....	181
7.1 Profili penalistici.....	182
7.1.1 Il ruolo limitato del diritto.....	182
7.1.2 Gli studi dei costituzionalisti.....	187

7.1.3 <i>La riflessione dei penalisti</i>	191
7.1.4 <i>Applicazione all'ammnistia Togliatti. Il mancato superamento del sindacato intrinseco</i>	196
7.1.4.1 <i>Le responsabilità del “colpo di spugna”</i>	199
7.2 <i>Profili di giustizia di transizione</i>	203
7.2.1 <i>Profili di diritto internazionale sull'ammnistia</i>	204
7.2.2 <i>Amnistie transizionali</i>	215
7.2.2.1 <i>Una classificazione</i>	216
7.2.2.2 <i>Guidelines di legittimità</i>	220
7.2.2.3 <i>Un test di proporzionalità</i>	221
7.2.3 <i>Applicazione all'ammnistia Togliatti</i>	224
7.2.3.1 <i>Lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale e la transizione italiana</i>	226
7.2.4 <i>Sulla fondazione del divieto di amnistia nel diritto internazionale. Riflessioni in tema di obblighi punitivi</i>	229
7.2.4.1 <i>Il fondamento implicito del divieto di amnistia</i>	233
7.2.4.2 <i>Divieto di amnistia e obblighi di criminalizzazione</i>	236
7.2.4.3 <i>Le conseguenze sulla potestà punitiva</i>	240

CAPITOLO III

La transizione italiana come amnesica e incompiuta

1. La transizione amnesica italiana e la transizione obliosa spagnola. Considerazioni preliminari.....	245
2. L'approccio metodologico alla transizione italiana nel suo insieme. Una lezione dall'esperienza sudafricana.....	249
3. La pacificazione e la Costituzione antifascista	253
4. La transizione italiana alla luce della partecipazione delle vittime e del contributo alla ricerca della verità.....	261
5. La memoria collettiva italiana nella scena europea.....	269
5.1 <i>Sul concetto di memoria</i>	269

5.2 <i>Sul “dovere di ricordare”</i>	272
5.3 <i>Lo scenario europeo postbellico e il caso peculiare della Germania</i>	277
5.4 <i>Lo scenario post '89 e l'uropeizzazione della memoria della Shoah</i>	284
5.5 <i>Lo scenario italiano post '89</i>	292
6. <i>Lo specchio della transizione degli anni '90</i>	298
6.1 <i>Un elemento di differenza fra le due transizioni</i>	303
6.2 <i>Un elemento di analogia e continuità</i>	304
Riflessioni conclusive.....	307
Bibliografia.....	315
Archivi web utilizzati.....	361
Materiale video citato.....	363

ABSTRACT

La transizione italiana dal fascismo alla democrazia costituisce un paradigma della più recente categoria di giustizia di transizione. L'indagine studia il caso italiano secondo tale prospettiva specifica, intesa come gamma di processi e meccanismi associati con i tentativi di una società di affrontare un'eredità di passati abusi su larga scala. Vengono analizzate le soluzioni adottate in Italia, a partire dalla caduta del regime fascista, al fine di "fare i conti" con il passato.

Lo studio fornisce una ricognizione prima di tutto sul piano del diritto penale, sia sostanziale che processuale, prendendo in esame sia gli interventi normativi che la prassi applicativa. Si passa poi all'esame di altri meccanismi, non solo sul piano amministrativo e civile, ma anche su quello politico e costituzionale, giungendo a riflettere su come il diritto penale si rapporti al processo di transizione nel suo insieme. In particolare, il lavoro analizza approfonditamente il rapporto fra transizione e potere di clemenza, partendo da un'analisi critica dell'amnistia Togliatti, vista come paradigma della transizione italiana.

La prospettiva penalistica viene integrata con la comparazione giuridica e con la chiave di lettura della giustizia di transizione, che include una prospettiva storica, politica, sociologica e filosofica. Il lavoro legge il caso italiano come esempio di giustizia di transizione, lo colloca all'interno dello scenario comparato, verificando se si possa o meno ritenere esistente un modello italiano, cercando di offrire uno studio critico del processo transizionale nel suo insieme.

RINGRAZIAMENTI

Il mio primo ringraziamento va alla Prof.ssa Emanuela Fronza, mia *supervisor*, per avermi fatto scoprire questo affascinante tema di ricerca (anche a fronte di un mio iniziale, colpevole, scetticismo), per avermi fatto immergere nel mondo della giustizia di transizione, condividendo idee presenti e sogni futuri ed arricchendomi, durante il cammino, con nuove conoscenze, interrogativi, spunti di riflessione e molte occasioni di contatti e incontri, davvero mai convenzionali o banali. Alla stessa va anche un ringraziamento per le osservazioni puntuali e costruttive in sede di redazione del presente lavoro.

Grazie al Prof. Gabriele Fornasari, per la sua costante presenza, il suo ascolto, il suo autentico e non scontato interesse e la sua guida accademica.

Un ringraziamento particolare al Prof. Florian Jessberger per il denso confronto scientifico sul mio lavoro e per aver sostenuto criticamente e con pazienza il mio percorso accademico.

Grazie agli Avv.ti Patrizia Corona e Giacomo Merlo, per avermi dato il tempo e la possibilità di coltivare la ricerca parallelamente all'esercizio della professione forense, mostrando sempre pazienza e rispetto per questo mio "sdoppiamento".

Grazie al Prof. Andrea Lollini per i confronti preziosi e molto stimolanti, che mi hanno aperto la mente.

Grazie alla Dott.ssa Julia Geneuss, per la sua bella amicizia nella primavera berlinese. Grazie a chi, a vario titolo, mi ha fornito consigli, dubbi e nuove prospettive sul mio lavoro, primi fra tutti il Prof. Ezequiel Malarino e la Dott.ssa Elena Maculan. Un grazie anche alla Dott.ssa Cecilia Nubola, al Dott. Bartolomeo Costantini e al Dott. Marco De Paolis.

Grazie a tutti i colleghi della Scuola di Dottorato, a tutti i professori, ricercatori, ed ex dottorandi, gravitanti attorno alla cattedra di Diritto Penale, compagni di bei momenti e di tante risate, nonché a diversi professori della Facoltà di Giurisprudenza, che in questi tre anni mi hanno dedicato tempo e attenzione; fra questi, in particolare, il prof. Jens Woelk.

Grazie agli ex colleghi dello European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) di Berlino, fonte di costante ispirazione.

Un grazie a tutte le amiche e gli amici che a Trento (o nella mia parentesi berlinese), in questi tre anni di dottorato hanno ascoltato pazientemente le mie ambizioni e le mie incertezze.

L'ultimo grazie, quello decisamente più importante, va ai miei genitori, Mario e Vanda, e a mia sorella Tania, per tante cose, fra cui l'aver supportato e sopportato il mio percorso; e un pensiero a nonna Laura, che se ne è andata durante questi tre anni di dottorato.

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

AZAPO	Azanian People's Organisation
CADU	Convenzione Americana
CAS	Corti Straordinarie di Assise
Cass.	Suprema Corte di Cassazione
CEDU	Convenzione Europea dei Diritti Umani
CLN	Comitato di Liberazione Nazionale
CLNAI	Comitato di Liberazione Nazionale Alta Italia
CLNRP	Comitato di Liberazione Nazionale Regione Piemonte
Corte EDU	Corte Europea dei Diritti Umani
Corte IDU	Corte Interamericana dei Diritti Umani
d.l.	Decreto legge
d.lgs.	Decreto legislativo
d.lgs.C.p.S.	Decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato
d.lgs.lt.	Decreto legislativo luogotenenziale
d.P.R.	Decreto del Presidente della Repubblica
DC	Democrazia Cristiana
GAP	Gruppi di azione patriottica
ICC St.	Statuto di Roma della Corte penale internazionale
ICTJ	International Center for Transitional Justice
ICTR	Tribunale penale internazionale per il Ruanda
ICTY	Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia
KGB	Komitet gosudarstvennoj bezopasnosti (Comitato per la sicurezza dello Stato)
MSI	Movimento Sociale Italiano
NATOUSA	North African Theater of Operations, United States Army
NKVD	Narodnyj komissariat vnutrennich del (Commissariato del popolo per gli affari interni)

ONU	Organizzazione delle Nazioni Unite
PCI	Partito Comunista Italiano
PdA	Partito d'Azione
PDL	Partito democratico del Lavoro
PDS	Partito Democratico della Sinistra
PLI	Partito Liberale Italiano
PNF	Partito Nazionale Fascista
POUM	Partido Obrero de Unificación Marxista
PSIUP	Partito Socialista Italiano di Unità Proletaria
r.d.	Regio decreto
r.d.l.	Regio decreto legge
r.d.lgs.	Regio decreto legislativo
RSI	Repubblica Sociale Italiana
SS	Schutzstaffel
TRC	Commissione per la verità e riconciliazione
Trib. Supr. Mil.	Tribunale Supremo Militare
URSS	Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche

OGGETTO E METODO DI INDAGINE

La presente ricerca fornisce uno studio sulla giustizia di transizione, intesa come gamma di processi e meccanismi associati con i tentativi di una società di “fare i conti” con un’eredità di passati abusi su larga scala. Tali meccanismi possono essere giudiziali o extragiudiziali e possono includere, fra gli altri, persecuzione individuale, riparazioni, ricerca delle verità, epurazioni, riforme istituzionali. Si tratta cioè di un’attività di “chiusura dei conti” con il passato, quella che nella lingua tedesca viene chiamata *Vergangenheitsbewältigung*.

L’indagine si concentra sul caso italiano, analizzando le soluzioni messe in campo in Italia, a partire dalla caduta del regime fascista, al fine di “fare i conti” con il passato ed in particolare con le responsabilità relative a condotte, oggi qualificabili come crimini internazionali.

Con uno spettro temporale che va dal 25 luglio 1943 al presente, essa fornisce una ricognizione di come in Italia ci si sia rapportati alle gravi violazioni dei diritti umani commesse, sia nel Paese che all’estero, nell’ambito del fascismo (dal 1922 al 1943) e dei due anni di occupazione nazista e guerra civile (dal 1943 al 1945, in alcune parti d’Italia con violenze anche nel periodo successivo). Viene innanzitutto analizzato l’orizzonte della repressione penale, a cominciare dal diritto sostanziale e processuale rilevante e dai problemi connessi (ad esempio in tema di qualificazione dei fatti, retroattività, principio di uguaglianza etc.). Si considera poi come su tale persecuzione intervenga l’esercizio del potere di clemenza da parte del legislatore, a mezzo dell’amnistia, in particolare l’*amnistia Togliatti*. Ciò presuppone un’analisi approfondita di tale istituto giuridico, al fine di ricavare dei parametri valutativi, che permettano un sindacato critico dell’intervento normativo.

Non ci si limiterà ad una ricognizione del dato normativo, ma si prenderà in considerazione anche la prassi applicativa.

Dalla descrizione e valutazione di come il diritto e il processo penale siano stati utilizzati all’interno del processo di transizione, si potrà ricavare una riflessione sulle possibilità e sui limiti di un simile strumento. Lo sguardo dovrà quindi poi essere necessariamente allargato ad altri meccanismi, non solo sul piano amministrativo e civile, ma anche su quello politico e costituzionale, al fine di interrogarsi su come il diritto penale si rapporti al processo di transizione nel suo

insieme. Ciò consentirà di fornire una descrizione e una valutazione complessiva dell'esperienza italiana di giustizia di transizione.

L'ipotesi di lavoro è dunque quella di ritenere che i meccanismi, giuridici ed extragiuridici, con cui l'Italia è intervenuta per affrontare il rapporto con il proprio passato, possano essere letti all'interno di un processo transizionale complessivo. Non si ritiene inoltre che tale processo si sia chiuso con l'arresto della persecuzione penale (fra gli anni '40 e '50, a seconda dei delitti, con una riattivazione parziale dagli anni '90). Al contrario, ad esso deve essere ricondotta tutta una serie di fenomeni, giuridici e non, sviluppatisi nelle decadi successive ed in parte ancora in corso. La visione d'insieme consentirà inoltre di leggere il caso italiano come esempio di giustizia di transizione e quindi di fornire allo stesso una collocazione fra i vari modelli, verificando se possa o meno ritenersi sussistente un modello italiano.

L'obiettivo ha necessariamente una conseguenza sulla scelta del metodo.

Presupposto del lavoro è che la prospettiva del diritto penale possa descrivere molti aspetti, ma non sia, da sola, sufficiente a rappresentare il fenomeno nella sua globalità. Come si avrà modo di argomentare, la giustizia di transizione è infatti al tempo stesso un fenomeno giuridico e un fenomeno eccezionale; essa interviene in un momento iper-politicizzato e viene ad assumere funzioni che non le sono attribuite in tempi ordinari. La giustizia di transizione ha infatti anche un ruolo costituente, essendo chiamata a mantenere l'ordine e al tempo stesso a consentire una trasformazione. Come si dirà, essa è giustizia *di* transizione, *nella* transizione, *in* transizione.

A fronte di gravi crimini commessi a livello massivo, spesso con il coinvolgimento diretto dell'apparato dello Stato e dei suoi agenti, non è quindi possibile separare nettamente giustizia penale e politica. E tuttavia riconoscere il carattere politico della giustizia di transizione non significa escluderne quello giuridico. Al contrario, la prospettiva della giustizia di transizione ha proprio la funzione di meglio comprendere un processo, il quale tuttavia resta prima di tutto giuridico.

La politicità della giustizia di transizione non va infatti confusa con le mere decisioni politiche. Esse hanno senza dubbio uno spazio ed un ruolo nel processo transizionale, a cominciare dall'alternativa fondamentale, fra punizione e amnistia. Tuttavia non vi è coincidenza fra queste e il processo di transizione; al contrario, tali

scelte si inseriscono al suo interno, orientandolo o contribuendo a determinarlo, quale uno dei diversi fattori in gioco.

A fronte di una siffatta premessa, si rende dunque necessario integrare il rigore metodologico, proprio dell'approccio penalistico, con una prospettiva peculiare, che è tipica della giustizia di transizione, quale categoria scientifica elaborata negli ultimi venticinque anni. Essa si arricchisce delle conoscenze acquisite dagli studi storici, indispensabili per il presente lavoro. La dimensione costituente della giustizia di transizione, richiede inoltre di attingere alle analisi politiche e sociologiche di contesto, al fine di valutare l'impatto di quest'ultimo sul sistema penale e viceversa.

L'intenzione di collocare il caso italiano nel più ampio insieme delle altre esperienze di giustizia di transizione viene perseguita anche mediante l'uso della comparazione, sia in senso sincronico che diacronico, cui si ricorre nell'analisi dei singoli istituti penalistici (come ad esempio il ruolo della giurisdizione penale militare, la scriminante dell'ordine del superiore) e in particolare in relazione all'istituto dell'amnistia. Si confronterà così l'esperienza italiana con l'uso di tale strumento, quale lo si è avuto all'interno di altre transizioni; ciò al fine di giungere a possibili categorizzazioni delle amnistie transizionali e a formulare una descrizione ed una valutazione del caso italiano.

In linea con le premesse metodologiche e l'oggetto dell'indagine, la ricerca, per quanto limitata, si propone di contribuire all'approfondimento dei profili giuridico-penali della transizione italiana.

Questa prospettiva rivelerà anche l'attualità di alcune questioni problematiche della giustizia di transizione, quali, ad esempio, la legittimità internazionale delle amnistie relative a gravi violazioni dei diritti umani, il tema degli obblighi punitivi o ancora la questione del ruolo delle vittime.

Quanto alla struttura, il lavoro si compone di tre capitoli.

Il primo capitolo offre una ricognizione complessiva di tutti i meccanismi che, nel loro insieme, compongono il processo di transizione.

Il secondo capitolo si concentra su un istituto in particolare: l'*amnistia Togliatti*. Tale provvedimento costituisce il primo importante momento in cui l'Italia deve affrontare la scelta fondamentale fra persecuzione e punizione penale, da un lato, e rinuncia alle stesse, dall'altro.

L'esame dell'amnistia e della sua applicazione consente il passaggio al terzo capitolo, dedicato ad una valutazione del processo complessivo della transizione italiana. Si riconsidera dunque l'esperienza italiana alla luce di parametri di valutazione della giustizia di transizione, quali il rapporto fra transizione e costruzione della democrazia, fra transizione e costruzione della memoria storica e fra transizione e vittime.

CAPITOLO I

LA GIUSTIZIA DI TRANSIZIONE IN ITALIA

1. *La giustizia di transizione: il concetto*

L'esperienza affrontata dall'Italia all'indomani della caduta del fascismo e della seconda guerra mondiale al fine di fare i conti con gravi crimini commessi nell'ambito del passato regime e nel conflitto militare, non costituisce un *unicum* italiano. La lente metodologica qui prescelta mostra, all'opposto, come le questioni affrontate ed i meccanismi adottati si inseriscano all'interno di un percorso che ha avuto luogo anche in altri Paesi, pur se svoltosi in ciascun contesto in maniera peculiare e differenziata.

L'espressione "transizione alla democrazia" è in uso a partire dagli anni '80¹ e tuttavia è solo dagli anni '90 che il termine "giustizia di transizione" è stato coniato ed utilizzato in ambito giuridico². A partire dal 2000³, la giustizia di transizione comincia ad essere considerata un vero e proprio campo disciplinare⁴, che negli anni più recenti ha incluso anche la prospettiva penalistica⁵. Il concetto di giustizia di

¹ Quantomeno dalla pubblicazione del volume G. O'DONNELL - P.C. SCHMITTER - L. WHITEHEAD, *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimore, John Hopkins University Press 1986.

² L'opera che lo introduce è elaborata all'interno di un progetto dello United States Institute of Peace (USIP), denominato appunto "Transitional Justice". Tale progetto è culminato nella pubblicazione, nel 1995, di un'opera di mappatura, coordinata da Neil J. KRITZ: N.J. KRITZ (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Washington, UN Institute of Peace Press 1995.

³ Anno di pubblicazione dell'opera di R.G. TEITEL (R.G. TEITEL, *Transitional justice*, Oxford, Oxford University Press 2000) e della fondazione dell'organizzazione non governativa denominata *International Center for Transitional Justice* (ICTJ).

⁴ Sul concetto di giustizia di transizione in prospettiva storica, per tutti J. ELSTER, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Bologna, Il Mulino 2008.

⁵ Sul concetto di giustizia di transizione in ambito giuridico: N. KRITZ, op. cit.; K. AMBOS, *The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC*, in K. AMBOS - J. LARGE - M. WIERDA (a cura di), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Berlin - Heidelberg, Springer 2009; R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, Oxford, Oxford University Press 2014; N. ROHT-ARRIAZA - J. MARIEZCURRENA (a cura di), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge, Cambridge University Press 2006; P. GREADY, *The era of transitional justice. The aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and beyond*, Abingdon - New York, Routledge 2011; L. HUYSE, *Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the*

transizione, di non unanime definizione, presuppone una nozione storico-politica di “transizione”. Tale termine non fa riferimento solo ad un cambio di regime, bensì anche ad un’attività di “chiusura dei conti” con il passato, ciò che nella storiografia tedesca viene chiamato *Vergangenheitsbewältigung*⁶. Da un punto di vista storico, la dottrina⁷ fa risalire la giustizia di transizione a due momenti avvenuti ad Atene, rispettivamente nel 411 e nel 403 a.C., in relazione al succedersi di due episodi oligarchici, ciascuno dei quali seguito da una restaurazione della democrazia. Vengono richiamate⁸ anche le due Restaurazioni della monarchia francese del 1814 e del 1815, separate dai “Cento Giorni” in cui Napoleone tornò al potere.

Tuttavia è nel XX secolo che la giustizia di transizione comincia concretamente ad operare e al tempo stesso ad essere oggetto di dibattito. Fallito il tentativo di processare il *Kaiser* Wilhelm II von Hohenzollern al termine del primo conflitto mondiale, la macchina della giustizia di transizione inizia a lavorare a partire dalla giustizia post-bellica relativa alla seconda guerra mondiale. Essa opera attraverso forme molto diverse ed in continua espansione, in virtù del fatto che essa è necessariamente plasmata dalle circostanze concrete del singolo contesto storico-politico. La giustizia di transizione infatti interviene in «momenti iper-politicizzati»⁹, in cui il diritto opera in modo diverso rispetto al solito, non sempre riuscendo a rispettare i valori tradizionalmente associati con la *rule of law*¹⁰. Le transizioni da un

Past”, in *Law & Social Inquiry*, 1995, 51 - 78; C. BELL, *The «New Law» of Transitional Justice*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *Building a Future on Peace and Justice*, cit., 105 - 126; G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, Giappichelli 2013; R. BARTOLI, “La «giustizia di transizione»: amnistia, giurisdizione, riconciliazione”, in F. PALAZZO - R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, Firenze University Press 2011, 57 - 96; per un’analisi critica della giustizia di transizione come disciplina autonoma: C. BELL, “Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the ‘Field’ or ‘Non-Field’”, in *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, 2009, 5 - 27.

⁶ Termine che spiega chiaramente il carattere giuridico e politico al tempo stesso della giustizia di transizione; una caratteristica, questa, che non può essere ignorata. Anzi, come è stato evidenziato, la scelta di porre «al centro la dimensione politico-valoriale del conflitto consente infatti di adottare una concezione - per così dire - essenziale (da essenza) ed ampia di giustizia di transizione» (cfr. R. BARTOLI, “La «giustizia di transizione»”, cit., 62).

⁷ J. ELSTER, *Chiudere i conti*, cit., 19 e ss.

⁸ *Ivi*, 47 e ss.

⁹ Cfr. R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 4.

¹⁰ *Ibidem*.

regime autoritario non si inseriscono infatti facilmente in un regime giuridico. Al contrario, secondo la dottrina¹¹, nelle transizioni verrebbero in gioco almeno quattro regimi giuridici differenti (diritto penale nazionale, diritto internazionale dei diritti umani, diritto umanitario e diritto penale internazionale). Essi possono portare a conclusioni differenti sul concetto di legalità e illegalità di certe misure, in quanto i rispettivi standard nell'attribuzione di responsabilità rispondono a logiche differenti. In questo senso la transizione è sì un fenomeno giuridico, ma anche al tempo stesso un fenomeno eccezionale, proprio in virtù del rapporto fra il perseguimento dei fini transizionali e le cornici giuridiche che interessano la giustizia di transizione come disciplina autonoma¹². La giustizia di transizione ha un ruolo «costituente» e «costruttivista»¹³, in quanto «mentre in tempi ordinari ci si aspetta che il diritto garantisca ordine e stabilità, in periodi straordinari di disordini politici, il diritto è chiamato a mantenere l'ordine e al tempo stesso a consentire una trasformazione»¹⁴. Tale forma di giustizia è dunque al tempo stesso giustizia *di* transizione, eppure anche «giustizia *nella* transizione», nonché «giustizia *in* transizione»¹⁵.

La dottrina ha elaborato una catalogazione delle diverse esperienze. La storia della giustizia di transizione viene generalmente suddivisa in tre fasi:

- 1) La prima fase coincide con la giustizia postbellica, con il ricorso agli schemi del diritto internazionale e l'insaturazione del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga e del Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente.
- 2) La seconda fase coincide con il periodo che i politologi hanno definito «la terza ondata di democratizzazione»¹⁶; essa inizia con la transizione spagnola del 1975 e, sulla spinta degli eventi del 1989 e della fine della Guerra Fredda,

¹¹ Così C. BELL, «Transitional Justice, Interdisciplinarity», cit., 20.

¹² *Ivi*, 21.

¹³ Cfr. R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 181.

¹⁴ *Ivi*, 150.

¹⁵ Cfr. R. BARTOLI, «La «giustizia di transizione», cit. 63. Aggiunge l'Autore che «la giustizia di transizione ha un obiettivo finale consistente nella convivenza pacifica e quindi nella sostanza nel reciproco rispetto dei diritti umani» (*ivi* 62).

¹⁶ Espressione di S.P. HUNTINGTON, *The Third Wave: Democratization in the Late Twenty Century*, Norman, University of Oklahoma Press 1991.

include le esperienze transizionali degli Stati latinoamericani, del Sudafrica e dell'Europa orientale. Tale fase ha visto la sperimentazione di modelli transizionali alternativi a quello di Norimberga, cioè all'uso dello strumento penale e della giustizia retributiva. Ci si riferisce in particolare alle esperienze di giustizia restaurativa o alle diverse forme di commissioni per la verità¹⁷. Si tratta di una reazione a catena, dopo anni di stasi dovuta alla Guerra Fredda. Tuttavia la svolta democratica di molti Paesi e la possibilità di processare vertici governativi e financo capi di Stato e di governo non sono in realtà dovute a un improvviso trionfo della giustizia sugli abusi della politica. Al contrario, esse paiono più conseguenza di un mutamento degli interessi geopolitici post '89 e al sopravvenuto mancato interesse delle due ex Superpotenze nell'appoggio a molti regimi dittatoriali. Ciononostante alcuni Autori sostengono che, a partire da questa seconda fase, sia finita la «vecchia era dell'impunità» e sia iniziata la «nuova era della responsabilità», una tendenza denominata (con una certa enfasi retorica) “*Justice Cascade*”¹⁸, ovvero “effetto Pinochet”¹⁹.

- 3) La terza fase ha inizio con il ventunesimo secolo e le problematiche connesse alla globalizzazione. La giustizia di transizione non è più vista come uno strumento eccezionale, bensì come una serie di meccanismi che si incaricano di affrontare problemi strutturali di stampo economico, ambientale etc., diventando così una «caratteristica duratura della liberalizzazione politica»²⁰. Ciò amplia a dismisura la nozione di giustizia di transizione, che diventa molto più sfumata, sino a poter includere «tutto ciò che una società concepisce al fine di fare i conti con l'eredità di un conflitto e/o diffuse

¹⁷ Su queste ultime si veda il fondamentale volume di P.B. HAYNER, *Unspeakable Truths. Confronting state terror and atrocity*, New York, Routledge 2001.

¹⁸ Cfr. K. SIKKINK, *The Age of Accountability. The Global Rise of Individual Criminal Accountability*, in F. LESSA - L.A. PAYNE (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability. Comparative and International Perspectives*, New York, Cambridge University Press 2012, 19 - 41, 19. Ivi anche per le due espressioni precedentemente menzionate. Si veda inoltre K. SIKKINK, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, New York, W.W. Norton 2011.

¹⁹ Cfr. N. ROHT-ARRIAZA, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press 2005.

²⁰ Cfr. R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 111.

violazioni dei diritti umani, da modifiche nel Codice penale... sino a misure di contrasto alle iniquità distributive»²¹. La fase presente costituisce dunque un'evoluzione della *Justice Cascade*, che avrebbe dato inizio ad una vera e propria “era della giustizia di transizione”²². In questa nuova era, un Autore²³ individua tre caratteristiche della giustizia di transizione:

- a) giustizia di transizione come industria: la caratteristica è il proliferare di linee guida e criteri valutativi (sia nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite che nella dottrina), di attività accademiche specifiche, del ruolo sempre maggiore di organizzazioni non governative statunitensi o europee²⁴, appoggiate a partner locali e regionali, nonché di una rilevante rivista accademica quale l'*International Journal of Transitional Justice*. Tutto ciò, secondo l'Autore, farebbe sorgere il dubbio che la giustizia di transizione oggi sia guidata da una comunità scientifica, più che da movimenti sociali locali o da gruppi di vittime e sopravvissuti;
- b) giustizia di transizione caratterizzata da un cambio nel proprio *ethos*: da alternativa (scelta di uno strumento piuttosto che un altro, ad esempio commissioni per la verità al posto di processi) a strumento complementare, legato a scelte strategiche di intervento e criteri di priorità e/o indivisibilità. Ciò è evidente soprattutto nei nuovi approcci olistici alla materia. Essi sostengono infatti che la giustizia di transizione non include solo strumenti di persecuzione penale, divulgazione della verità, riparazione e riforme istituzionali, come nella seconda fase. Al contrario oggi comprende anche pratiche commemorative, riforme scolastiche, iniziative di riconciliazione e molto altro. Lo stesso dibattito tradizionale sul *trade-off* fra pace e giustizia, si ritiene oggi superato mediante nuove concezioni di

²¹ Cfr. N. ROHT-ARRIAZA, *Chapter 1*, in N. ROHT-ARRIAZA - J. MARIEZCURRENA (a cura di), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, cit., 2.

²² Cfr. P. GREASY, *The era of transitional justice*, cit.

²³ *Ivi*, 5.

²⁴ Si segnalano in particolare negli Stati Uniti, oltre ai già menzionati ICTJ e USIP, lo Human Rights Center dell'Università di Berkley e l'American Association for the Advancement of Science (AAAS).

entrambi in concetti. Da un lato vi è una visione della giustizia che comprenda anche misure stragiudiziali e che sia contemporaneamente *backward-looking* e *forward-looking*, includendo forme di riparazione, riforme del settore giudiziario, smobilitazione e integrazione dei combattenti, giustizia indigena²⁵. Dall'altro si distingue fra una fase di pace negativa (dove la priorità è la cessazione della violenza) e una successiva di pace positiva (intesa come analisi collettiva delle cause della violenza). Tali approcci suggeriscono quindi la necessaria coesistenza di processi e commissioni per la verità²⁶. Modelli olistici come il “modello ecologico di ricostruzione sociale”²⁷, ampliano ulteriormente lo spettro d'intervento, includendo educazione alla democrazia, sviluppo economico; tutto ciò nel quadro di un processo sociale e politico che comprende sia meccanismi ufficiali *top-down*, che iniziative locali e spontanee di interrelazione;

c) giustizia di transizione come caso di studio delle ambiguità della globalizzazione contemporanea: nel senso che la giustizia di transizione e le commissioni per la verità sarebbero un fattore che caratterizza la globalizzazione politica, una parte inevitabile delle richieste e delle risposte internazionali al seguito di un conflitto o di un regime dittatoriale. Secondo l'Autore, una spiegazione al fatto che diversi processi transizionali si bloccano dopo il loro avvio, sarebbe data dal fatto che la giustizia di transizione costituisce oggi la coscienza della globalizzazione transnazionale, senza tuttavia essere in grado di mettere in discussione le caratteristiche essenziali di quest'ultima).

²⁵ In questo senso P.B. HAYNER, *Negotiating Justice: Guidance for Mediators*, Ginevra, Centre for Humanitarian Dialogue and The International Center For Transitional Justice, 2009.

²⁶ 2009In questo senso N. ROHT-ARRIAZA - J. MARIEZCURRENA (a cura di), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, cit.

²⁷ L. FLETCHER - H. WEINSTEIN, “Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation”, in *Human Rights Quarterly*, 2002, 573 - 639.

La giustizia di transizione come categoria gode oggi di grande centralità e riconoscimento²⁸. Manca tuttavia un accordo sulla sua definizione. Da una lato è possibile rinvenire una concezione ampia, che vede la giustizia di transizione come «la concezione di giustizia associata a periodi di mutamento politico, caratterizzata da risposte legali al fine di confrontarsi con le violazioni di un precedente regime repressivo»²⁹. La stessa Autrice di tale definizione afferma: «le transizioni seguono spesso la guerra, ma a volte avvengono in altri modi. Ogni qual volta una *policy* di processi successivi basi la responsabilità penale su uno status politico, tali processi estendono la logica dell’analogia dei crimini di guerra ad una dittatura o a altre forme di governo repressivo»³⁰. Il Rapporto del Segretario generale delle Nazioni Unite la definisce come «l’intera gamma di processi e meccanismi associati con i tentativi di una società di fare i conti con un’eredità di passati abusi su larga scala, al fine di assicurare le responsabilità, servire la giustizia ed ottenere riconciliazione. Essi possono includere meccanismi giudiziari o extragiudiziali, con differenti livelli di coinvolgimento internazionale (o nessuno) e persecuzione individuale, riparazioni, ricerca delle verità, riforme istituzionali, indagini ed epurazioni o una combinazione degli stessi»³¹. Si contrappongono concezioni che la limitano solo ai casi di giustizia post-conflitto (che tuttavia non spiegano ipotesi di transizione negoziata o di collasso dell’entità statale), ovvero che la estendono anche ai casi di conflitto in corso³². Concezioni più risalenti la limitano ai soli casi di ricorso allo strumento della giustizia retributiva, nella fattispecie dello strumento penale, nazionale o internazionale.

Sono stati elaborati dei requisiti minimi per descrivere la giustizia di transizione. Un Autore distingue tre modelli di superamento del passato: il “colpo di spugna”, il “modello della persecuzione penale” e il “modello della

²⁸ Si veda, ad esempio, il rapporto ONU, Segretario generale, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary General*, 23 agosto 2004, aggiornato nel 2011.

²⁹ Cfr. R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 49.

³⁰ *Ivi*, 37.

³¹ Cfr. ONU, Segretario generale, *The rule of law and transitional justice*, cit., 8.

³² In questo senso K. AMBOS, *The legal framework*, cit., 19.

riconciliazione”³³. Quanto alla tipologia di strumenti utilizzati, altro Autore³⁴ sintetizza al massimo le differenti esperienze pratiche e le varie posizioni dottrinali, raggruppando gli strumenti più importanti, cui la giustizia di transizione può far ricorso, in quattro macrocategorie:

- 1) Strumenti di garanzia del diritto delle vittime e della società di conoscere la verità su quanto accaduto rispetto alla responsabilità penale di tutti i soggetti coinvolti in atti di violenza (commissioni per la verità e altri meccanismi di conservazione e diffusione delle informazioni sulle violazioni dei diritti fondamentali);
- 2) Strumenti di garanzia del diritto delle vittime a far ricorso effettivo a tutti i meccanismi che la giustizia penale mette a disposizione (investigazione penale, tribunali domestici o, ove essi non siano ancora in grado di funzionare, tribunali internazionali, misti o di paesi terzi che offrano adeguate garanzie di imparzialità);
- 3) Strumenti di implementazione del diritto delle vittime di ottenere il pieno risarcimento come rimedio per le offese patite (compensazioni finanziarie, riabilitazione psico-fisica delle vittime, garanzie di reinserimento sociale);
- 4) Strumenti d’implementazione dell’obbligo statale di prevenire la ripetizione dell’accaduto (sanzioni amministrative, esclusione di soggetti coinvolti nelle violazioni dei diritti umani, riforma degli apparati statali parimenti coinvolti, *vetting-mechanisms*).

2. *Sul superamento del “passato”*

Alla caduta del regime fascista seguono, com’è noto, due anni che segnano una netta evoluzione nella partecipazione dell’Italia al conflitto mondiale. In tale periodo si ha infatti l’occupazione tedesca di una parte del Paese, l’insorgere di una guerra civile, lo sbarco e l’occupazione degli Alleati. Alla Liberazione segue un

³³ Cfr. J. ARNOLD, *Einführungsvortrag: Modelle strafrechtlicher Reaktion auf Systemunrecht*, in A. ESER - J. ARNOLD (a cura di), *Strafrecht in reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Band 1, Freiburg, Iuscrim 2000, 11 - 18.

³⁴ P. SULLO, *Una truth commission senza verità? L’Instance Equité et Réconciliation nella transizione marocchina*, in M. MECCARELLI - P. PALCHETTI - C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell’individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid 2010, 157 - 201, 180.

percorso che portò al referendum sulla forma di Stato del 2 e 3 giugno 1946, all'Assemblea Costituente e all'approvazione della Costituzione della Repubblica Italiana, entrata in vigore il 1° gennaio 1948. Già molto prima di tale data, a guerra ancora in corso, quando la transizione politica ad un regime democratico su tutto il territorio nazionale non era ancora né completata, né scontata, l'Italia è chiamata ad iniziare un percorso di giustizia di transizione.

Un primo quesito, relativo a ciò che abbiamo denominato “fare i conti con il passato”, consiste nel capire quale sia il “passato” in parola.

Nel caso italiano, vi è innanzitutto un conflitto armato, che, al momento della caduta del fascismo, è ancora in corso. L'Italia ha fatto infatti il suo ingresso nella seconda guerra mondiale il 10 giugno 1940, ma dall'8 settembre 1943 tale guerra conosce un'evoluzione, con l'occupazione tedesca e la guerra civile, che in alcuni momenti sembra poter diventare anche guerra di classe³⁵, una guerra in cui gli italiani sono autori e vittime di crimini qualificabili come internazionali. Se invece si considera come “passato” con cui fare i conti anche l'instaurazione di un regime totalitario e antidemocratico ed i crimini commessi sotto la sua vigenza, si può retrodatare lo spettro dell'analisi fino alla Marcia su Roma del 28 ottobre 1922³⁶. Giova qui rammentare che il Partito Nazionale Fascista (PNF) ha governato l'Italia da tale data sino al 1943, stringendo importanti alleanze con la monarchia, le forze armate e la Chiesa e potendo contare, già nel 1939, ben 3.400.000 iscritti, su una popolazione complessiva di circa 45 milioni³⁷.

Non si ripercorre in questa sede la storia del c.d. *Ventennio*; ci si limita a richiamare alcuni eventi rilevanti ai fini dell'analisi dell'esperienza transizionale italiana.

³⁵ H. WOLLER afferma: «tra il 1944 e il 1945, in effetti, a nord di Roma si combatterono, per così dire, tre guerre: la seconda guerra mondiale, una sanguinosa guerra civile tra fascisti ed antifascisti e una guerra di classe di proletari, piccoli contadini e braccianti contro il ceto agrario e borghese». Cfr. H. WOLLER, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, Bologna, Il Mulino 1997, 231.

³⁶ Ci si riferisce alla nota manifestazione armata organizzata dal Partito Nazionale Fascista consistente in una marcia armata sulla capitale, al fine di rivendicare dal Re Vittorio Emanuele III di Savoia la guida politica dell'Italia. Il 30 ottobre il Re cede e conferisce a Benito Mussolini l'incarico di formare un governo. Pur essendo giunto al potere con un golpe, il fascismo diventa tuttavia un regime dittatoriale solamente il 3 gennaio 1925; in tale data, coincidente con il discorso di Mussolini alla Camera dei deputati in relazione al delitto Matteotti, si ritiene infatti convenzionalmente costituito il fascismo come regime autoritario.

³⁷ *Ibidem*.

Quanto alla formazione di quello che sarà denominato Asse Berlino-Roma-Tokyo³⁸, esso vede le sue basi nel Patto anti-Comintern del 25 novembre 1936, stipulato fra Germania e Giappone, seguito poi dal Patto d'Acciaio fra Germania e Italia del 22 maggio 1939 e suggellato infine dal Patto Tripartito il 17 settembre 1940. L'adozione in Italia della c.d. legislazione razziale³⁹, che ha interessato principalmente la popolazione ebraica, ha luogo a partire dal 1938, annunciata da Mussolini a Trieste il 18 settembre, in anticipo di qualche giorno rispetto all'adozione di leggi analoghe nel Terzo Reich. E' tuttavia solo in seguito all'occupazione tedesca che gli ebrei italiani vengono deportati nei campi di concentramento da parte dei nazisti, ma con l'aiuto fondamentale⁴⁰ degli italiani

³⁸ Fra le molte opere storiografiche al riguardo, F. W. DEAKIN, *La brutale amicizia. Mussolini, Hitler e la caduta del fascismo italiano*, Torino, Einaudi 1990.

³⁹ Tale legislazione ha subito l'influsso del *Manifesto degli scienziati razzisti*, pubblicato per la prima volta il 15 luglio 1938 sul *Giornale d'Italia*. Nella dizione "leggi razziali" sono normalmente ricompresi i seguenti provvedimenti: r.d.l. 5 settembre 1938, n. 1390 (Provvedimenti per la difesa della razza nella scuola) r.d.l. 7 settembre 1938, n. 1381 (Provvedimenti nei confronti degli ebrei stranieri), r.d.l. 23 settembre 1938, n. 1630 (Istituzione di scuole elementari per fanciulli di razza ebraica), *Dichiarazione sulla razza*, votata da Gran Consiglio del Fascismo il 6 ottobre 1938, r.d.l. 15 novembre 1938, n. 1779 (Integrazione e coordinamento in testo unico delle norme già emanate per la difesa della razza nella scuola italiana), r.d.l. 17 novembre 1938, n. 1728 (Provvedimenti per la razza italiana), r.d.l. 29 giugno 1939, n. 1054 (Disciplina dell'esercizio delle professioni da parte dei cittadini di razza ebraica), Legge 13 luglio 1939-XVII, n. 1055 (Disposizioni in materia testamentaria nonché sulla disciplina dei cognomi, nei confronti degli appartenenti alla razza ebraica), modificata poi dalla Legge 28 settembre 1940-XVIII, n. 1459. Sull'uso dello strumento processuale per perseguire i fini razziali antisemiti ed in generale sull'impatto delle leggi razziali sull'ordinamento giuridico italiano, G. SPECIALE, *La giustizia della razza. I tribunali e l'art. 26 del r.d. 1728 del 17 novembre 1938*, in L. LACCHÈ (a cura di), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, Donzelli 2015, 249 - 279.

⁴⁰ La Repubblica Sociale Italiana (RSI) ripristina le norme antiebraiche abrogate dopo la destituzione di Mussolini e con l'ordinanza di polizia n. 5 diffusa il 30 novembre 1943 dispone: «1. Tutti gli ebrei, anche se discriminati, a qualunque nazionalità appartengano, e comunque residenti nel territorio nazionale, debbono essere inviati in appositi campi di concentramento. Tutti i loro beni, mobili e immobili, debbono essere sottoposti ad immediato sequestro, in attesa di essere confiscati nell'interesse della Repubblica Sociale Italiana, la quale li destinerà a beneficio degli indigenti sinistrati dalle incursioni aeree nemiche. 2. Tutti coloro che, nati da matrimonio misto, ebbero, in applicazione delle leggi razziali vigenti, il riconoscimento di appartenenza alla razza ariana, debbono essere sottoposti a speciale vigilanza di polizia. Siano per intanto concentrati gli ebrei in campi di concentramento provinciali in attesa di essere riuniti in campi di concentramento appositamente attrezzati». Con riferimento al sequestro dei beni, seguono il Decreto Legislativo del Duce 4 gennaio 1944, n. 2 (*Nuove disposizioni concernenti i beni posseduti dai cittadini di razza ebraica*), ampliato da un'Ordinanza di polizia del 28 gennaio 1944. Segue l'allestimento del campo di polizia di internamento e transito di Fossoli, dove vengono raccolti gli ebrei provenienti dai campi di concentramento provinciali e che funge da punto di partenza per i campi di sterminio nazisti. In generale, per un'analisi della violenza nella RSI, T. ROVATTI, *Leoni vegetariani. La violenza fascista*

della Repubblica Sociale Italiana, soprattutto nella fase della delazione, dell'arresto e della consegna ai militari nazisti⁴¹.

Al di fuori dell'alleanza con il Terzo Reich e precedentemente all'inizio della seconda guerra mondiale, l'Italia fascista è impegnata in diverse operazioni militari di conquista, iniziate con un inasprimento quantitativo e qualitativo dell'impegno militare in Somalia a partire dal 1923 al 1927 (quadrumvirato di Cesare Maria De Vecchi) e con la riconquista della Libia sotto il governatorato del maresciallo Pietro Badoglio (1928 - 1934) ed il comando generale di Rodolfo Graziani. In tale periodo viene realizzata l'operazione di deportazione forzata della popolazione della Cirenaica in campi di concentramento. L'impegno coloniale continua con la Guerra d'Etiopia (o Guerra d'Abissinia) del 1935, segnata dalla devastazione di interi villaggi, razzie e dall'utilizzo documentato (e ammesso solo nel 1996) di gas tossici, vietati dalla Convenzione di Ginevra⁴². Anche a guerra finita, diversi crimini vengono commessi durante il vicereame di Graziani (1936-1937), in particolare il massacro seguito all'attentato al viceré nel 1937⁴³ e le centinaia di esecuzioni

durante la RSI, Bologna, Clueb 2011; nello specifico sul ruolo della RSI nella deportazione degli ebrei e per ulteriori rimandi bibliografici, *ivi*, 38 - 41.

⁴¹ Una ricerca del 2015 ha inoltre indicato un ruolo fondamentale degli italiani nella delazione anche con riferimento al rastrellamento del ghetto ebraico di Roma da parte delle SS nel 1943. Si veda G. ISMAN, "Shoah, la lista nera dei delatori italiani: "Così consegnarono gli ebrei ai nazisti"", in *Repubblica*, 02 giugno 2015, disponibile al seguente link: http://www.repubblica.it/cronaca/2015/06/02/news/Shoah_la_lista_nera_dei_delatori_italiani_cosi_consegnarono_gli_ebrei_ai_nazisti_-115849858/.

⁴² Si veda A. DEL BOCA, *Italiani brava gente?*, Milano, Neri Pozza 2005, 193 - 198; *ivi* anche con riferimento alla Libia; A. DEL BOCA, *I gas di Mussolini. Il fascismo e la guerra d'Etiopia*, Roma, Editori Riuniti 1996. Il governo italiano ammise l'uso di iprite e arsine, su ordine diretto di Mussolini, solamente il 07 febbraio 1996 per bocca del Ministro della Difesa, generale Domenico Corcione, in sede di interrogazione parlamentare. Sul tentativo di qualificazione giuridica del colonialismo italiano nelle categorie dogmatiche dei crimini internazionali, N. LABANCA, *Dominio e repressione. I crimini di guerra nelle colonie italiane*, in L. BALDISSARA - P. PEZZINO (a cura di), *Crimini e memorie di guerra*, Napoli, L'Anchoredel Mediterraneo 2004, 260 - 270. A questo proposito è stata da alcuni utilizzata anche l'espressione «guerra genocidiaria di Etiopia» [cfr. S. BERGER, *Remembering the Second World War in Western Europe 1945 - 2005*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford - New York, Bergahn 2010, 119 - 136, 131].

⁴³ Secondo i giornali stranieri, la rappresaglia italiana del 19 febbraio 1937 avrebbe causato la morte di un numero di etiopi fra i 1.400 e i 6.000 morti; nel memorandum presentato dall'Etiopia al Consiglio dei ministri degli Esteri delle potenze vincitrici, riunito a Londra, il numero sale a 30.000. Si veda A. DEL BOCA, *Italiani brava gente?*, cit., 214.

sommarie successive, incluso l'eccidio di Debrà Libanos⁴⁴. Ancora, prima dell'ingresso nella seconda guerra mondiale, il governo fascista interviene militarmente nella Guerra di Spagna, in particolare decidendo autonomamente (senza comunicazione al generalissimo Franco) il bombardamento "punitivo" di Barcellona del 1938, che mira solo ad obiettivi civili e causa centinaia di morti⁴⁵. A una settimana dalla conclusione della Guerra di Spagna, il 7 aprile 1939 l'Italia invade militarmente l'Albania con la fondazione, il 12 aprile, dello stato fantoccio denominato Protettorato italiano del Regno d'Albania e poi l'assunzione del trono d'Albania, il 16 aprile, da parte del sovrano italiano, Vittorio Emanuele III.

In seguito alla dichiarazione di guerra del 1940, l'Italia è impegnata anche nella c.d. *Guerra parallela* a quella nazista, che interessa in particolare l'invasione della Jugoslavia, la Campagna di Grecia e l'occupazione dell'Albania. Fra i molti crimini commessi dagli italiani nei due anni di presenza nei Balcani, si segnala in particolare l'operazione di bonifica etnica della Slovenia⁴⁶.

⁴⁴ Rappresaglia sul monastero copto di Debrà Libanos; ricerche inglesi eseguite negli anni '90 stimano il numero dei religiosi uccisi fra i 1.423 e i 2.033. *Ibidem*, 221.

⁴⁵ Sul tema, *infra*, Cap. I, § 4.1.

⁴⁶ Ricerche slovene affermano che nella sola provincia di Lubiana, su una popolazione di circa 336.000 abitanti, vi sarebbero stati 12.807 fra partigiani e civili uccisi (numero comprensivo di circa 7.000 decessi nei campi di concentramento) e circa 35.000 deportati in campi di concentramento costruiti dagli italiani in Dalmazia e Italia (nonostante inizialmente il governo di Tito avesse stimato che gli internati della sola provincia di Lubiana fossero 67.230). Cfr. A. DEL BOCA, *Italiani brava gente?*, cit., 230 e ss. Nel 1993 è stata istituita una Commissione mista italo-slovena composta da quattordici storici, la quale ha presentato il proprio rapporto nel 2000. In tale relazione, sempre con riferimento alla sola provincia di Lubiana, si legge: «Migliaia furono i morti, fra caduti in combattimento, condannati a morte, ostaggi fucilati e civili uccisi. I deportati furono approssimativamente 30 mila, per lo più civili, donne e bambini, e molti morirono di stenti. Furono concepiti pure disegni di deportazione in massa degli sloveni residenti nella provincia». Cfr. Commissione storico-culturale italo-slovena, *Relazioni italo-slovene 1880-1956. Relazione della Commissione storico-culturale italo-slovena*, Lubiana, Nova Revija 2004, 85 e ss. I dati relativi alla provincia di Lubiana sono gli unici a disposizione. FOCARDI, richiamando le indagini di Michael PALUMBO e Brunello MANTELLI basate sulle denunce effettuate alla Commissione per i crimini di guerra delle Nazioni Unite, indica la cifra di 250.000 vittime dell'occupazione italiana in Jugoslavia e 100.000 in Grecia. Aggiunge tuttavia l'Autore che è «assai arduo, se non impossibile» un calcolo verosimile in relazione alla Jugoslavia; afferma inoltre che non esiste «nessuna stima delle vittime dell'occupazione italiana [...] per l'Unione Sovietica e l'Albania, su cui comunque disponiamo di ricerche che confermano in entrambi i paesi le responsabilità italiane per la repressione violenta del movimento partigiano con azioni di rappresaglia contro i civili (nonché il coinvolgimento italiano nella persecuzione degli ebrei in Russia)» Cfr. F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il buon italiano*, Bari, Laterza 2014, 132-133. La giurista VON LINGEN afferma: «in Jugoslavia, fino a 200.000 persone sono state uccise, in Grecia l'occupazione italiana è costata 100.000 vite e l'occupazione nell'Africa settentrionale ha portato a 60.000 vittime, uccise in una serie di massacri di civili o durante

Il regime fascista giunge al termine il 25 luglio 1943, quando il Gran Consiglio del Fascismo vota l'estromissione di Benito Mussolini dal governo ed il Re, Vittorio Emanuele III di Savoia, ne ordina l'arresto e affida il governo al Maresciallo d'Italia, Pietro Badoglio. Ciò tuttavia non influisce sulla posizione dell'Italia nel conflitto mondiale in corso. Segue a breve lo scioglimento del Partito Nazionale Fascista. La data dirimente per la storia d'Italia, ma anche per la giustizia di transizione, è quella dell'8 settembre 1943, nota per l'annuncio, via radio, dell'Armistizio di Cassibile (meglio conosciuto come *Armistizio Badoglio* o come *Armistizio breve*), stipulato il 3 settembre precedente, fra il Regno d'Italia e gli Alleati. Il 29 settembre successivo vi è la stipula delle Condizioni aggiuntive di armistizio con l'Italia (note anche come Armistizio di Malta o *Armistizio lungo*), in cui si definiscono le condizioni della resa, fra le quali la consegna agli Alleati di Mussolini, dei «suoi principali associati fascisti e [di] tutte le persone sospettate di aver commesso delitti di guerra o reati analoghi, i cui nomi si trovino sugli elenchi che verranno comunicati dalle Nazioni Unite» (art. 29). Dal punto di vista delle potenze dell'Asse, l'Italia passa da Paese alleato a Paese traditore. Quanto al rapporto con gli Alleati, il Re Vittorio Emanuele III riesce ad ottenere dal Presidente statunitense Roosevelt, grazie alla mediazione del generale Eisenhower, che all'Italia sia assegnato il neo-coniato status di Paese *cobelligerante*⁴⁷. Viene però posta la condizione che l'Italia dichiari guerra al Terzo Reich, cosa che effettivamente fa il 13 ottobre. Lo status di cobelligeranza costituirà un tratto cardinale per tutto il percorso transizionale successivo, che vedrà una separazione netta delle sorti dei criminali di guerra italiani da quelli degli altri due paesi dell'Asse.

esperimenti con il gas da parte dell'esercito fascista, un'azione che costituisce certamente un crimine di guerra». K. VON LINGEN, *Nuremberg, Rome, Tokyo: The Impact of Allied War Crimes Trials on Post-War Memory and Identity in Germany, Italy and Japan after 1945*, Salford, European Studies Research Institute (ESRI) Press 2009, 12. Nelle condotte dei militari italiani si rinviene «ricorso sistematico alla tortura contro gli oppositori, rappresaglie con saccheggi e incendi di villaggi, prelevamento e soppressione di ostaggi, deportazioni di massa di popolazione civile, bombardamenti di centri abitati con l'uccisione anche di donne e bambini. Pur non macchiandosi dei crimini terribili commessi in quei territori dall'alleato germanico contro gli ebrei e i rom, le autorità civili e militari italiane avevano predisposto un sistema di ordini per la lotta contro i partigiani analogo a quello sperimentato dai tedeschi». F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il buon italiano*, cit., 107. Sulla Slovenia si veda anche H.J. BURGWIN, *Le divergenze tra i "professionisti" della controguerriglia italiana in Slovenia e Dalmazia*, in L. BALDISSARA - P. PEZZINO (a cura di), *Crimini e memorie di guerra*, cit., 247 - 259; sulla Grecia L. SANTARELLI, *La violenza taciuta. I crimini degli italiani nella Grecia occupata*, *ivi*, 271 - 291.

⁴⁷ H. WOLLER, *op. cit.*, 73.

In seguito agli eventi dell'8 settembre e alla fuga del Re e di Badoglio, viene costituito a Brindisi il c.d. Regno del Sud, che in realtà mantiene la struttura costituzionale del Regno d'Italia. Il Paese, come noto, si trova diviso in tre zone, sottomesse a diversi regimi politici⁴⁸: il Sud occupato dagli Alleati e formalmente sotto la sovranità monarchica per una ristretta porzione del suo territorio; il Centro sotto il controllo militare tedesco (almeno sino all'estate del 1944), con una certa presenza della repubblica fascista; il Nord governato formalmente dalla Repubblica Sociale Italiana (RSI). Trattasi di uno Stato fantoccio⁴⁹, dominato economicamente e militarmente dai tedeschi. Il Nord è al tempo stesso teatro della lotta da parte della Resistenza contro i tedeschi e contro i fascisti.

Se lo status di *cobelligerante* riflette la natura ambigua dell'Italia, ancor più sfaccettata è l'identità degli italiani, che diventa duplice o meglio triplice. In primo luogo vi sono i c.d. repubblicchini (gli italiani della RSI che combattono al fianco del tedesco invasore, ma in diverse occasioni con atti di violenza autonomi)⁵⁰. In

⁴⁸ Così F. CHABOD, *L'Italia contemporanea 1918-1948*, Torino, Einaudi 1961, 117, citato in M. BATTINI, *La mancata Norimberga italiana*, Bari, Laterza 2003, 20.

⁴⁹ Il termine è stato coniato dallo stesso Mussolini nel promemoria sui rapporti italo-tedeschi dell'8 ottobre 1943; si veda M. FRANZINELLI, *Le stragi nascoste. L'armadio della vergogna: impunità e rimozione dei crimini di guerra nazifascisti 1943-2001*, Milano, Mondadori 2002, 70.

⁵⁰ «La violenza fascista assume modalità d'espressione tipiche della guerra civile, oltrepassando anche sotto l'aspetto formale ogni limite di legittimità. All'interno dello scontro armato fra connazionali il coinvolgimento indiscriminato degli inermi, l'uccisione sommaria di donne, la rappresaglia su ostaggi estranei ai fatti, l'uso della tortura, le ritorsioni sui congiunti e le azioni esplicitamente finalizzate alla vendetta acquisiscono a partire dagli ultimi mesi del 1944 il carattere di pratiche dominanti» Cfr. T. ROVATTI, *Leoni vegetariani*, cit., 101. La stessa Autrice indica come un tentativo di legittimazione a posteriori delle azioni intraprese dalle forze dell'ordine della RSI ai danni della popolazione civile sia rappresentato dall'attività svolta dagli organismi giudiziari speciali, spesso consistente nella messa in scena di un «simulacro di processo - per quanto privo di qualsiasi base legale», una «“teatralizzazione” di un iter processuale che adombri di un seppur vago senso di legittimità il proprio sanguinario contegno» (*Ivi*, 121). Nella stessa opera si indica come la violenza della RSI presenti spesso natura autonoma rispetto a quella nazista. «Esiste, infatti, un piano di valutazione sulla governabilità del territorio e sul controllo dell'ordine pubblico disgiunto fra le due istanze politiche alleate, che suggerisce all'una di agire con maggior recrudescenza proprio quando per l'altra appare maggiormente opportuno preservare l'ordine e la calma [...] la volontà dei combattenti fascisti di eguagliare gli alleati sul piano repressivo e di apparire degni del loro rispetto militare concorrendo con loro su questo piano d'azione si esprime, inoltre, sia attraverso una violenza fascista gestita in forma autonoma, soprattutto in occasione d'operazioni di rastrellamento e all'interno dei luoghi di detenzione e di tortura sorti nei maggiori centri urbani; sia attraverso una violenza agita agli ordini diretti del comando dei tedeschi, in cui il ruolo ricoperto dai combattenti fascisti solo in apparenza appare limitato all'esecuzione materiale d'ordini impartiti da altri» (*Ibidem*, 123-124). Ciò si concretizza non solo nel coinvolgimento essenziale di fascisti in alcune stragi naziste (Monchio, Susano, Costrignano, Tovacci), ma anche in un surplus d'efferatezza contro i civili non riconducibile

secondo luogo la Resistenza, il cui ruolo è essenziale per la liberazione del Paese dall'occupazione nazista. Infine vi è una parte maggioritaria della popolazione civile, che subisce da un lato i bombardamenti degli Alleati⁵¹, dall'altro è vittima dei molti noti eccidi nazisti, da Marzabotto a Sant'Anna di Stazzema, diretti proprio contro la popolazione civile⁵².

3. *La persecuzione dei delitti fascisti commessi in Italia da italiani*

Il Patto Tripartito del 1940 ha suggellato la nascita dell'Asse Berlino-Roma-Tokyo. È noto come per le due potenze dell'Asse sconfitte, Germania e Giappone, si sia inaugurata la cosiddetta prima fase della giustizia di transizione (con i processi di Norimberga e Tokyo), che segna un momento di cesura per il diritto penale

al quadro di una guerra ideologica sovranazionale, bensì al conflitto simultaneamente in atto fra appartenenti alla stessa patria (così *ibidem*, 130). Secondo la ricostruzione fornita dalla stessa Autrice, la violenza della RSI assume diverse forme: dalle esecuzioni con processo alle rappresaglie, dalle esecuzioni sommarie ai massacri veri e propri (anche come esecutori materiali di ordini tedeschi), dalle torture alle delazioni (*Ibidem*, 139 - 154). Sul tema anche D. GAGLIANI, *Violenze di guerra e violenze politiche. Forme e culture della violenza nella Repubblica Sociale Italiana*, in L. BALDISSARA - P. PEZZINO (a cura di), *Crimini e memorie di guerra*, cit., 292 - 314. Sul compimento dei crimini della RSI attraverso lo strumento dei processi penali, T. ROVATTI, *I tribunali speciali della Repubblica sociale italiana*, in L. LACCHÈ (a cura di), *Il diritto del Duce*, cit., 280 - 298.

⁵¹ Sull'impatto dei bombardamenti, L. PAGGI, *Il popolo dei morti*, Bologna, Il Mulino 2009. Sulla questione della criminalità del bombardamento alleato di Roma "città aperta", in violazione dell'Art. 25 dell'Allegato alla Convenzione dell'Aia del 1907 («È vietato di attaccare o di bombardare, con qualsiasi mezzo, città, villaggi, abitazioni o edifici che non siano difesi»), U. GENTILONI SILVERI - M. CARLI, *Bombardare Roma. Gli Alleati e la "città aperta" (1940 - 1944)*, Bologna, Il Mulino 2007, in particolare 187 - 202.

⁵² Una ricostruzione completa e dettagliata degli eccidi è offerta da C. GENTILE, *I crimini di guerra tedeschi in Italia 1943-1945*, Torino, Einaudi, 2015. Nel 2016 è stato creato l'Atlante delle stragi naziste e fasciste in Italia, disponibile al sito www.straginazifasciste.it. Esso consegue all'attività della Commissione storica congiunta, istituita nel 2009 dal governo italiano e da quello della Repubblica Federale di Germania (cfr. *infra*, Cap. I, § 6.2.6). Tale Commissione (composta da 5 membri tedeschi e 5 membri italiani) aveva il mandato di elaborare un'analisi critica della storia e dell'esperienza comune durante la seconda guerra mondiale. A seguito delle raccomandazioni avanzate dalla Commissione nel dicembre 2012, a conclusione dei suoi lavori, il Governo della Repubblica Federale Tedesca si è impegnato a finanziare una serie di iniziative per la valorizzazione della memoria italo-germanica relativa al secondo conflitto mondiale, con l'istituzione presso il Ministero federale degli affari esteri di un Fondo italo-tedesco per il futuro. Fra tali iniziative vi è una ricerca scientifica, che ha portato a definire un quadro completo degli episodi di violenza contro i civili commessi dall'esercito tedesco e dai suoi alleati fascisti in Italia tra il 1943 e il 1945. Ne è conseguita l'elaborazione dell'Atlante delle stragi naziste e fasciste. Esso si compone di una banca dati e dei materiali di corredo (documentari, iconografici, video) correlati agli episodi censiti.

internazionale. Dopo l'annuncio della Società delle Nazioni, il 7 ottobre 1942, di istituire una commissione per investigare sui crimini di guerra nazisti, con la Dichiarazione di Mosca del 30 ottobre 1943 gli Alleati stabiliscono che i criminali tedeschi devono essere giudicati nei Paesi liberati in cui i crimini sono stati commessi, mentre i «*major criminals, whose offences have no particular geographical localization*» debbono essere puniti «*by the joint decisions of the Governments of the Allies*». Sulla base di tale ultima disposizione, il Patto di Londra del 1945 istituisce il Tribunale Militare di Norimberga, mentre con un atto di imperio unilaterale del Generale MacArthur, Comandante Supremo delle Potenze Alleate in Giappone, viene istituito il Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente (noto anche come Tribunale di Tokyo).

La *cobelligeranza* e gli eventi successivi all'8 settembre 1943, pongono invece l'Italia in una posizione diversa rispetto ai due ex alleati. Da un lato la *United Nations War Crimes Commission*⁵³ è competente a conoscere dei crimini commessi dalle truppe italiane (cosa che impedisce all'Italia di partecipare alle istruttorie), dall'altro essa istituisce un'apposita sottocommissione in relazione ai crimini compiuti dai tedeschi ai danni della popolazione italiana. La stessa Dichiarazione di Mosca contiene una specifica dichiarazione sull'Italia, in cui si condanna il fascismo, si incentiva la liberazione democratica da parte dello stesso popolo italiano e si chiede l'arresto e il processo dei noti o sospetti fascisti⁵⁴.

L'8 settembre 1943 è dunque un momento cardine, che orienta il percorso della giustizia di transizione italiana. Ciò non solo con riferimento alla giustizia

⁵³ Tale Commissione era formata da membri di tutte le potenze alleate, ad eccezione dell'Unione Sovietica. Ciò a causa del rifiuto di Stati Uniti e Regno Unito di inserire anche rappresentanti di sette repubbliche baltiche sovietiche (Ucraina, Estonia, Bielorussia, Moldavia, Lituania e Repubblica Carelo-Finlandese), su cui l'Unione Sovietica esercitava la propria sovranità in virtù della spartizione delle aree di influenza sancita con il Terzo Reich nel patto Molotov-Ribbentrop del 1939. Le funzioni della Commissione erano prevalentemente di natura istruttoria e consultiva, nell'ottica di un'eventuale fase successiva di giudizio e di esecuzione della pena che, sulla base della Dichiarazione di Mosca, per i principali responsabili sarebbe spettata alle potenze alleate. Cfr. E.G.H. PEDALIU, "Britain and the 'Hand-over' of Italian War Criminals to Yugoslavia, 1945-1948", in *Journal of Contemporary History*, Vol. 39(4), 2004, 503-529, 505.

⁵⁴ Come si avrà modo di analizzare nel terzo capitolo (cfr. *infra* Cap. III; § 8), tale scenario costituirà il presupposto di un'operazione culturale di *reductio ad unum* da un lato delle responsabilità del fascismo al solo sostegno delle vanità e delle mire imperialistiche di Hitler, dall'altro delle responsabilità di tale scelta unicamente alla persona di Benito Mussolini, in aperto contrasto sia con l'apparato fascista che con gli interessi e lo spirito degli italiani. Si veda in proposito F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il buon italiano*.

postbellica portata avanti dagli Alleati (e la separazione dell'Italia dalle sorti degli altri due paesi dell'Asse), bensì anche con riferimento alla giustizia di transizione a livello interno, sulla base del diritto italiano. In quest'ultima prospettiva, la conseguenza principale dell'8 settembre è una *doppia via*⁵⁵ nella persecuzione penale dei crimini di guerra, basata sulla nazionalità dell'autore: tedesca o italiana. La nazionalità determinerà il diritto applicabile: diritto penale per gli italiani (con nuove disposizioni *ad hoc*), diritto penale militare per i tedeschi; non solo, determinerà anche una differente giurisdizione: tribunali speciali (e poi ordinari) per gli italiani, tribunali militari per i tedeschi.

Considerando ora la punizione dei crimini commessi da italiani, occorre formulare una breve riflessione preliminare. Innanzitutto non si tratterà qui (se non incidentalmente) del parallelo procedimento di epurazione dei fascisti dagli apparati pubblici. Si fa cioè riferimento ad un lungo processo amministrativo, che viene portato avanti già dagli Alleati nei territori da loro progressivamente occupati, per poi passare nelle mani del governo italiano, con risultati ben poco soddisfacenti, se non fallimentari⁵⁶.

Quanto invece alla vera e propria persecuzione e punizione dei delitti fascisti, essa avvenne in tre forme:

⁵⁵ Così E. FRONZA, *La poursuite des crimes nazis et fascistes en Italie*, in AA. VV., *Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Paris, Dalloz 2016, 344 - 364, 348).

⁵⁶ Sulle procedure di epurazione, R. CANOSA, *Storia dell'epurazione in Italia. Le sanzioni contro il fascismo 1943-1948*, Milano, Baldini & Castoldi 1999, nonché H. WOLLER, op. cit.; V. VINCIGUERRA, *Fascismo (sanzioni)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XVI, Milano, Giuffrè 1967, 914 e ss.; R.P. DOMENICO, *Processo ai fascisti*, Milano, Rizzoli 1996. In particolare WOLLER individua diversi processi di epurazione in corso:

1) l'epurazione portata avanti dagli Alleati, con grande scrupolo ed efficienza iniziale, ma che tuttavia riscontrò grandi difficoltà man mano che dalla defascistizzazione del Sud, caratterizzato da "pesci piccoli", si sfondò la Linea Gotica e si ebbe a che fare con il Centro (si veda in particolare, per l'esperienza dell'epurazione romana guidata da Charles Poletti H. WOLLER, op. cit., 205 e ss.);

2) l'epurazione spontanea della c.d. "epurazione selvaggia" ad opera della popolazione liberata (*ibidem* 231 e ss.), anche in conseguenza dei limiti della giustizia penale (in particolare sull'omicidio di Donato Carretta ai margini dell'udienza nel processo a Pietro Caruso e Roberto Occhetto del 18 settembre 1944 a Roma, si veda Z. ALGARDI, *Processo ai fascisti. Anfuso, Caruso, Graziani e Borghese di fronte alla giustizia*, Firenze, Vallecchi 1958);

3) l'epurazione "burocratica" dell'Alto Commissariato, che inizia i suoi lavori nel 1944, presieduto da Carlo Sforza.

Sull' "epurazione selvaggia" e la violenza postbellica e per confronto fra cifre si veda anche M. DONDI, *La lunga liberazione. Giustizia e violenza nel dopoguerra italiano*, Roma, Editori Riuniti 1999; A. DEL BOCA, *Italiani brava gente?*, cit., 281.

- 1) tramite la c.d. *epurazione selvaggia*, ossia con le uccisioni di fascisti da parte di gruppi più o meno organizzati della popolazione civile;
- 2) tramite i tribunali partigiani, istituiti nei luoghi liberati e non ancora passati sotto l'amministrazione dello Stato centrale;
- 3) tramite la persecuzione penale ad opera dello Stato italiano.

Con riferimento a quest'ultima, il legislatore italiano interviene per la prima volta già nella primavera del 1944, subito dopo l'insediamento del nuovo governo *Badoglio*, quando cioè manca ancora un anno alla Liberazione del Paese e gli esiti della guerra non sono affatto che scontati. Il regime fascista, i cui crimini divenivano oggetto di punizione, è tutt'altro che destituito; al contrario, esso controlla (pur se indirettamente, sotto l'influenza tedesca) il Centro-Nord del Paese e si appresta a compiere i suoi crimini più efferati.

Il caso italiano dunque, quantomeno nella sua prima fase di ricorso allo strumento penale, è meglio qualificabile come “superamento del presente”⁵⁷ o di transizione durante un conflitto in corso. Tale scenario va quindi tenuto presente nell'analisi degli interventi normativi e della loro afflittività, rammentando che essi vennero introdotti, nelle zone già liberate, in parallelo allo scontro militare in corso nel resto del Paese, cui spettava di sconfiggere il nemico. E' stato infatti correttamente evidenziato che, non essendo «diretta nei confronti di un nemico sconfitto, il quale debba espiare le sue colpe ovvero beneficiare della clemenza concessa dal vincitore, la legislazione italiana sulla repressione dei delitti fascisti si impone con un carico di complessi significati simbolici e viene emanata da un governo che fa così valere la propria legittimazione (sia in ambito nazionale che in relazione alle potenze alleate) nei confronti dei cittadini sul fronte nemico. Se la si vede in questo modo, si comprende come il giudizio sulla tecnica di costruzione delle fattispecie tipiche [...] debba essere coniugato con valutazioni sugli obiettivi delle incriminazioni. Esse sono formulate in un ordine progressivo che parte dai vertici del vecchio regime (quindi con uno sguardo al passato) e arriva ai collaboratori del nazifascismo (quindi con uno sguardo al presente); al tempo stesso esse sono

⁵⁷ Tale espressione dà il titolo al volume E. FRONZA - G. FORNASARI (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Trento, Università degli Studi di Trento 2009.

preordinate a proclamare, con la forza del diritto penale, la versione “ufficiale” della storia del regime fascista»⁵⁸.

Sarà invece solo a Liberazione avvenuta che le pressanti esigenze di pacificazione, unite ad altre necessità, segneranno la rapida cessazione dell’iniziale percorso repressivo.

3.1 La persecuzione penale (1944-1946)

Nelle pagine seguenti si dà conto dei provvedimenti normativi *ad hoc*, con cui il legislatore ha deciso di intervenire al fine di disciplinare la persecuzione penale dei delitti commessi dai cittadini italiani nell’ambito del regime fascista e della guerra civile che seguì alla caduta dello stesso.

3.1.1 Il r.d.lgs. 26 maggio 1944, n. 134 (Punizione dei delitti e degli illeciti del fascismo)

Già a partire dai c.d. *quarantacinque giorni* (25 luglio - 8 settembre 1943)⁵⁹, vengono introdotte disposizioni amministrative, civili e penali finalizzate all’epurazione o defascistizzazione dello Stato⁶⁰ e vengono abrogate disposizioni penali ritenute incompatibili con un regime democratico (il d.lg.lt. 10 agosto 1944, n. 244 ad esempio abolisce la pena di morte dal Codice penale comune; essa rimarrà tuttavia presente nei Codici penali militari⁶¹ e verrà in seguito prevista anche all’interno delle nuove disposizioni *ad hoc* per la repressione degli illeciti fascisti). Contemporaneamente si reintroducono (mediante il d.lgs.lt. 14 settembre 1944, n. 288) alcuni istituti del Codice Zanardelli, aboliti dal Codice Rocco, quali le circostanze attenuanti generiche e l’esimente della reazione legittima ad atti arbitrari dei pubblici ufficiali per i delitti di oltraggio (artt. 341, 342, 343 c.p.), violenza o

⁵⁸ Cfr. S. SEMINARA, “Die Aufarbeitung der faschistischen Vergangenheit in Italien. Strafrechtliche Probleme”, in *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 15, 2014, 3 - 65, 10.

⁵⁹ Ci si riferisce al periodo che intercorre fra la destituzione di Mussolini e l’annuncio dell’armistizio con gli Alleati.

⁶⁰ Sulle misure prese nei *quarantacinque giorni*, R. CANOSA, op. cit., 3 e ss.

⁶¹ Si tratta di una considerazione importante in quanto, con l’introduzione del reato di *collaborazionismo*, essi si applicheranno in maniera estensiva anche ai civili (cfr. *infra*, Cap. II, § 4.4).

resistenza al pubblico ufficiale (artt. 336, 337 c.p.), violenza e minaccia a un corpo politico, amministrativo o giudiziario (art. 338 c.p.)⁶². Vengono poi adottati provvedimenti diretti a eliminare alcuni effetti più autoritari del regime fascista: si pensi all'abrogazione delle leggi razziali o, sul piano processuale, alla soppressione del Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato (mediante il r.d.l. 29 luglio 1943, n. 668). Infine gli effetti degli atti giurisdizionali del *Ventennio* vengono regolamentati dal d.lgs.lt. 5 ottobre 1944, n. 249⁶³.

Quanto alla punizione dei gerarchi fascisti, nei *quarantacinque giorni* l'unico intervento consiste nella creazione di una commissione per gli illeciti arricchimenti degli esponenti del passato regime (r.d.l. 9 agosto 1943, n. 720). In seguito, su pressione degli Alleati, si procede a introdurre da un lato nuove disposizioni penali sostanziali *ad hoc* per la punizione dei delitti fascisti, dall'altro nuove disposizioni processuali, in deroga all'art. 72 dello Statuto Albertino (derogabile dalla legge ordinaria), per l'istituzione di tribunali penali straordinari con giurisdizione su tali nuovi delitti.

Da un punto di vista sostanziale, il primo intervento in tal senso è dato dal r. d.lgs. 26 maggio 1944, n. 134 (*Punizione dei delitti e degli illeciti del fascismo*), che accoglie il progetto molto repressivo dell'ex ministro della giustizia Casati. Dal punto di vista processuale, l'art. 10 del medesimo testo normativo prevede l'istituzione di un Alto Commissariato per la punizione dei delitti e degli illeciti del fascismo. Nello stesso periodo viene istituita una Commissione unica per l'epurazione, che riunisce le commissioni provinciali ed è presieduta da Adolfo Omodeo.

Il primo elenco di reati contenuto nel decreto in parola, sarà tuttavia presto riformato, a distanza di appena due mesi, dal successivo governo presieduto da Ivanoe Bonomi, mediante un nuovo decreto legislativo luogotenenziale, che li riformula *ex novo*.

⁶² Tale elencazione è ripresa da M. DONINI, "La gestione penale del passaggio dal fascismo alla Repubblica in Italia", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIX, n. 1/2009, 183 - 216, 187. Per un'analisi completa della legislazione successiva al 25 luglio 1943, E. BATTAGLINI - G. VASSALLI, *La nuova legislazione penale*, Milano, Giuffrè, 1946-1951.

⁶³ Per un'analisi, G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 1997.

3.1.2 Il d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159 (Sanzioni contro il fascismo)

Il d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159, rubricato *Sanzioni contro il fascismo* costituisce il testo normativo più importante per la giustizia transizionale italiana, la sua *Magna Charta*⁶⁴. Il decreto procede inoltre, sempre su pressione degli Alleati, ad estendere lo spettro dell'epurazione (Titolo II) non solo alla pubblica amministrazione, ma anche all'amministrazione militare, alle aziende speciali concessionarie di pubblici servizi e a quelle riconosciute di interesse nazionale (art. 11), dispensando dal servizio non solo gerarchi e squadristi, come precedentemente previsto, bensì anche coloro che «col partecipare attivamente alla vita politica del fascismo o con manifestazioni ripetute di apologia fascista, si sono mostrati indegni di servire lo Stato» (art. 12). Diviene inoltre effettiva (all'art. 40) l'istituzione dell'Alto Commissariato per le Sanzioni contro il Fascismo, alla cui guida viene designato Carlo Sforza, affiancato dall'azionista Mario Berlinguer e dal comunista Mauro Scoccimarro, quali Alti Commissari Aggiunti⁶⁵. Il secondo capitolo del presente lavoro contiene un'analisi dettagliata del decreto⁶⁶ e delle problematiche delle singole fattispecie previste. Ci si limiterà quindi ora ad una sintetica ricognizione delle fattispecie di reato ivi presenti.

La prima di esse, di cui all'art. 2⁶⁷, segna, anche da un punto di vista simbolico, il momento temporale di partenza della transizione italiana. Afferma cioè quale sia il "passato" con cui il testo legislativo ambisce di fare i conti. La disposizione punisce con la pena di morte ovvero con l'ergastolo «i membri del governo fascista e i gerarchi del fascismo, colpevoli di aver annullato le garanzie costituzionali, distrutte le libertà popolari, creato il regime fascista, compromesse e tradite le sorti del Paese condotto alla attuale catastrofe». Per la cognizione di tale

⁶⁴ Così H. WOLLER, op. cit., 193. Fra i molti commenti a tale testo normativo, si veda lo scambio di opinioni sulla rivista *Il ponte*: P. CALAMANDREI, "Nel limbo istituzionale", in *Il Ponte*, vol. 1, 1945, 4 - 19; C. JEMOLO, "Le sanzioni contro il fascismo e la legalità", in *Il Ponte*, vol. 1, 1945, 277 - 285.

⁶⁵ Nella fattispecie, in base al d.lgs.lgt. 8 ott. 1944, n. 238 (*Ordinamento dell'Alto commissariato per le sanzioni contro il fascismo*), l'Alto commissario è assistito da quattro commissari aggiunti, uno per ognuna delle quattro sezioni dell'Alto commissariato, rispettivamente per la punizione dei delitti, l'epurazione dell'amministrazione, l'avocazione dei profitti di regime, la liquidazione dei beni fascisti.

⁶⁶ Cfr. *infra*, Cap. II, § 4.

⁶⁷ Cfr. *infra*, Cap. II, § 4.1.

reato viene stabilita l'istituzione di un tribunale speciale denominato Alta Corte di Giustizia per le Sanzioni contro il Fascismo⁶⁸, composto «di un presidente e di otto membri, nominati dal Consiglio dei Ministri fra alti magistrati, in servizio o a riposo, e fra altre personalità di rettitudine intemerata». Le sentenze dell'Alta Corte sono inappellabili. L'art. 4 affida poi un ruolo centrale all' Alto Commissario per le Sanzioni contro il Fascismo, cui spetta «di promuovere [...] l'azione per i delitti di cui all'art. 2, procedendo alla relativa istruttoria e deferendo l'imputato all'Alta Corte indicata nello stesso articolo, presso la quale egli esercita personalmente o per delega le funzioni di pubblico ministero. L'Alto Commissario può, in casi di eccezionale gravità, derogare alle norme sulla competenza, deferendo all'Alta Corte di Giustizia persone diverse da quelle indicate nell'art. 2 anche per reati non contemplati nell'articolo stesso».

L'art. 3⁶⁹ sancisce l'applicabilità dell'art. 120 del Codice penale Zanardelli del 1889 a coloro che «hanno organizzato squadre fasciste, le quali hanno compiuto atti di violenza o di devastazione, e coloro che hanno promosso o diretto l'insurrezione del 28 ottobre 1922» e dell'art. 118 dello stesso Codice a coloro che «hanno promosso o diretto il colpo di Stato del 3 gennaio 1925 e coloro che hanno in seguito contribuito con atti rilevanti a mantenere in vigore il regime fascista». Per i reati previsti dalla presente disposizione, a differenza dell'ipotesi di cui all'art. 2, si mantiene la competenza della giustizia ordinaria. L'art. 4 infatti indica quali giudici competenti le Corti d'Assise, costituite da due magistrati e da «cinque giudici popolari estratti a sorte da appositi elenchi di cittadini di condotta morale e politica illibata»; ad esse si affiancano, a seconda della rispettiva competenza, i tribunali e i pretori.

L'art. 5 verrà analizzato compiutamente nel capitolo seguente⁷⁰. Esso introduce i delitti di intelligenza, corrispondenza e con il tedesco invasore (c.d. *collaborazionismo*), estendendo ai civili norme previste dal Codice penale militare di

⁶⁸ Essa è composta da otto membri di nomina governativa, fra alti magistrati e personalità civili, ed è presieduta da un Consigliere di Cassazione. L'Alta Corte cessa di avere funzioni giurisprudenziali in materia penale in seguito all'adozione del d.lgs.lt. 25 del 5 ottobre 1945, n. 625. In 16 processi, di 99 casi giudicati, 31 si conclusero con una condanna (di cui 4 alla pena capitale) e 68 con un'assoluzione. Cfr. M. DONDI, op. cit., 33. Si veda anche F. LIUZZI, "Bilancio dell'Alta Corte", in *Rivista Penale*, 1945, 3 e ss.

⁶⁹ Cfr. *infra*, Cap. II, § 4.2.

⁷⁰ Cfr. *infra*, Cap. II, § 4.4.

guerra, ma mantenendo distinta la giurisdizione competente. Si tratta della fattispecie più significativa per la presente analisi, sia perché destinata a coprire le condotte più efferate del conflitto bellico, sia perché di fatto risulterà essere l'unica delle disposizioni a conoscere un'applicazione pratica quantitativamente rilevante. Un ulteriore motivo di interesse è costituito dal rapporto fra la tipizzazione del reato e il percorso di costituzione del paradigma memoriale italiano, soprattutto in relazione alla questione problematica del riconoscimento di una natura autonoma della violenza fascista della RSI, al di là del supporto all'occupante nazista ⁷¹.

L'art. 6 torna a riferirsi anche ai delitti prebellici e affronta in maniera netta il problema della prescrizione, delle (auto)amnistie fasciste e del *ne bis in idem*, stabilendo: «Non può essere invocata la prescrizione del reato e della pena a favore di coloro che, pur essendo colpevoli dei delitti di cui al presente decreto, sono rimasti finora impuniti per l'esistenza stessa del regime fascista. Per lo stesso motivo le amnistie e gli indulti concessi dopo il 28 ottobre 1922 sono inapplicabili ai delitti di cui al presente decreto e, se sono già stati applicati, le relative declaratorie sono revocate. L'Alto Commissario potrà proporre la revoca di grazie sovrane già concesse. Le sentenze pronunziate per gli stessi delitti possono essere dichiarate giuridicamente inesistenti quando sulla decisione abbia influito lo stato di morale coercizione determinato dal fascismo».

L'art. 8 infine prevede l'interdizione temporanea dai pubblici uffici ovvero la privazione dei diritti politici sino a 10 anni per chi, per motivi fascisti o avvalendosi

⁷¹ Sul termine *collaborazionismo* in quest'ottica, cfr. *infra*, Cap. II, § 4.3; sulla memoria storica, cfr. *infra*, Cap. III, §§ 4 e 5. Nella sua analisi storica, FOCARDI rileva stereotipi ed elementi già presenti nel rapporto fra Italia e Germania, su cui consapevolmente soggetti diversi hanno fatto leva nel dopoguerra per interessi particolari, spesso confliggenti. Rammenta l'Autore come, prima ancora dell'8 settembre, gli Alleati lanciano sulle maggiori città italiane un volantino che recita: «Tutti i vostri stessi interessi e tutte le vostre tradizioni sono state tradite dalla Germania nazista e dai vostri stessi capi falsi e corrotti; soltanto col distruggere l'una e gli altri un'Italia rinnovata può avere la speranza di rioccupare un posto rispettato nella famiglia delle Nazioni europee. È questo il momento, per voi Italiani, di tener conto del vostro amor proprio, dei vostri interessi e dei vostri desideri per ricostruire la dignità nazionale, la sicurezza e la pace; è arrivato il tempo per voi di decidere se gli Italiani dovranno morire per Mussolini e Hitler oppure vivere per l'Italia e la civiltà». Cfr. F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il bravo italiano*, cit., 4. Si veda anche F. FOCARDI - L. KLINKHAMMER, "The question of Fascist Italy's war crimes: the construction of a self-acquitting myth (1943 - 1948)", in *Journal of Modern Italian Studies*, 9(3), 2004, 330 e ss.

della situazione politica creata dal fascismo, abbia compiuto fatti di particolare gravità contrari alla rettitudine e alla probità politica, pur se non costituenti reato⁷².

Nel corso del 1944 il quadro politico muta radicalmente dopo la c.d. *Svolta di Salerno*⁷³, che vede il prevalere, all'interno del Partito Comunista Italiano (PCI), della linea del compromesso di Togliatti. Sulla posizione del segretario del partito influisce anche il concreto timore di un "putsch militare-monarchico"⁷⁴ sostenuto dal Vaticano, in chiave anticomunista. Con riferimento alla punizione dei delitti fascisti, la *Svolta* mette in minoranza nel partito la linea più repressiva portata avanti, fra gli altri, dall'epuratore Scoccimarro, ma anche dei Comitati di Liberazione Nazionale e dai movimenti per l'occupazione delle terre. Il tema della persecuzione penale dei delitti fascisti è reso tuttavia attuale dalla necessità di porre un freno alla rabbia della cittadinanza a fronte della lentezza dei primi processi instaurati; reazioni manifestatesi in particolare negli scontri di protesta dopo la fuga di Mario Roatta⁷⁵, avvenuta nel marzo 1945.

3.1.3 *Le Corti straordinarie d'assise*

A partire dal d.lgs.lt. 22 aprile 1945, n. 142 si realizza la sottrazione di tutti i reati previsti dal precedente decreto 159 alla competenza della magistratura ordinaria. Tale decreto istituisce presso ogni capoluogo di provincia⁷⁶ le Corti

⁷² Per un'analisi di tale sanzione politica, si rinvia a P. BARILE - U. DE SIERVO, "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", cit., 556.

⁷³ Ci si riferisce all'iniziativa di Palmiro Togliatti, in accordo con l'Unione Sovietica, finalizzata all'accantonamento temporaneo della questione istituzionale e alla ricerca di un accordo con la monarchia, con Badoglio e gli altri partiti antifascisti, al fine della formazione di un governo di unità nazionale. L'esito fu il primo governo postfascista, noto come secondo governo Badoglio, che si formò a Salerno il 22 aprile 1944 con la partecipazione di Democrazia Cristiana (DC), Partito Comunista Italiano (PCI), Partito Socialista Italiano di Unità Proletaria (PSIUP), Partito Liberale Italiano (PLI), Partito democratico del Lavoro (PDL) e Partito d'Azione (PdA). Sul tema cfr. *infra*, Cap. II, § 5.

⁷⁴ Espressione di Pietro Nenni, citata da H. WOLLER, op. cit., 269.

⁷⁵ Egli ha ricoperto molti alti incarichi durante il fascismo, ha combattuto nella guerra di Spagna, ed è soprattutto ritenuto principale responsabile delle stragi di partigiani in Jugoslavia, oltre che mandante dell'omicidio dei fratelli Rosselli nel 1937, nonché probabilmente implicato nell'assassinio del re di Jugoslavia, Alessandro I, nel 1934. E' stato inoltre Capo di stato maggiore sotto il governo Badoglio e per questo viene imputato per la mancata difesa di Roma.

⁷⁶ Con possibilità di istituirne anche in sedi diverse.

straordinarie di assise (CAS, poi trasformate, dall'art. 2 del d.lgs.lt. 5 ottobre 1945, n. 625, in Sezioni speciali delle Corti di assise). Esse sono formate da un presidente togato, nominato dal primo presidente della Corte d'Appello tra magistrati di grado non inferiore a consigliere di appello⁷⁷, e da quattro giudici popolari, estratti a sorte fra 50 nominativi scelti dal Presidente del Tribunale provinciale su un elenco di cento nominativi forniti dal CLN provinciale⁷⁸. La composizione avrà effetti determinanti sul lavoro delle CAS⁷⁹. Nonostante la presenza maggioritaria di membri non togati di nomina politica⁸⁰, si mantiene un controllo della magistratura ordinaria sul nuovo

⁷⁷ Tuttavia nel luglio 1947, a fronte della carenza di magistrati (il 30% del totale), si prevede che possa essere anche un magistrato di grado VI. Cfr. G. FOCARDI, *Arbitri di una giustizia politica: i magistrati tra la dittatura fascista e la Repubblica democratica*, in G. FOCARDI - C. NUBOLA (a cura di), *Nei tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia repubblicana*, Bologna, Il Mulino 2015, 91 - 132, 124.

⁷⁸ I suddetti criteri sono stati poi parzialmente modificati dal d.lgs.lt. 12 aprile 1946, n. 201.

⁷⁹ Come rileva FRONZA, si tratta di un compromesso fra la visione del governo Parri (e di Togliatti) e le istanze del Comitato di Liberazione Nazionale Alta Italia (CLNAI), che pretendeva tribunali politici o tribunali del popolo. Cfr. E. FRONZA, *La poursuite*, cit., 353. Sulla partecipazione popolare negli organi requirenti e giudicanti e sulle diverse posizioni all'interno del CLNAI, si veda T. ROVATTI, *Tra giustizia legale e giustizia sommaria. Forme di punizione del nemico nell'Italia del dopoguerra*, in G. FOCARDI - C. NUBOLA (a cura di), *Nei tribunali*, cit., 15 - 50; anche secondo tale Autrice le CAS rappresentano «il compromesso tra la fallimentare giustizia sui delitti fascisti approntata nell'estate 1944 dal governo Bonomi per mezzo dell'Alta Corte di giustizia e della magistratura ordinaria, e i progetti di rottura con la tradizione istituzionale concepiti dalla giustizia speciale del Clnai» (*Ivi*, 21). Sulle proposte del Comitato di Liberazione Nazionale Regione Piemonte (CLNRP), R. CANOSA, op. cit., 209 e ss. e G. NEPPI MODONA, *I problemi della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo* in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milano, Franco Angeli 1984, 11- 40, 16 e ss. In particolare con il decreto del CLNRP n. 20 del 15 ottobre 1944, il bando del 1 novembre 1944 e la circolare n. 27 del 1 gennaio 1945 vengono istituiti i Tribunali di guerra territoriali provinciali e di divisione; successivamente con decreto n. 34 del 10 marzo 1945 il CLNRP istituisce presso ogni capoluogo di provincia un organo straordinario denominato Corte d'Assise del popolo, composto da un primo presidente, nominato dal primo presidente della Corte d'Appello di Torino tra magistrati o dottori in giurisprudenza, e da sei giurati, di cui non più di due donne, estratti da liste formate dai partiti rappresentati nei CLN provinciali. Per la funzione requirente, al pubblico ministero si sostituisce una Commissione di giustizia, anch'essa composta con criteri analoghi. Tali organi tuttavia non vengono mai istituiti, in virtù dell'emanazione, a livello nazionale, del suddetto d.lgs.lt. 22 aprile 1945, n. 142 (*ivi*, 17 -18). Con riferimento invece ai CLN di Liguria e Lombardia, F. RIGANO, "Partecipazione popolare e giustizia penale nella Resistenza", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, 594 e ss.; per un esempio di giustizia partigiana, nella fattispecie una prima analisi del materiale prodotto dal Tribunale partigiano del Comando unico delle Brigate Garibaldi e Fiamme Verdi, attivo fra il 1944 e il 1945, M. STORCHI, *Partigiani e fascisti: tribunali e carceri per una giustizia di transizione. Una ricerca in corso*, in G. FOCARDI - C. NUBOLA (a cura di), *Nei tribunali*, cit., 135 - 150.

⁸⁰ Per una posizione critica nei confronti della "politicizzazione della giustizia" e della presenza di membri non togati, si veda il commento di G. BETTIOL in *Archivio Penale*, 1946, I, 232 - 234. Egli in particolare ritiene tale presenza una minaccia all'equilibrio e all'imparzialità del giudicante, quali

organo speciale tramite la figura, essenziale, del presidente⁸¹. Secondo la definizione offerta dalla Sezione Speciale della Corte di Cassazione, la Corte straordinaria di assise «non può essere ritenuta come giudice speciale in senso rigorosamente giuridico, ma bensì come un organo speciale della magistratura ordinaria. Essa, infatti, fa parte del potere giudiziario, poiché non è che la Corte d'assise ordinaria adattata dal legislatore alle contingenti necessità di una giustizia più rapida e più vicina al popolo»⁸².

Non sono state invece accolte le istanze del Comitato di Liberazione Nazionale Alta Italia (CLNAI) per una partecipazione popolare anche all'ufficio del Pubblico Ministero; tuttavia l'art. 10 del decreto in parola prevede la possibilità di chiamare a far parte di detto ufficio «anche avvocati di illibata condotta morale, di ineccepibili precedenti politici e di provata capacità, scelti fra quelli designati dal Comitato di Liberazione Nazionale» (CLN).

La competenza iniziale delle Corti straordinarie di assise è limitata, ex art. 1, ai delitti di *collaborazionismo* (ex art. 5 del d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159)⁸³, commessi da civili posteriormente all'8 settembre 1943. Tuttavia con il d.lgs.lt. 2 agosto 1945 n. 466 viene estesa ad esse la cognizione in relazione al medesimo reato, anche nei casi in cui questo sia stato commesso da militari (ipotesi fino ad allora di competenza dei Tribunali militari; resta salva la possibilità di devoluzione a questi ultimi in presenza di questioni che implicino un giudizio di carattere tecnico

caratteri fondamentali di uno Stato democratico seguito. Il suo intervento è seguito dalla replica del Ministro TOGLIATTI (*ivi*, 235 - 241).

⁸¹ Cfr. *infra*, Cap. I, § 3.2.2.

⁸² Cfr. Cass. Sez. Spec. 12.7.1945, citata in G. SABATINI, *Il sistema processuale per la repressione dei crimini fascisti*, in G. VASSALLI - G. SABATINI, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Roma, La Giustizia Penale 1947, 415 - 520, 454. Ricorda in generale lo stesso Autore che «portato di ogni rivoluzione (intesa questa come abbattimento di un ordine costituito fuori dalle forme e dai mezzi progressivi di adeguamento tra ordine giuridico e coscienza sociale), è la creazione di organi, più che speciali, temporanei ed eccezionali, quali epigoni della rinnovata coscienza sociale. Altri organi costituiscono il portato della "rivoluzione" e sono quelli che tendono ad eliminare gli effetti dell'ordine precostituito, ad evitare che questo si ripercuota su quello in formazione, ad impedire che si determinino forze contrarie al movimento di rinnovamento in corso di stabilizzazione [...] Non è quindi da meravigliarsi delle successive modificazioni delle leggi che regolano le procedure come non è da meravigliarsi del loro perpetuo tendere alla fase di assestamento, poiché questi sono i tempi in cui la politica [...] direttamente influisce sugli ordinamenti giuridici e sui diritti soggettivi» (*ivi*, 421).

⁸³ Si rammenti che la cognizione del reato di cui agli art. 2 del d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159 già assegnata ad un apposito giudice speciale (l'Alta Corte di giustizia).

militare di particolare complessità e che siano influenti sulla decisione). Infine, a seguito della trasformazione delle Corti straordinarie di assise in Sezioni speciali delle Corti di assise, mediante il d.lgs.lt. 5 ottobre 1945, n. 625, viene loro estesa la competenza su tutti i delitti previsti dal titolo primo del d.lgs.lt. 21 luglio 1944, n. 159. L'estensione si riferisce quindi al reato di *atti rilevanti* (art. 3) e all'art. 2, sino ad allora di competenza dell'Alta Corte di Giustizia, la quale da questo punto mantiene solo le precedenti funzioni relative ai giudizi di decadenza dei senatori⁸⁴.

Il carattere straordinario delle Corti straordinarie di assise non è limitato alla composizione e al diritto applicato, bensì si estende anche al tempo limitato della loro esistenza, che l'art. 18 fissa originariamente in sei mesi. Contrariamente a tale previsione, esse operano due anni e mezzo, fino alla fine del 1947.

Non vengono invece accolte alcune istanze del CLNAI. Fra queste alcune sono significative. In particolare il mancato accoglimento della proposta di prevedere la possibilità di costituzione di parte civile delle persone offese, nonché della proposta di attribuire alle sentenze carattere esecutivo e non impugnabile. A questo riguardo viene tuttavia introdotta un'iniziale mediazione: l'art. 16 prevede infatti che contro le sentenze delle Corti straordinarie di assise sia ammesso ricorso ad una Sezione Speciale della Corte di Cassazione, appositamente istituita a Milano. Tale sezione ha competenza specifica limitata alla cognizione delle impugnazioni delle sentenze delle Corti straordinarie d'assise, sulla base delle norme ordinarie del Codice di procedura penale vigente, salvi alcuni correttivi⁸⁵. In seguito a intensa querelle politica e ad accuse di eccessivo rigore nei confronti della Sezione Speciale, essa viene tuttavia soppressa a decorrere dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore (il 13 ottobre 1945) del d.lgs.lt. 5 ottobre 1945, n. 625 ed i ricorsi pendenti sono devoluti alla seconda sezione penale della Corte di Cassazione⁸⁶.

⁸⁴ Su tale funzione R. CANOSA, op. cit., 163 - 180; G. SABATINI, *Il sistema processuale*, cit., 463 - 465; P. BARILE - U. DE SIERVO, "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", in *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, 1959, 541 - 563, 554.

⁸⁵ In particolare il termine per l'impugnazione è di cinque giorni per il p.m. e di tre giorni per l'imputato; il termine per la presentazione dei motivi del ricorso è fissato in tre giorni decorrenti dal deposito della sentenza e non dalla notifica dell'avviso di deposito. Nel caso in cui la sentenza impugnata abbia condannato alla pena capitale, la Corte deve pronunciarsi entro dieci giorni dal ricevimento del ricorso. Infine, la Corte giudica con l'intervento di cinque componenti e può funzionare temporaneamente fuori sede. *Ibidem*, 456-457.

⁸⁶ Indubbiamente, nel confronto con l'operato successivo della Cassazione romana, la sezione di Milano si caratterizza per un maggiore rigore. Allo stesso tempo, se si considera «il numero dei ricorsi

3.1.4 Le presunzioni di collaborazionismo

Il suddetto d.lgs.lt. 22 aprile 1945, n. 142, oltre ad istituire le Corti straordinarie di assise, interviene anche sul diritto sostanziale. In particolare i commi 3 e 4 dell'art. 1, in previsione del prossimo definitivo crollo della RSI e dell'occupazione tedesca, introducono delle presunzioni di sussistenza del reato di *collaborazionismo* in capo a chi abbia esercitato alcune rilevanti funzioni all'interno dell'apparato della RSI. Nella fattispecie:

- 1) ministri o sottosegretari di stato del sedicente governo della Repubblica Sociale Italiana o cariche direttive di carattere nazionale nel partito fascista repubblicano;
- 2) presidenti o membri del Tribunale speciale per la difesa dello Stato o dei tribunali straordinari istituiti dal predetto governo ovvero chi, nell'ambito di tali organi, ha sostenuto la pubblica accusa;
- 3) capi di provincia o segretari o commissari federali od altre equivalenti;
- 4) direttori di giornali politici;
- 5) ufficiali superiori in formazioni di camicie nere con funzioni politico-militari.

Si aggiungeva inoltre: «Coloro che, nelle cariche e funzioni sopra elencate, hanno assunto più gravi responsabilità e, in ogni caso, coloro che hanno ricoperto le cariche o esplicitato le funzioni indicate nei numeri 1 e 2 del comma precedente sono puniti con le pene stabilite dagli articoli 51 e 54 del Codice penale militare di guerra; negli altri casi, si applica l'art. 58 del Codice stesso».

Tale disposizione non indica se queste presunzioni di integrazione del reato ex art. 5 del d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159 siano da considerarsi assolute o relative. Dopo un'iniziale considerazione di tali presunzioni come *iuris et de iure*, la giurisprudenza inizia a considerarle come relative, a volte giungendo ad assoluzioni

accolti per vizio di motivazione circa la mancata concessione di attenuanti comuni o speciali o per errore di diritto nell'interpretazione delle fattispecie, si può affermare che essa fu di regola una giustizia severa, in quanto le leggi emanate dal nuovo Stato italiano sono severe, e tuttavia si tratta di una giustizia perfettamente conforme al diritto» (Cfr. S. SEMINARA, "Die Aufarbeitung der faschistischen Vergangenheit in Italien", cit., 22).

clamorose⁸⁷. È stato notato che la formulazione di questa disposizione, pur «chiara nei principi ispiratori, presenta caratteri di evidente straordinarietà e difficoltà in ordine all'interpretazione ed attuazione. Vi è infatti, per così dire, una coesistenza di norme penali speciali, militari e ordinarie, che affidano al giudice una larga discrezionalità»⁸⁸.

3.1.5 *L'attività delle Corti straordinarie d'Assise*

Gli storici riconoscono come le Corti straordinarie di Assise (poi Sezioni speciali delle Corti di Assise), pur essendo caratterizzate da rigore sanzionatorio, soprattutto nella prima fase dell'estate-autunno 1945⁸⁹, si siano al tempo stesso distinte per una difesa della legalità. Un Autore, analizzando in particolare il caso piemontese, fa notare come esse si siano dimostrate inclini a «colpire severamente gli “eccessi” della guerra civile contro i partigiani, ma non le attività e le responsabilità “istituzionali” del governo di Salò, quasi a riconoscere agli uomini una sorta di immunità collegata al loro ruolo “ufficiale” negli apparati burocratici su cui si

⁸⁷ Cfr. *infra*, Cap. II, § 4.4. In proposito P. BARILE - U. DE SIERVO, “Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo”, cit., 548 e ss.

⁸⁸ L. BERNARDI, *Il fascismo di Salò nelle sentenze della magistratura piemontese*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Giustizia penale e guerra di liberazione*, cit., 61 - 80, 71.

⁸⁹ ROVATTI ritiene che nella prima fase, in cui le udienze vedevano un'enorme partecipazione di folla, vi era un ruolo importante e quasi catartico della testimonianza delle vittime; vi era una «valenza pedagogica dei processi, apertamente stimolata nella popolazione delle testate giornalistiche dei Cln locali nella convinzione di poter disciplinare in tal modo la violenza popolare [...] la struttura organizzativa locale della Cas, fortemente radicata sul territorio, era stata ideata proprio con la volontà politica di dare soddisfazione all'ansia popolare di rivalsa, che se non indirizzata da una giustizia legale, visibile e veloce avrebbe trovato autonomi canali di sfogo nella giustizia sommaria» (cfr. T. ROVATTI, *Tra giustizia legale e giustizia sommaria*, cit., 38). Ciò viene detto espressamente dal guardasigilli Togliatti nel messaggio rivolto alla magistratura il 30 maggio 1945. Infatti nella seconda fase e a maggior ragione dopo l'amnistia «la rivendicazione di un'autonoma giustizia popolare, che in nome delle vittime della guerra civile agisce parallela alla fallimentare attività delle Cas, diviene esplicita nei casi in cui sono costituiti organismi giudiziari partigiani - come il Tribunale d'azione popolare di Pinerolo o le Squadre di azione patriottica della Giustizia di Zugliano, in provincia di Vicenza - che reclamano a livello locale una supplenza istituzionale nella gestione della giustizia contro gli ex fascisti» (*Ivi*, 40) e ancora, a partire dal 1946, in un mutato clima politico, con l'emanazione dell'amnistia e l'inizio della messa sotto accusa giudiziaria della violenza partigiana in danno ai fascisti, si segnalano nuovi episodi di violenza contro ex fascisti e anche negli ultimi processi davanti alle CAS si rivitalizza la violenza, «quasi che [...] la giustizia legale rappresenti un'ultima occasione di rivalsa» (*Ivi*, 47).

reggeva a livello locale la Repubblica Sociale Italiana»⁹⁰. Ciò pur a fronte delle presunzioni introdotte dal d.lgs.lt. 22 aprile 1945, n. 142. «I giudici ed i pubblici ministeri di carriera [...] non avevano evidentemente alcuna difficoltà nell’esprimere severe condanne contro gli autori di reati “comuni”, quali appunto omicidi, rapine, estorsioni, lesioni gravissime, che non hanno di per sé una connotazione “politica”, ma si sostanziano in fatti previsti dal codice penale e che sarebbero comunque caduti sotto il rigore della repressione penale, a prescindere dalle disposizioni *ad hoc* contro il fascismo. Sembra cioè che le CAS piemontesi abbiano sostanzialmente rifiutato il ruolo di organo di giustizia politica, che pure era stato loro affidato dai decreti del Clnrp - Comitato di Liberazione Nazionale Regione Piemonte (*ndr*) - e, seppur in misura minore dal governo centrale, in vista del fine di operare attraverso lo strumento della giustizia penale una salutare opera di pulizia e di epurazione di quanti - al di là delle specifiche azioni contro i partigiani - avevano costituito l’ossatura amministrativa della Rsi»⁹¹. Ciò vale in particolare per il c.d. *collaborazionismo economico*⁹². Altro Autore ne trae una conclusione netta: «questo modo di procedere in punta di diritto vanificò gli sforzi di una punizione basata su motivazioni politiche: evitare di comportarsi come durante il fascismo, rispettando l’autonomia dei giudici, fu quasi un autogol per i politici»⁹³.

La progressiva diminuzione del rigore si spiega, oltre che per il mutare del clima politico⁹⁴, soprattutto con un progressivo adeguamento alle sentenze della Corte di Cassazione; esse non avevano, come pure oggi, efficacia vincolante, ma

⁹⁰ Cfr. G. NEPPI MODONA, *I problemi della continuità dell’amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, cit., 22.

⁹¹ *Ivi*, 24.

⁹² Per quanto, con riferimento alla FIAT, furono gli stessi Alleati a precluderne il processo, manifestando specifica volontà contraria. Cfr. V. CASTRONOVO, *Agnelli*, Torino, Utet 1971, 635 e ss.; sulla mancata epurazione dei manager ai vertici di FIAT., IRI. e Ansaldo, si veda R. CANOSA, op. cit., 267 e ss.; in generale sul fallimento delle sanzioni per il “collaborazionismo economico”, *ivi*, 283. Sulle norme applicabili al “collaborazionismo economico”, in particolare con riferimento all’art. 54 c.p.m.g., si veda G. VASSALLI, *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza della Cassazione*, in G. VASSALLI - G. SABATINI, *Il collaborazionismo e l’amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Roma, La Giustizia Penale 1947, 1 - 414, 153-155.

⁹³ Cfr. G. FOCARDI, *Arbitri di una giustizia politica*, cit. 91 - 132, 109.

⁹⁴ Nel 1945 anche il Papa, con un messaggio inviato dal nunzio apostolico Francesco Borgoncini Duca al ministro degli esteri Alcide De Gasperi, invoca il tempo della clemenza ed un cambiamento radicale nella politica dell’epurazione e della punizione dei delitti fascisti. Cfr. H. WOLLER, op. cit., 422.

nella pratica la loro persuasività era maggiore, in quanto il sistema di avanzamento di carriera dei giudici si basava anche su un'analisi del numero di sentenze da questi emesse e della percentuale di queste oggetto di censura da parte della Cassazione stessa. Si è tuttavia affermato che i giudici delle Corti d'Assise «pur chiusi nel loro orizzonte di tenace difesa della continuità dello Stato, dei suoi apparati e dei suoi uomini [...] hanno correttamente fatto uso della loro professionalità e della loro estrazione tecnico-burocratica per colpire gli episodi più feroci e sanguinari della repressione antipartigiana, rispondendo entro questi limiti alla domanda di giustizia che saliva dalle popolazioni martoriate da 18 mesi di guerra civile; al contrario, il ceto giudiziario della Cassazione romana che non aveva vissuto in prima persona le barbarie nazifasciste e la cui compromissione con il regime era stata certamente maggiore, opera una scelta non solo di continuità con gli apparati del regime, ma di copertura dei reati comuni commessi dai nazifascisti»⁹⁵.

Tale giudizio è pienamente confermato da altro storico, secondo cui «le corti d'assise straordinarie non vennero meno alla loro linea di rigore, ma riprese lentamente il sopravvento la legalità tradizionale»⁹⁶; tuttavia, pur a fronte di una minore repressione, tali organi continuarono ad operare «senza mai diventare organi di riabilitazione: a questo provvidero in modo quasi esclusivo, già a partire dal 1945, i tribunali d'appello, e soprattutto la Cassazione»⁹⁷. Secondo tale Autore, fra il 1945 e il 1947, le Corti straordinarie di Assise (poi Sezioni speciali delle Corti di Assise) celebrarono più di 20.000 processi, forse persino 30.000, contro fascisti e collaborazionisti, infliggendo 1.000 condanne a morte e migliaia di condanne a pene detentive; tutto ciò in un periodo in cui l'*epurazione selvaggia* provocava, solo nella primavera del 1945, dalle 5.000 alle 8.000 vittime⁹⁸. Egli prosegue affermando che, con l'eccezione della Francia, «in nessun altro paese europeo [...] i giudici istruirono in così poco tempo un così gran numero di processi contro i fascisti più compromessi; e da nessun'altra parte tanti esponenti del vecchio regime furono chiamati a rendere conto dei loro crimini già nel corso del 1945. Vero è d'altra parte,

⁹⁵ Cfr. G. NEPPI MODONA, *I problemi della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, cit., 27.

⁹⁶ *Ivi.*, 416.

⁹⁷ *Ivi.*, 420.

⁹⁸ *Ivi.*, 419.

che molte sentenze di primo grado vennero cassate in seconda istanza e [...] molte condanne a morte furono annullate o commutate»⁹⁹, fino al punto finale dettato dall'*amnistia Togliatti*.

Altra Autrice propone una valutazione più critica, ma al tempo stesso sfaccettata: «la complessiva opera di giudizio delle CAS fallisce come progetto di costituzione di una memoria pubblica nazionale sulle colpe fasciste. Nell'impianto giudiziario non vi era, infatti, sufficiente uniformità e sistematicità, mancava quella volontà organizzativa necessaria a definire un giudizio esemplare, che soltanto la classe politica avrebbe potuto imprimere assumendosi la responsabilità di un preciso ed univoco orientamento sulla colpa. Eppure qua e là le sentenze di primo grado appaiono straordinarie nella chiarezza delle descrizioni, offrono affreschi e brandelli di storia che oltrepassano la riluttività concettuale delle norme sul collaborazionismo e lo stesso fallimento giudiziario»¹⁰⁰.

3.2 Il “grande ripiegamento”

L'ultimo provvedimento in tema di defascistizzazione è la c.d. Legge Nenni (d.lgs.lt. 9 novembre 1945 n. 702), che attiene all'epurazione nella pubblica amministrazione e nelle imprese private; poco dopo le commissioni d'epurazione alleate vengono sciolte in seguito alla consegna delle province al governo italiano. La Legge Nenni giunge politicamente troppo tardi, quando la questione della defascistizzazione non è considerata più una priorità, specialmente in sede di imprese private, come dimostra il caso Valletta alla FIAT.¹⁰¹ Con l'adozione di tale legge si può considerare conclusa la fase repressiva; il periodo che seguirà è stato efficacemente definito con l'espressione “grande ripiegamento”¹⁰².

Tale periodo inizia tuttavia già contestualmente all'adozione della Legge Nenni, in occasione del *revirement* in tema di impugnabilità delle sentenze dell'Alta Corte di Giustizia.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Cfr. T. ROVATTI, *Tra giustizia legale e giustizia sommaria*, cit., 44.

¹⁰¹ H. WOLLER, op. cit., 529.

¹⁰² Espressione di H. WOLLER, *Ivi*, 437.

3.2.1 Sulla ricorribilità in Cassazione delle sentenze dell'Alta Corte di giustizia

Si è testé osservato che il legislatore non ha accolto la proposta dei CLNAI di attribuire alle sentenze delle CAS natura definitiva. Tale qualità è invece riconosciuta alle sentenze dell'Alta Corte di giustizia, per le quali non è prevista alcuna forma di impugnazione. Con sentenza del 7 luglio 1945 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione respingono quindi il ricorso di Francesco Jacomoni, emissario del re in Albania. In particolare la decisione nega l'ammissibilità del ricorso in Cassazione delle sentenze dell'Alta Corte di giustizia, anche qualora esso sia fondato sul presupposto della carenza assoluta di giurisdizione. La Cassazione prende infatti atto che la legge istitutiva dell'Alta Corte di giustizia presenta «un'efficacia ostativa a qualsiasi impugnazione, compresa l'ipotesi di un ricorso straordinario per eccesso di potere».

Successivamente, con sentenza del 4 maggio 1946 nel caso del generale Alberto Pariani (confermata presto anche il 22 giugno 1946 nel caso dell'ex ambasciatore a Berlino Filippo Anfuso), le Sezioni Unite si ritengono invece competenti a esercitare un sindacato per incompetenza o eccesso di potere. In entrambi i casi le sentenze di condanna vengono quindi annullate. A tale *revirement* della Suprema Corte non segue tuttavia uno scontro aperto con l'Alta Corte di giustizia; al contrario, il ricorso per Cassazione viene tacitamente accettato. La ricorribilità delle sentenze non viene più messa in discussione ed anzi la pratica successivamente avvallata anche a livello normativo da parte dall'Assemblea Costituente¹⁰³. Con l'entrata in vigore della Costituzione, l'art. 111 Cost. consente anche ai condannati in via definitiva di presentare ricorso al fine di ottenere l'amnistia. Ciò di fatto annulla gli effetti di gran parte del lavoro dell'Alta Corte di giustizia¹⁰⁴.

¹⁰³ D.lgs.C.p.S. 17 maggio 1947, n. 494.

¹⁰⁴ Cfr. M. FRANZINELLI, *l'Amnistia Togliatti. 22 giugno 1946: colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milano, Mondadori 2006, 33 - 34; G. SABATINI, *Il sistema processuale per la repressione dei crimini fascisti*, cit., 458 e ss. ritiene corretta l'ammissibilità del ricorso, d'accordo con BATTAGLINI, estensore della requisitoria della Cassazione. Egli attribuisce infatti un valore di principio costituzionale alla legge del 31 marzo 1877, n. 3761, che prevede il ricorso straordinario in applicazione del principio di separazione dei poteri dello Stato. Per un'analisi della questione e della sentenza che diede origine al dibattito, relativa all'omicidio dei fratelli Rosselli, si veda A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, Bari, Laterza, 1962, 98 - 101.

L'Alta Corte di giustizia, nell'ambito della propria attività giurisdizionale, ha emanato solo quindici sentenze di merito per un totale di novantanove imputati¹⁰⁵. Il d.lgs.lt. 5 ottobre 1945, n. 625 devolve poi tale competenza alle Sezioni Speciali delle Corti di Assise, residuando all'Alta Corte di giustizia solo la competenza in materia di dichiarazione di decadenza dalla carica di membri di Assemblee legislative e di enti di istituti che con i loro voti o atti contribuirono al mantenimento del regime fascista o a renderne possibile la guerra. Continua quindi ad operare con tale funzione sino al 17 luglio 1946 e infine con competenza per l'avocazione dei beni dei senatori decaduti, fino al 28 febbraio 1947.

3.2.2 *L'adozione dell'amnistia Togliatti*

L'esperienza di persecuzione penale dei crimini fascisti in Italia conosce un punto d'arresto con l'amnistia del 1946, che è stata poi qualificata dagli storici come un "colpo di spugna"¹⁰⁶, una combinazione di "amnesia e amnistia"¹⁰⁷. L'amnistia viene concessa con decreto presidenziale¹⁰⁸ 22 giugno 1946, n. 4 (*Amnistia e indulto per i reati comuni, politici e militari*), a poco più di un anno dalla Liberazione. Essa è conosciuta come *amnistia Togliatti* in quanto voluta, redatta e presentata dal Ministro di Grazia e Giustizia e segretario del Partito Comunista Italiano, Palmiro Togliatti. Il governo di Ferruccio Parri infatti includeva tutti i partiti ciellenisti, incluso il PCI¹⁰⁹.

¹⁰⁵ F. LIUZZI, op. cit.; per un'analisi dettagliata delle stesse, R. CANOSA, *Storia dell'epurazione in Italia*, cit.

¹⁰⁶ M. FRANZINELLI, *L'Amnistia Togliatti*, cit.

¹⁰⁷ A. CENTO BULL, "The Italian transition and National (non)reconciliation", in *Journal of Modern Italian Studies*, 13(3), 2008, 405-421, 417.

¹⁰⁸ Tale denominazione è il risultato del referendum del 2 giugno 1946 sulla forma di Stato. *L'amnistia Togliatti* precede tuttavia non solo l'entrata in vigore della Costituzione e l'elezione del primo Presidente della Repubblica nel 1948, bensì anche l'elezione del primo Capo provvisorio dello Stato, eletto dall'Assemblea Costituente appena due giorni dopo, il 28 giugno, nella persona di Enrico De Nicola. *L'amnistia Togliatti* viene pertanto emanata direttamente dal Presidente del Consiglio dei Ministri, in virtù dei poteri di Capo provvisorio dello Stato, conferitigli dall'art. 2 quarto comma, del decreto legislativo luogotenenziale 16 marzo 1946, n.98, su proposta del Ministro per la Grazia e Giustizia, di concerto con i Ministri per l'Interno, per la Guerra, per la Marina, per l'Aeronautica e per l'Agricoltura.

¹⁰⁹ Si tratta di una questione che desta grande preoccupazione negli ambienti conservatori e negli Alleati. L'ambasciatore americano Kirk parla di «distinct turn to the left», mentre Benedetto Croce di «seconda Marcia su Roma». Cfr. H. WOLLER, op. cit., 442.

Come illustra compiutamente la principale monografia storica al riguardo¹¹⁰, l'adozione dell'amnistia p il frutto di un percorso complesso e sofferto, in cui il Guardasigilli sceglie di intervenire direttamente anche al fine di evitare il prevalere di pressioni degli Alleati, del Vaticano, della monarchia ed un possibile golpe monarchico-neofascista. Con l'amnistia, Togliatti si garantisce inoltre l'estensione della clemenza anche ai delitti commessi dai partigiani¹¹¹. Essa gli assicurava, infine, un maggiore potere contrattuale nel governo *Parri*, prima, e nel primo governo *De Gasperi* poi¹¹². Tale provvedimento sarà oggetto di analisi approfondita nel capitolo successivo, data l'importanza che esso riveste per la transizione italiana. Ben oltre il testo della legge (nonché probabilmente oltre le intenzioni del legislatore), l'amnistia segna infatti la base di partenza per un arresto della persecuzione penale.

L'amnistia non ha carattere generale; il testo adottato contiene tuttavia diverse espressioni indeterminate e ambigue, che lasciano molta discrezionalità alla magistratura, la quale ne fa abbondantemente uso al fine di consentirne l'applicazione pressoché generalizzata ai delitti fascisti¹¹³. Tale applicazione può essere in parte addebitata alla limitatissima epurazione all'interno della magistratura, dopo vent'anni di dittatura in cui la connivenza (non solo formale) con il regime era un requisito indispensabile per l'avanzamento di carriera¹¹⁴. La continuità

¹¹⁰ M. FRANZINELLI, *L'Amnistia Togliatti*, cit.

¹¹¹ Sull'atteggiamento di Togliatti nei confronti del fenomeno della c.d. "epurazione selvaggia", M. CAPRARA, *L'inchiostro verde di Togliatti*, Milano, Simonelli 1996, 217 - 234.

¹¹² Cfr. *infra*, Cap. II, § 5.

¹¹³ Cfr. *infra*, Cap. II, § 6.

¹¹⁴ WOLLER spiega le difficoltà dell'epurazione italiana citando Alberto Acquarone, secondo cui il fascismo è stato un regime «che non è riuscito a diventare totalitario» - soprattutto perché non riuscì mai a sciogliere il nodo dell'alleanza che aveva stretto nel 1922 con la monarchia, le forze armate e la Chiesa» (cfr. H. WOLLER, op. cit., 9). Sulla defascistizzazione della magistratura, G. FOCARDI, *Arbitri di una giustizia politica*, cit.; G. NEPPI MODONA, 'La magistratura e il fascismo', in *Politica e diritto*, 3-4, 1972, 563-608; C. PAVONE, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini in Italia*, in E. PISCITELLI ET AL. (a cura di), *Italia 1945-1948. Le origini della Repubblica*, Torino, Giappichelli 1974, 139 - 289; G. FOCARDI, *Magistratura e fascismo: l'amministrazione della giustizia in Veneto 1920-1945*, Venezia, Marsilio 2012; G. FOCARDI, 'Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati' in *Passato e presente*, 64, 2005, 61 e ss.; più in generale G. NEPPI MODONA, *La magistratura dalla Liberazione agli anni cinquanta*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, v. III/2, Torino, Einaudi 1997, 83 - 137; A. MENICONI, *La magistratura e la politica della giustizia durante il fascismo attraverso le strutture del ministero della Giustizia*, in L. LACCHÉ (a cura di), *Il diritto del Duce*, cit., 79 - 95; ID., *Storia della magistratura italiana*; Bologna, Il Mulino 2012. Floriana COLAO richiama la distinzione di Calamandrei fra giudici «eroici», disposti al confino pur di difendere

istituzionale viene tuttavia preferita all'alternativa dei tribunali politici, proposti dal CLNAI.

Una pratica usata dalla Cassazione quando non può applicare l'amnistia sulla base di motivi di diritto, consiste nell'utilizzo dello strumento del rinvio verso Corti distanti dai luoghi del fatto. Interessata è soprattutto la Corte d'assise d'appello di Perugia, nota con l'appellativo di "ammazzasentenze". Il rinvio è facilitato anche dal ruolo del magistrato togato quale presidente delle Corti straordinarie di assise, in quanto è sempre quest'ultimo a redigere materialmente la sentenza. Qualora egli dissenta dalla maggioranza dei giudici popolari, può ricorrere alla redazione di una c.d. "sentenza suicida"¹¹⁵. Con tale termine si intende una sentenza ricca di errori di diritto, non riconoscibili dai giudici non togati, che possono fornire la base per una futura censura da parte della Cassazione¹¹⁶. Secondo un magistrato e storico, «l'attività di sostanziale depotenziamento delle sanzioni contro il fascismo che, sul piano dell'epurazione propriamente detta, venne svolta dal governo, in quello della punizione dei delitti fascisti venne svolta dalla Corte di Cassazione, la quale per di più si mosse con una rapidità e una arroganza non riscontrabili nel comportamento del ceto politico»¹¹⁷.

L'applicazione indiscriminata dell'amnistia da parte della giurisprudenza è tale che il Ministro Togliatti si sforza di "correggerla" mediante tentativi di interpretazione autentica attraverso diverse circolari ministeriali. Il fine di tali

l'indipendenza, e quelli «ligi alle leggi», qualunque fosse il regime, i fascisti per convenienza, gli «indegni» (P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, Vallecchi 1954, 231). Ella ritiene significativo per il tema anche il romanzo di Leonardo SCIASCIA *Porte aperte* (L. SCIASCIA, *Porte aperte*, Milano, Adelphi 1987). In tale opera si definisce Giacomo Matteotti come il nemico più implacabile del fascismo, «non perché parlava in nome del socialismo, che in quel momento era una porta aperta, da cui solamente si entrava e usciva, ma perché parlava in nome del diritto. Del diritto penale» (ivi, 17) (cfr. F. COLAO, *I processi ai «maggiori esponenti di idee contrarie al governo nazionale» prima dell'istituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato*, in L. LACCHÈ (a cura di), *Il diritto del Duce*, cit., 31 - 59).

¹¹⁵ G. NEPPI MODONA, *I problemi della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, cit., 20.

¹¹⁶ Il fenomeno delle sentenze suicide e l'atteggiamento della Cassazione porta alle dimissioni, per protesta esplicita o meno, di molti pubblici ministeri, epuratori e altri magistrati di merito, come Renato Chabod nel 1945, Ettore Gallo nel 1946, Paolo Barile nel 1947, Giorgio Agosti nel 1948 e Carlo Galante Garrone nel 1950. Si veda in proposito G. FOCARDI, *Arbitri di una giustizia politica*, cit., 121.

¹¹⁷ Cfr. R. CANOSA, *Storia dell'epurazione in Italia*, cit., 341.

circolari è quello di chiedere un'applicazione coerente con lo spirito della legge¹¹⁸ ovvero di "ricordare" che l'amnistia doveva essere concessa anche ai partigiani, verso cui i giuridici di merito erano molto rigorosi¹¹⁹.

Va inoltre segnalato che nella maggioranza dei casi l'amnistia opera come amnistia propria, quindi privando non solo della punizione, ma anche del contributo conoscitivo, narrativo¹²⁰ del processo penale nella fase transizionale. In altri casi invece, il fine esplicito della magistratura di estendere l'applicazione dell'amnistia anche a fatti da questa non coperti, produce "danni" ancora maggiori, sul piano del contributo delle sentenze, all'accertamento dei fatti. Ove infatti un resoconto della vicenda è presente nella motivazione, esso contiene spesso molte distorsioni oggettive dell'accaduto, finalizzate a ottenere una derubricazione e quindi l'applicazione dell'amnistia¹²¹.

E' stato in proposito affermato che il risultato pratico dell'*amnistia Togliatti* è tale per cui, al fine di ottenere una riabilitazione del singolo imputato fascista, si ebbe una riabilitazione del fascismo¹²². La portata delle assoluzioni e la sfrontatezza giuridica e umana di alcune sentenze è tale che lo stesso Togliatti abbandona presto la tesi iniziale, che presentava l'amnistia come strumento di pacificazione nazionale. Appena tre mesi dopo, egli prende le distanze da tale prospettiva, accusando la magistratura. «Noi - disse - abbiamo fatto un decreto di amnistia e lo abbiamo affidato a quella magistratura che era favorevole al fascismo e che l'avrebbe applicata come essa voleva. Ma non potevamo fare diversamente in un regime democratico borghese. Solamente in un regime di più avanzata democrazia avremmo potuto fare in modo diverso. Io prevedevo il modo in cui sarebbe stata applicata, era assurdo non prevederlo: [...] sono riusciti al loro scopo violando la legge, anzi applicando la legge a modo loro»¹²³. Rimandando al secondo capitolo l'analisi delle

¹¹⁸ Circolare ministeriale n. 9896/110 del 2 luglio 1946.

¹¹⁹ Circolare ministeriale n. 9809/110/6 Gab. Del 10 luglio 1946. Sul tema cfr. *infra*, Cap. I, § 5.

¹²⁰ Su questo aspetto R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 106 e ss.

¹²¹ Sul tema cfr. *infra*, Cap. III, § 4.

¹²² Cfr. M. FRANZINELLI, *L'Amnistia Togliatti*, cit., 259.

¹²³ Dal discorso tenuto alla conferenza di organizzazione di Reggio Emilia, 24 settembre 1946. Cfr. *Ivi*, 120.

responsabilità del legislatore e di quelle della magistratura¹²⁴, non ci si può tuttavia esimere dall'osservare come l'autore del decreto di amnistia sorvoli totalmente sul linguaggio utilizzato dalla stessa e sul margine molto ampio lasciato ad una magistratura di cui, per ammissione stessa di Togliatti, era nota la vicinanza al fascismo. Un fascista come Giorgio Almirante, capogabinetto del Ministero della Cultura della RSI e futuro leader del Movimento Sociale Italiano, scrive: «Togliatti sbagliò, perché fu subito chiaro il fine strumentale di quell'amnistia, che in verità tendeva a non pacificare, ma ad assorbire fascisti di base e qualche volta anche di vertice»¹²⁵.

Il già menzionato lavoro storiografico¹²⁶, dopo aver stimato le vittime del fascismo in Italia fra le 12.000 e le 15.000, quantifica in 43.000 i cittadini indagati o imputati per il solo reato di *collaborazionismo*. Di essi, 23.000 vengono amnistiati in fase istruttoria, 14.000 liberati con formule varie prima della definitività della sentenza; 5.928 processi si concludono con sentenze definitive di condanna (259 a pena capitale, di cui solo 91 eseguite). Fra i condannati, 5.328 beneficiano di amnistia, indulto o provvedimenti di grazia (2.231 in modo totale, 3.363 solo parziale). Nel 1952, quando in Belgio vi sono 5.000 detenuti per condotte di collaborazione con i nazisti, il ministro Scelba riferisce in parlamento che in Italia tale cifra ammonta a 442. Alla fine di quell'anno ne rimangono 266¹²⁷. Lo storico conclude che un'amnistia concessa a 14 mesi dalla Liberazione costituisce un *unicum* nelle transizioni postbelliche degli anni '40, soprattutto alla luce della comparazione con la Francia, dove le grazie e poi le amnistie intervengono solo nel 1951 e nel 1953, dopo che 350.000 persone sono state indagate, 124.600 rinviate a giudizio e si sono avute 50.000 condanne e 28.000 epurazioni (soprattutto nella magistratura). In tale Paese dunque l'amnistia opera nella grande maggioranza dei casi come amnistia impropria, a fini di reinserimento sociale¹²⁸. A sostegno della propria tesi, l'Autore

¹²⁴ Cfr. *infra*, Cap. II, § 7.1.4.1.

¹²⁵ Cfr. M. FRANZINELLI, *L'Amnistia Togliatti*, cit., 138.

¹²⁶ *Ivi*, 259.

¹²⁷ Cfr. S. SEMINARA, "Die Aufarbeitung der faschistischen Vergangenheit in Italien", cit., 55.

¹²⁸ *Ivi*, 254.

richiama anche gli esempi di Norvegia¹²⁹, Danimarca¹³⁰, Belgio¹³¹, Olanda¹³², Lussemburgo¹³³, Austria¹³⁴. Tuttavia, conclude l'Autore, il carattere unico del caso italiano non sarebbe dato solo dall'adozione prematura dell'amnistia rispetto al quadro europeo, bensì anche dal fatto «che da noi amnistia significò riabilitazione; il primo articolo dell'amnistia votata il 6 agosto 1953 dal Parlamento francese al contrario ha sancito: “la Repubblica francese rende testimonianza alla Resistenza, la cui lotta all'interno e fuori delle frontiere ha salvato la Nazione. È nella fedeltà allo spirito della Resistenza che oggi essa vuole che sia concessa clemenza. L'amnistia non è né una riabilitazione né una rivincita, così come non è una critica verso coloro che, in nome della Nazione, ebbero il gravoso compito di giudicare e punire”»¹³⁵.

3.2.3 *Gli interventi di clemenza successivi (1946 - 1966)*

Fra 1945 e 1946 si registrano ancora moti di violenza, fra minacce neofasciste, ritorno di partigiani alla macchia, omicidi eccellenti e omicidi di classe¹³⁶. E' una violenza tesa a determinare nuovi equilibri di potere. La svolta nel clima politico italiano si ha nel 1947, con la formazione del quarto governo *De Gasperi* e l'uscita del PCI dal governo. Già precedentemente tuttavia, le due forze

¹²⁹ Dove, su tre milioni di abitanti, i condannati per sostegno al nazismo sono 18.000 ed altri 28.000 ricevono sanzioni economiche, mentre un'amnistia del 1949 dispone la liberazione di chi abbia scontato almeno la metà della pena. *Ivi*, 255.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Dove si celebrano 87.000 processi e sono eseguite 230 pene capitali, *ibidem*.

¹³² Dove gli interventi di clemenza intervengono solo a inizio anni '50, con un passaggio da 3.000 a 1955 detenuti politici dal 1950 al 1955. *Ivi*, 257.

¹³³ Dove all'amnistia si preferisce il ricorso alla grazia individuale, *ibidem*.

¹³⁴ Con 150.000 epurazioni, 13.000 condanne per collaborazione con l'occupante nazista, principalmente in collegamento a crimini contro gli ebrei. Tuttavia l'opera di denazificazione viene vanificata dall'amnistia del 1948 (seguita da un'altra nel 1957). Per un'analisi della giustizia di transizione austriaca si rinvia a E. HOLPFER, *I processi ai criminali di guerra in Austria. L'esperienza delle Corti d'assise*, in L. BALDISSARA - P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire*, Napoli, L'Ancora del Mediterraneo 2005, 227 - 246, nonché W.R. GARSCHA, *Reprimere il crimine, frenare i processi. L'esperienza delle corti del popolo in Austria*, *ivi*, 215 - 226.

¹³⁵ *Ivi*, 259.

¹³⁶ M. DONDI, op. cit.

politiche che erano state le principali portatrici di istanze repressive nei confronti dei fascisti (socialisti e azionisti), erano già rimaste fuori dal terzo governo *Bonomi*. Ad essere mutata tuttavia è innanzitutto la scena internazionale: gli Alleati hanno messo da parte il desiderio di punizione, simbolica e reale, della Germania e mirano adesso a una definizione rapida dei giudizi di Norimberga, per poter stringere nuove alleanze con la Germania occidentale in funzione antisovietica¹³⁷. La situazione internazionale, nonché la Chiesa, sembrano premere per un'alleanza anticomunista; è una logica che, nel 1960, porterà al tentativo di governo *Tambroni*¹³⁸. Un Autore parla di un processo di costituzione, da parte della Democrazia Cristiana al governo, di un'immagine della "democrazia assediata dal comunismo"¹³⁹. Tale idea sarebbe stata costruita sfruttando da un lato una predisposizione diffusa nel Paese verso un particolare retroterra della paura, dall'altra una circostanziata dimostrazione di come si possa esplicare la c.d. *minaccia rossa*, a partire dagli omicidi di classe della stagione 1945-1946, nonché dagli incidenti (e dalla conseguente repressione) dopo l'attentato a Togliatti del 14 luglio 1948¹⁴⁰.

¹³⁷ Il mutamento di rotta è molto evidente, tanto da venir avvertito anche nella cultura popolare; si veda, a titolo esemplificativo, *Trials at Nuremberg (Vincitori e vinti)* di Stanley KRAMER, USA 1961 ovvero si pensi ai celebri e discussi versi del brano del premio Nobel Bob DYLAN, *With God on our side*: «*When the Second World War came to an end, we forgave the Germans and we were friends. Though they murdered six million, in the ovens they fried, the Germans now too have God on their side. I've learned to hate Russians all through my whole life, if another war starts, it's them we must fight, to hate them and fear them, to run and to hide and accept it all bravely, with God on our side*» (cfr. B. *With God on our side*, in B. DYLAN, *Lyrics 1962-2001*, Milano, Feltrinelli 2004, 174). Al suo primo viaggio negli Stati Uniti da Presidente del Consiglio, Alcide De Gasperi affermò come prima dichiarazione, sulla scaletta dell'aereo: «tutti ci hanno consigliato e chiesto: mettere fuori i comunisti dal governo» (cfr. M. CAPRARA, *L'inchiostro verde di Togliatti*, cit., 100).

¹³⁸ Il rapporto fra il tentativo di governo *Tambroni* nel 1960 e il precedente regime fascista è raccontato nel documentario, commissionato dal Partito Socialista Italiano, *All'armi siam fascisti!* di Lino DEL FRÀ, Cecilia MANGINI e Lino MICCICHÉ, Italia, 1962.

¹³⁹ M. DONDI, op. cit., 178.

¹⁴⁰ Secondo Giovanni FOCARDI, un'analisi della giustizia di transizione italiana e dell'influenza su questa del "fattore K" (il timore di una diffusione del comunismo) dovrebbe includere anche «la vicenda tutta politica [...] e per nulla di criminalità comune, della mancata individuazione dei responsabili delle oltre 30 uccisioni (fino al marzo 1948, oltre 50 se arriviamo agli anni Sessanta) dei rappresentanti di camere del lavoro, sindacati e partiti del lavoro in Sicilia. Si tratta di un fenomeno che rientra in una sorta di contro-giustizia, o di anti-giustizia, di transizione: perché se la giustizia di transizione si caratterizza per la presenza di cause politiche, la Sicilia della seconda metà degli anni Quaranta appare a tutto tondo come una regione in cui per motivi politici (e sociali) si uccideva e si moriva durante la transizione istituzionale». Cfr. G. FOCARDI, *Arbitri di una giustizia politica*, cit., 98.

A questo punto per la Democrazia Cristiana diviene essenziale chiudere le ultime pendenze della repressione dei reati fascisti, al fine di reintegrare nell'elettorato gli ex sostenitori del regime. Questa tendenza trova la sua consacrazione nel c.d. Decreto Grassi-Andreotti, d.lgs. 7 febbraio 1948 n. 8¹⁴¹ (*Norme per la estinzione dei giudizi di epurazione e per la revisione dei provvedimenti adottati*), che concede agli epurati la scelta fra la riammissione nei ruoli, (con diritto alle mensilità arretrate ai fini presidenziali), e il pensionamento con un bonus di 5 anni. A seguire, il d.lgs. 19 marzo 1948, n. 249 modifica il d.lgs.lt. 3 agosto 1944, n. 165, ripristinando i benefici di carriera e di pensione ai membri della Milizia volontaria di sicurezza nazionale e ai cittadini aventi benemerienze fasciste. Negli anni successivi i Tribunali Militari e il Consiglio di Stato¹⁴² esaminano (nella maggior parte dei casi accogliendo) ricorsi di ex fascisti o dei loro eredi per una riabilitazione postuma.

L'uso dell'amnistia inoltre non termina nel 1946; dal 1944 al 1949 vengono infatti emanate 24 amnistie¹⁴³. Fra queste, il D.P.R. 9 febbraio 1948, n. 3 concede amnistia per i delitti politici puniti sino a tre anni (con alcune esclusioni) e per i delitti connessi ai suddetti delitti politici.

Nella "transizione ideologica" e nel "rovesciamento semantico"¹⁴⁴ fra criminali e vittime dei primi anni '50, una storica ha evidenziato un frequente ricorso allo strumento della grazia individuale per gli ex fascisti. Su 42.317 grazie concesse dal 1948 al 2010, 15.578 sono state concesse solo dalla presidenza Einaudi (1948-1955)¹⁴⁵, mentre alcuni provvedimenti di grazia ai collaborazionisti arrivarono sino al 1957. Nuove scarcerazioni sono possibili poi nel 1953, in seguito all'adozione

¹⁴¹ Ratificato con modificazioni dalla Commissione speciale per la ratifica dei decreti legislativi emanati dal governo durante il periodo della Costituente, il 12 luglio 1950.

¹⁴² Solo 17.000 presso il Consiglio di Stato. Cfr. M. FRANZINELLI, *L'Amnistia Togliatti*, cit., 267.

¹⁴³ *Ivi*, 259.

¹⁴⁴ Così C. NUBOLA, *I provvedimenti di clemenza nei confronti dei «collaborazionisti» nell'Italia del secondo dopoguerra. Un esempio di giustizia di transizione* in H.G. HAUPT - P. POMBENI (a cura di), *La transizione come problema storiografico. Le fasi critiche dello sviluppo della «Modernità» (1494-1973)*, Bologna, Il Mulino 2013, 319 - 344, 327.

¹⁴⁵ Per i dati relativi ai delitti fascisti, *ivi*, 331 e ss. e C. NUBOLA, *Giustizia, perdono, oblio. La grazia in Italia dall'età moderna ad oggi*, in K. HÄRTER - C. NUBOLA (a cura di), *Grazia e giustizia*, Bologna, Il Mulino 2011, 39 e ss.

della legge sulla liberazione condizionale, anche per i reati politici (legge 18 dicembre 1953, n. 921), che consente la scarcerazione di 120 collaborazionisti ¹⁴⁶.

L'indulto del D.P.R. 19 dicembre 1953, n. 922, nelle stesse parole del suo relatore, on. Colitto, vuole direttamente «chiudere il ciclo fin troppo lungo di una lotta politica assai aspra e drammatica, cancellando i residui della dura guerra civile e dare così inizio ad una nuova era di solidarietà nazionale»¹⁴⁷ e «completare - secondo le parole del Ministro della Giustizia, Azara - i provvedimenti di clemenza contenuti nei precedenti decreti 22 giugno 1946, n. 4, 9 febbraio 1944, n. 32 e 23 dicembre 1949, n. 930 e [...] riportare nel Paese un clima di serenità»¹⁴⁸. Il provvedimento, che all'art. 1 contiene un'amnistia, è rilevante soprattutto per gli effetti dell'indulto di cui all'art. 2. Questo si applica infatti ai «delitti politici ai sensi dell'art. 8 del Codice penale e i reati connessi» e per i «reati inerenti a fatti bellici commessi da coloro che abbiano appartenuto a formazioni armate» dopo l'8 settembre 1943 e prima del 18 giugno 1946. L'ergastolo è commutato in reclusione per dieci anni e le pene superiori ad anni venti sono ridotte a due anni, mentre quelle inferiori sono condonate interamente¹⁴⁹. L'indulto viene applicato in 36.080 casi e 12.221 detenuti vengono liberati¹⁵⁰. Si tratta indubbiamente della misura di clemenza più ampia fra quelle in esame¹⁵¹.

Fra gli ultimi interventi, vi è il D.P.R. 11 luglio 1959, n. 460, un'amnistia frutto di un compromesso fra destra e sinistra, che comprende tutti i «reati politici ai sensi dell'art. 8 del Codice penale, commessi dal 25 luglio 1943 al 18 giugno 1946». Il provvedimento si estende anche, per la prima volta, agli stessi reati politici, puniti

¹⁴⁶ Per i dati sui collaborazionisti che ne beneficiarono C. NUBOLA, *Giustizia, perdono, oblio*, 335.

¹⁴⁷ Cfr. A. SANTOSUOSSO, *Gli anni '50 e '60*, in A. SANTOSUOSSO - F. COLAO, *Politici e amnistia. Tecniche di rinuncia alla pena per i reati politici dall'unità ad oggi*, Verona, Bertani 1986, 129 - 150, 136.

¹⁴⁸ *Ivi*, 137.

¹⁴⁹ *Ivi*, 136.

¹⁵⁰ *Ivi*, 138.

¹⁵¹ Essa viene motivata anche con l'esigenza di ridurre i 40.000 ricorsi pendenti in Cassazione (l'amnistia ambisce a portare all'estinzione di 24.000 degli stessi). Cfr. G. FOCARDI, *Arbitri di una giustizia politica*, cit. 127.

con pena fino a quattro anni, commessi successivamente al 18 giugno 1946 (fino ad allora mai oggetto di un provvedimento di clemenza)¹⁵².

Le ultime pendenze vengono risolte dall'art. 2, lettera b) del D.P.R. 4 giugno 1966, n. 332, che amnistia «i reati commessi, dal 25 luglio 1943 al 2 giugno 1946», anche se commessi da cittadini «che si siano opposti al movimento di liberazione, se determinati da movente o fine politico, o connessi con tali reati» (la nozione di “moverite o fine politico” ampia notevolmente la portata rispetto alla precedente nozione di “reato politico”). La stessa amnistia contiene anche un indulto nella misura non superiore a due anni per le pene detentive.

4. *La persecuzione dei delitti commessi all'estero da militari italiani*

L'Italia fascista è stata sin dagli anni '20 impegnata in operazioni militari all'estero¹⁵³, oltre che in politiche di repressione nei territori coloniali, equiparabili al territorio dello Stato. Si è anche già evidenziato come i soldati italiani all'estero, pur avendo effettivamente avuto comportamenti e gradi di responsabilità molto differenti rispetto ai militari nazisti, abbiano commesso numerosi crimini, causando la morte di un elevato numero imprecisato di civili¹⁵⁴. Si procederà ora ad analizzare quale sia il diritto applicabile a tali condotte, per poi descrivere le vicende legate alle persecuzioni delle stesse.

4.1 *Il diritto applicabile*

Al tempo della commissione dei fatti, il Regno d'Italia era vincolato da convenzioni internazionali quali la Convenzione de L'Aia del 1907, nonché la c.d. *Clausola Martens*, presente nel Preambolo della Convenzione de L'Aia del 1899. Tali convenzioni si rivolgono agli Stati e non tipizzano direttamente dei crimini

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ Cfr. *supra*, Cap. I, § 2.

¹⁵⁴ Il primo lavoro a rendere noti i crimini italiani, prima ancora dei lavori degli storici, è un documentario del network inglese BBC: *Fascist Legacy (L'eredità del fascismo)* di Ken KIRBY, Regno Unito 1990, curato dallo storico Michael PALUMBO. In lingua italiana, fondamentale è il documentario *La guerra sporca di Mussolini*, di Giovanni DONFRANCESCO, Italia 2008, rifiutato dalla RAI ed andato in onda su History Channel e successivamente su Rete 4.

internazionali; non erano cioè fonte di responsabilità penale internazionale individuale. Tuttavia esse indicano nettamente il carattere criminale di alcuni comportamenti.

Nella legislazione italiana non esisteva nessuna categoria di reati denominata “crimini di guerra” sino all’adozione della legge 12 luglio 1999, n. 232, la quale ha ratificato lo Statuto di Roma, istitutivo della Corte Penale Internazionale permanente, con sede a L’Aia. Tuttavia, nella legislazione italiana, esiste un sistema punitivo dei delitti che correntemente si usa definire “crimini di guerra”, vale a dire «i reati che le truppe combattenti compiono contro le truppe nemiche, le popolazioni e i loro beni sia in conflitti internazionali, che interni»¹⁵⁵. Ci si riferisce alla Legge di Guerra del 1938 (r.d. 8 luglio 1938, n. 1415) e ai due Codici penali militari (il Codice penale militare di guerra e il Codice penale militare di pace), entrambi adottati proprio in epoca fascista, con r.d. 20 febbraio 1941, n. 303 e attualmente in vigore. Si tratta di un complesso normativo «particolarmente avanzato rispetto alla data di emanazione, in quanto recettivo delle convenzioni internazionali sul diritto umanitario fin allora emanate, e tuttora dotato di notevole validità»¹⁵⁶. Si fa riferimento in particolare al Titolo IV del Libro III c.p.m.g., che tipizza i «reati contro le leggi e gli usi della guerra» (artt. 165 - 230 c.p.m.g.). Occorre premettere che nell’ordinamento italiano il diritto penale militare non costituisce solamente una legislazione speciale extracodicistica, bensì si fonda su autonomi sistemi normativi di stampo codicistico e viene applicato, di regola tuttora oggi, da appositi organi giudiziari penali militari composti da giudici speciali, tratti dal ruolo della magistratura militare (oltre che, in minoranza, da ufficiali giudici). E’ dunque corretto parlare di un vero e proprio ordine giuridico militare. Si tratta tuttavia di un modello complementare rispetto alla codificazione comune e non autosufficiente, in quanto trattasi pur sempre di delitto penale dello Stato, cioè di un diritto penale settoriale e complementare rispetto al diritto comune¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Cfr. B. COSTANTINI, *I processi per crimini di guerra davanti ai tribunali militari*, in R. WENIN - G. FORNASARI - E. FRONZA (a cura di), *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta - Die Verfolgung von internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen*, Trento, Università degli Studi di Trento 2015, 147 - 162, 148.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Cfr. D. BRUNELLI - G. MAZZI, *Diritto penale militare*, Milano, Giuffrè 2002, 4 - 5.

Volgendo nuovamente l'attenzione ai crimini commessi all'estero, è necessario evidenziare che diversi fra i crimini del regime fascista all'estero sono stati commessi prima dell'adozione dei due Codici penali militari (nella fattispecie ci si riferisce ai crimini commessi in Etiopia e Spagna; Libia e Somalia erano infatti già colonie¹⁵⁸), sotto la vigenza del previgente Codice penale militare per l'Esercito, adottato con r.d. 28 novembre 1869, n. 5378. Quest'ultimo, pur applicandosi anche a fatti commessi all'estero (art. 3 c.p.m.es.), contiene un elenco di reati che si riferiscono a trasgressioni della disciplina militare, lesive di interessi militari, ed è privo di riferimenti ad atti compiuti contro le truppe nemiche, i civili e i loro beni. A tali fatti si può comunque ritenere applicabile il diritto penale italiano comune, sulla base dell'art. 9 del Codice Penale del 1930, il quale punisce il cittadino che, «fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte, l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato». Per i fatti precedenti al 1930 è applicabile la disposizione analoga prevista nel Codice Zanardelli.

Un'ulteriore ricostruzione possibile è quella seguita in diversi Paesi sudamericani e in Europa, già fatta propria dal giudice spagnolo Baltasar Garzón con *Auto* del 16 ottobre 2008¹⁵⁹. Con tale provvedimento il giudice si era dichiarato competente a conoscere i crimini della Guerra Civile spagnola. La tecnica consiste nel far discendere la punibilità direttamente da convenzioni internazionali fra Stati (nel caso di specie la Convenzione de L'Aia del 1907 e la *Clausola Martens*) e qualificare i fatti sulla base di norme successive (in quel caso i crimini contro l'umanità ex art. 607 bis del Codice penale spagnolo, introdotto nel 2003). Siffatto tentativo non ha tuttavia avuto seguito, a fronte dell'impossibilità di superare la causa ostativa dell'amnistia spagnola (Ley 46/77 del 15 ottobre 1977), che non consente l'esercizio di azioni penali contro cittadini spagnoli per fatti commessi nell'ambito della Guerra Civile (sia dai franchisti che dai repubblicani)¹⁶⁰. Il *Tribunal Supremo*

¹⁵⁸ Sul diritto penale coloniale italiano, L. MARTONE, *Diritto d'oltremare: legge e ordine per le colonie del Regno d'Italia*, Milano, Giuffrè 2007.

¹⁵⁹ Per un commento critico a tale atto, A. GIL GIL, *La justicia de transición en España: de la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, Atelier 2009, 157 e ss.

¹⁶⁰ Cfr. *infra*, Cap. III, § 1.

ha infatti confermato, nel caso *Manos Limpias y Asociación Libertad e Identidad vs. Baltazar Garzón* (STS 101/2012), la perdurante operatività dell'amnistia, pur a fronte dell'adozione della *Ley de Memoria Histórica de España* (Ley 55/07 del 26 dicembre 2007)¹⁶¹.

Operando la legge di amnistia solo con riferimento ai crimini commessi da spagnoli, tale ostacolo non si pone invece per il procedimento pendente a Barcellona, sub n. 632/2012, nei confronti di militari volontari italiani e per il quale, nel 2013, la decima sezione della *Audiencia Provincial* di Barcellona ha disposto la riapertura delle indagini¹⁶². Oggetto del procedimento, ancora in fase istruttoria, sono le condotte di ventuno aviatori volontari, componenti la squadriglia "Baleari" sotto il comando del generale Vincenzo Velardi. Essi avrebbero preso parte a svariati bombardamenti (non solo quello già citato del 1938) che colpirono la popolazione civile di Barcellona e della Catalogna, dal 13 febbraio 1937 al 29 gennaio 1939, provocando la morte di 4.736 persone, oltre 7.000 feriti e la distruzione di 1.808 edifici. Tali bombardamenti sarebbero stati diretti esclusivamente contro obiettivi civili, nella fattispecie i più popolosi quartieri di Barcellona. A fronte della mancanza di una dichiarazione di guerra dell'Italia alla Spagna, il provvedimento del 2013 afferma che i fatti costituiscono un attacco a cittadini spagnoli e contro il governo legittimo repubblicano da parte di un esercito straniero. Ciò consente di ritenere che un procedimento penale su tali fatti non sia impedito dagli artt. 6 e 9 della legge spagnola di amnistia.

Il provvedimento del 2013 affronta anche i temi della qualificazione dei fatti e della prescrizione. Essi vengono qualificati come crimini contro l'umanità e crimini di guerra, sulla base rispettivamente degli artt. 607 bis e 608 del Codice penale spagnolo. La *Audiencia Provincial* si richiama quindi all'art. 15 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici delle Nazioni Unite e alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani¹⁶³. Ciò, al fine di legittimare da un lato l'imprescrittibilità di siffatti crimini sulla base del diritto internazionale, dall'altro la

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Il testo integrale del provvedimento è disponibile al seguente link: http://www.unipd.it/ilbo/sites/unipd.it.ilbo/files/interlocutoria_ARAFIL20130123_0001.pdf.

¹⁶³ Fra le molte la sentenza nel caso Corte EDU, *Kolk e Kislyly c. Estonia* (23052/04) del 17 gennaio 2006.

possibilità di condanna sulla base di una disposizione successiva. Si ritiene infatti che, pur in assenza di una disposizione che prevedesse una responsabilità penale individuale, il carattere criminale della condotta fosse noto agli autori, in virtù delle norme internazionali. Si afferma, in particolare, che il carattere criminale dei bombardamenti discende dalla Convenzione dell'Aia del 1907, vigente sia per la Spagna repubblicana (sulla base della Costituzione del 1932) che per l'Italia fascista. Nel provvedimento si considera che le summenzionate fattispecie del Codice penale spagnolo, pur essendo state introdotte con la *Ley Organica* 15/03 del 25 novembre 2003, non costituiscano un'incriminazione nuova. Esse si limiterebbero invece a convertire, in disposizioni di diritto positivo interno, dei crimini già riconosciuti come tali a partire dalla Convenzione dell'Aia del 1907. Tali crimini sarebbero inoltre imprescrittibili, sulla base della Risoluzione delle Nazioni Unite 2391/68. Un siffatto modo di procedere a livello giuridico, facendo discendere responsabilità penali individuali da convenzioni internazionali, ha tuttavia trovato sinora voci critiche in dottrina (anche se in relazione all'ipotesi di Garzón e non al caso specifico dei militari italiani)¹⁶⁴.

Quanto allo stato del procedimento in questione, in seguito alla riapertura delle indagini, nel 2014 il magistrato Olalla Ortega ha utilizzato lo strumento della rogatoria internazionale per due fini: in una rogatoria si chiede di assumere le dichiarazioni del pilota Luigi Gneccchi, proprio in quei giorni onorato con fasti dal governo italiano e dal Ministro della Difesa, Roberta Pinotti, per il suo centesimo compleanno¹⁶⁵; con una seconda si invita il Ministro della Difesa italiano a produrre l'elenco completo dei piloti volontari. Il nome di Gneccchi è infatti l'unico finora noto alle autorità spagnole. Inizialmente, sulla prima rogatoria il Ministro della Giustizia esercita il potere di cui all'art. 723 c.p.p. e rifiuta di dar corso alla stessa, mentre la seconda non trova risposta e la richiesta venne sospesa da Eurojust. Nel 2015 le autorità italiane mutano atteggiamento. Quanto alla prima richiesta, Luigi Gneccchi,

¹⁶⁴ GIL GIL sostiene che nel diritto bellico dell'epoca non è possibile rinvenire nessuna tipizzazione penale ed inoltre esso non si applica al caso spagnolo, in quanto riferibile solo ai conflitti internazionali (*ivi*, 159). Della stessa opinione AMBOS nella prefazione della stessa opera (*ivi* 14), nonché il procuratore Javier Zaragoza nel suo ricorso del 20 ottobre 2008 contro l'Auto del giudice Baltasar Garzón.

¹⁶⁵ Si veda A. LOPEZ DE MIGUEL, "Autoridades italianas homenajean a un piloto fascista que bombardeó España en la guerra", in *Público*, 20 aprile 2014, disponibile al seguente link: <http://www.publico.es/politica/autoridades-italianas-homenajean-piloto-fascista.html>.

all'età di 101 anni, è stato ascoltato dai Carabinieri come indagato, alla presenza del suo difensore, il 23 gennaio 2015. In tale sede il pilota afferma di essere stato fra i volontari, ma di aver effettuato solo voli di ricognizione; dichiara inoltre che né egli né la sua squadra hanno mai partecipato a bombardamenti della città di Barcellona o l'hanno mai sorvolata. Quanto alla seconda rogatoria, la Corte d'Appello di Roma ha risposto in senso negativo, con la motivazione che gli archivi del Ministero della Difesa relativi agli anni in questione non sono stati aggiornati o digitalizzati¹⁶⁶.

Tornando al profilo del diritto applicabile, meno problematica è la questione dei crimini commessi dagli italiani nella penisola balcanica, in quanto buona parte di essi è successiva all'entrata in vigore dei due Codici penali militari. Tali condotte si verificavano altresì all'interno di un conflitto internazionale (la seconda guerra mondiale) iniziato con un atto formale di dichiarazione dello stato di guerra. Quest'ultimo è un presupposto richiesto espressamente per l'applicazione del Codice militare di guerra (art. 3 c.p.m.g.), secondo le forme previste (prima dell'avvento degli artt. 78 e 87 c. 9 Cost.) dall'art. 11 della Legge di Guerra del 1938¹⁶⁷. Nel caso

¹⁶⁶ Si vedano al riguardo alcuni resoconti giornalistici: "Italia obstaculiza la investigación sobre los bombardeos de Barcelona", in *Público*, 25 agosto 2014, disponibile al seguente link: <http://www.publico.es/actualidad/italia-obstaculiza-investigacion-bombardeos-barcelona.html>; "Italia no proporcionará a la juez una lista de pilotos que participaron en los bombardeos de Barcelona", in *Europa Press*, 03 maggio 2015, disponibile al seguente link: <http://www.europapress.es/nacional/noticia-italia-no-proporcionara-juez-lista-pilotos-participaron-bombardeos-barcelona-20150503121806.html>.

¹⁶⁷ E tuttavia si era anche sostenuta una tesi per cui il semplice stato di guerra facesse sorgere direttamente l'applicazione delle leggi di guerra, quanto meno del Titolo IV del Libro III del Codice penale militare di guerra, che prevede i reati contro le leggi e gli usi di guerra, cristallizzando la normativa internazionale. Ciò sulla base dell'art. 7 della stessa Legge di Guerra, che prevede l'applicazione «ancorché non sia dichiarato lo stato di guerra [...] delle disposizioni della legge militare o di altra legge, che le prevede per un tempo di guerra» (si veda D. BRUNELLI - G. MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., 26). Tale tesi divenne così autorevole, che quando l'esercito italiano venne impegnato nella I Guerra del Golfo, il governo intervenne legislativamente per scongiurare l'applicazione automatica del Codice penale militare di guerra ai militari impegnati nella missione e disporre invece espressamente quella del Codice penale militare di pace (art. 1 c. 3 d.l. 19 gennaio 1991, n. 17., conv. con l. 20 marzo 1991, n. 88 e art. 3 c. 4 d.l. 23 agosto 1990, n. 247, conv. con l. 19 ottobre 1990, n. 298). La stessa linea è stata seguita per le c.d. *Missioni di Pace* successive (Macedonia, Albania, ex Jugoslavia, Kosovo, Hebron, Etiopia ed Eritrea). Solo a fronte dell'intervento militare in Afghanistan, quando non è più sostenibile il carattere "non armato" delle operazioni militari, il legislatore interviene con l'art. 2 della l. 31 gennaio 2002 n. 6 (che ha convertito il d.l. 1 dicembre 2001, n. 15), risolvendo così il contrasto fra la normativa nazionale e quella internazionale, che si applica in caso di conflitto, indipendentemente dalla dichiarazione (ad es. art. 2 comune delle Convenzioni di Ginevra del 1949). La legge non interviene sull'art. 3 c.p.m.g., bensì sull'art. 165 c.p.m.g., che apre il Titolo IV del Libro III. Il novellato art. 165 c.p.m.g. recita dunque «le disposizioni del presente Titolo si applicano in ogni caso di conflitto armato, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di guerra». La riforma ha inoltre eliminato i due istituti originariamente

della guerra in Etiopia e della Guerra Civile spagnola, tuttavia, l'esercito italiano era intervenuto militarmente senza una previa formale dichiarazione di guerra. Infine, in generale, si deve sottolineare che anche dove il Codice penale militare di guerra è applicabile, ciò non fa venire meno l'applicabilità, durante lo stato di guerra, né delle disposizioni del Codice penale, né di quelle del Codice penale militare di pace. A ciò si aggiunga che le leggi speciali sin qui analizzate per la punizione dei crimini fascisti (fra queste, ad esempio, il reato di *atti rilevanti* per il mantenimento del regime fascista) possono coprire anche i fatti commessi all'estero¹⁶⁸.

4.2 *La mancata persecuzione (1945 - 1951)*

Dall'esposizione che precede si evince che vi è la possibilità di ritenere penalmente rilevanti le condotte dei militari italiani all'estero. Nelle prossime pagine si analizzerà lo svolgimento della persecuzione delle stesse; si vedrà tuttavia, che è più corretto parlare di mancata persecuzione. Infatti, salvo i pochi casi dei militari italiani catturati e giudicati direttamente nei paesi vittime o dagli Alleati per delitti contro i prigionieri di guerra, i militari italiani non hanno mai subito alcun giudizio per crimini di guerra commessi all'estero.

presenti in tale articolo: la condizione di reciprocità e la punibilità dei reati a disposizione del comandante supremo, quando essi siano commessi da cittadini italiani contro lo Stato nemico (peraltro tale norma era limitata solo ad alcuni reati, in particolare quelli consistenti in atti illegittimi o arbitrari di ostilità, o in abuso dei mezzi per nuocere al nemico).

¹⁶⁸ L'unico caso che si riviene è quello di Francesco Jacomoni, emissario di Mussolini in Albania, condannato dall'Alta Corte di giustizia il 13 marzo 1945 per «atti di politica estera e di azioni delittuose intese al rafforzamento del fascismo, nel quadro della politica internazionale, svolgendo tra l'altro attività volte a promuovere gli assassinii di re Alessandro di Jugoslavia e del ministro degli Esteri francese Bathou» (Cfr. M. FRANZINELLI, *L'Amnistia Togliatti*, cit., 33), in seguito amnistiato. A questo proposito si evidenzia come, dopo l'assassinio di re Alessandro di Jugoslavia e la successiva invasione dei Balcani (sotto il regno di Pietro II), il Servizio di Informazione Militare italiano requisisce anche il tesoro della famiglia reale. Ciò non è stato oggetto esplicito di un giudizio penale, tuttavia, in seguito alle richieste di restituzione da parte del governo jugoslavo, il tesoro viene riconsegnato nel 1947 dalla Banca d'Italia, pur con un ammanco di 20 tonnellate di lingotti d'oro. Poiché il trasporto del tesoro dalla Jugoslavia era stato affidato a Licio Gelli, allora ispettore del PNF, sono state formulate ipotesi sul destino dei lingotti e sul legame fra queste e le attività "occulte" di Gelli durante la Prima Repubblica, soprattutto in seguito alla confisca allo stesso di lingotti nascosti; si tratta tuttavia di ipotesi non provate, in cui il confine fra giornalismo e complottismo non è facilmente individuabile (Cfr. 'Muore Licio Gelli, il Venerabile custode di molti segreti italiani', in *Altalex*, 16 dicembre 2015, disponibile al seguente link: <http://www.altalex.com/documents/news/2015/12/16/morto-licio-gelli>).

4.2.1 *Le pretese delle potenze alleate e la United Nations War Crimes Commission*

La questione della punibilità dei militari italiani diviene attuale solo a fronte delle pressioni internazionali. L'art. 29 delle *Condizioni aggiuntive di armistizio con l'Italia* (note anche come Armistizio di Malta o *Armistizio lungo*) del 29 settembre 1943 prevedeva, oltre alla consegna agli Alleati di Mussolini, anche quella dei «suoi principali associati fascisti e [di] tutte le persone sospettate di aver commesso delitti di guerra o reati analoghi, i cui nomi si trovino sugli elenchi che verranno comunicati dalle Nazioni Unite». Mentre le prime richieste di estradizione giungono alla *United Nations War Crimes Commission* nel 1945, il Regno Unito e gli Stati Uniti d'America decidono di procedere autonomamente ad istruire in Italia dei processi, davanti a propri tribunali militari, contro italiani colpevoli di crimini commessi nei confronti dei loro rispettivi cittadini. Il caso più noto è quello di Nicola Bellomo, condannato a morte da un tribunale militare britannico e fucilato l'11 settembre 1945, nonostante le pressioni italiane per la clemenza¹⁶⁹. Nel frattempo alcuni italiani vengono processati all'estero, in Francia, Jugoslavia e Grecia. Il governo italiano usa molte pressioni per ottenerne la liberazione (la Grecia ad esempio, mentre condanna all'ergastolo Giovanni Ravalli, accetta la liberazione di tre criminali di guerra italiani nel 1950; dei sette condannati in URSS, uno viene liberato nel 1954)¹⁷⁰.

Parallelamente, nell'ambito della *United Nations War Crimes Commission*, fin dal luglio 1945 il governo italiano riceve liste di italiani indiziati di crimini di guerra, formulate da Unione Sovietica, Jugoslavia, Gran Bretagna, Grecia, Albania e Etiopia. I criminali di guerra menzionati possono essere raggruppati in due grandi categorie: i responsabili di maltrattamenti e violenze contro prigionieri di guerra (era il gruppo di coloro che erano stati incriminati dalla Gran Bretagna e, in parte, anche dagli Stati Uniti); i responsabili di crimini di guerra veri e propri, commessi

¹⁶⁹ Due inchieste italiane affermano che Bellomo ha legittimamente sparato a prigionieri inglesi che tentavano di fuggire; la sentenza britannica non è mai stata ratificata e nel 1951 a Bellomo viene attribuita la medaglia d'argento al valore militare. Secondo la storica Isabella INSOLVIBILE il processo a Bellomo presenta delle irregolarità e non gli è stata data una completa possibilità di difendersi (cfr. *La Resistenza nel Meridione d'Italia*, di Giancarlo MANCINI, Italia 2015, puntata del programma di Rai Storia *Il tempo e la storia*, disponibile al seguente link: <http://www.raistoria.rai.it/articoli/la-resistenza-nel-meridione-d%E2%80%99italia/32908/default.aspx>).

Lo stesso tribunale britannico condanna anche Italo Simonetti, fucilato il 27 gennaio 1947.

¹⁷⁰ M. FRANZINELLI, *L'Amnistia Togliatti*, cit., 96.

principalmente contro le popolazioni civili dei paesi invasi dal fascismo (Jugoslavia, URSS, Grecia, Albania, Etiopia)¹⁷¹.

L'Italia viene avvantaggiata dal ruolo politico minoritario ricoperto da tali ultimi Paesi presso la Commissione dai Paesi vittime di crimini italiani. Ciò avviene innanzitutto perché la Commissione ha deciso di limitare le proprie indagini solo a crimini commessi durante il secondo conflitto mondiale¹⁷², il che porta a negare la partecipazione dell'Etiopia, che tuttavia effettua nuovi tentativi in occasione del processo italiano a Rodolfo Graziani (che non considerava i crimini commessi all'estero) e nel 1947, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Pace con l'Italia. Nonostante i molti sforzi diplomatici italiani infatti¹⁷³, il Trattato di Parigi fra l'Italia e le potenze alleate del 10 febbraio 1947, all'art. 45 dispone: «L'Italia prenderà tutte le misure necessarie per assicurare l'arresto e la consegna ai fini di un successivo giudizio: 1. delle persone accusate di aver commesso od ordinato crimini di guerra e crimini contro la pace o l'umanità, o di complicità in siffatti crimini». Il Trattato estende dunque così ai criminali italiani le nuove categorie penalistiche tipizzate dallo statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga. Solo poco prima di sciogliersi, nella riunione del 4 marzo 1948 la Commissione riconosce la fondatezza delle accuse presentate dagli etiopici ed iscrive dieci italiani nelle liste dei criminali di guerra. Il governo etiopico prepara dunque un *aide-mémoire* per chiedere all'Italia la consegna dei due militari ritenuti maggiormente responsabili (Rodolfo Graziani e Pietro Badoglio) sulla base dell'art. 45 del Trattato di Pace. Nel documento si chiede che essi vengano processati da un tribunale internazionale «formato da una maggioranza di giudici non etiopici». Tale tribunale avrebbe dovuto agire «secondo i principi legislativi e la procedura»¹⁷⁴ seguiti dal Tribunale Militare Internazionale di

¹⁷¹ Cfr. Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione di Minoranza*, XIV Legislatura, Doc. XXIII, n. 18-bis, Presentazione 24.01.2006, 94, disponibile al seguente link: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/203175.pdf>. I numeri ivi indicati sono molto alti: la lista della *United Nations War Crimes Commission* include 729 richieste dalla Jugoslavia, 111 dalla Grecia, 933 dalla Francia, 833 dagli Alleati, 12 dall'URSS, 3 dall'Albania; con note verbali diretti al Ministero degli Esteri ne vengono chiesti ulteriori 27 dalla Jugoslavia, 74 dalla Grecia, 4 dalla Francia, mentre 600 erano i casi di italiani già sottoposti a giudizio dagli Alleati.

¹⁷² CAB 66/57, WP(44)648, memorandum Eden, 4.11.1944; CAB 65/44, WM152(44), 21.11.1944; CAB 65/44, WM152(44), 21.11.1944, Cfr. E.G.H. PEDALIU, op. cit., 515.

¹⁷³ Per un resoconto degli stessi, *ivi*.

¹⁷⁴ Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione di Minoranza*, cit., 99.

Norimberga. Proposta che non viene mai accolta dall'Italia e non trova seguito neanche dopo ulteriori tentativi diplomatici dell'Etiopia, nel 1950.

Nel 1947, il governo italiano ottiene da Regno Unito e Stati Uniti la consegna dei criminali di guerra già condannati a pene detentive dai rispettivi tribunali militari (su suolo italiano). La diplomazia vaticana ottiene poi nel 1949 per gli stessi l'autorizzazione alle autorità italiane a diminuire la pena per buona condotta o a scarcerare per grave malattia. Le autorità italiane applicano arbitrariamente anche il beneficio della libertà provvisoria, il che consente molteplici scarcerazioni immediate. In seguito a proteste britanniche, tale misura non viene invece applicata agli ultimi tre detenuti rimasti, l'ultimo dei quali fu poi graziato nel 1953¹⁷⁵.

4.2.2 I crimini in Jugoslavia e l'attività della Commissione Casati

Grazie all'attività diplomatica, fondata sulla pretesa (in contrasto con il Trattato di Pace) di giudicare i propri connazionali, nel 1948 l'Italia ottiene la rinuncia ad avvalersi dell'art. 45 del Trattato da parte della Grecia, del Regno Unito¹⁷⁶ e degli Stati Uniti. Il "problema" principale per il governo italiano era dunque dato dalle richieste jugoslave. Anche in questo caso, a vantaggio dell'Italia sulla scena diplomatica intervengono diversi fattori:

- la mancata partecipazione della Russia ai lavori della Commissione, a causa della questione diplomatica circa il mancato riconoscimento delle Repubbliche Sovietiche del Baltico (nella fase iniziale, la Russia era il principale alleato della Jugoslavia di Tito);
- la reazione degli Alleati a fronte della repressione anti-italiana e degli eventi del 1945, che colmarono nell'occupazione jugoslava di Trieste e di

¹⁷⁵ *Ivi*, 100.

¹⁷⁶ Con riferimento al Regno Unito, prima di tale rinuncia l'Italia nega, nel 1947, l'estradizione del milite della Guardia Nazionale Repubblicana Costantino Forti, responsabile di crimini ai danni del sergente britannico Patridge. In seguito alla rinuncia britannica del 1948, l'Italia viene meno all'impegno diplomatico assunto in cambio della rinuncia: quello di processare sette italiani colpevoli di crimini contro cittadini britannici, sulla base di elementi istruttori forniti dai tribunali militari britannici. Si trattava, oltre al suddetto Costantino Forti, del capitano Tamianti/Tamienti/Taminiti, Pasquale Torregrossa, Nicola Furlotti, il capitano Vincenzo Ruisi, Settimo Ricci e il maresciallo Mario Marzucchi. Il materiale viene trasmesso alla Commissione d'inchiesta sui criminali di guerra italiani secondo alcuni Stati, la quale nel 1950 decide di "rinviare a tempo indeterminato" la prosecuzione degli atti dei processi. *Ivi*, 134.

parte della Venezia Giulia (1 maggio - 12 giugno 1945)¹⁷⁷; ciò rese attuale la prospettiva di un'estensione a ovest dell'area di influenza sovietica;

- la rottura delle relazioni diplomatiche fra Jugoslavia e Russia il 28 giugno 1948; ciò fece venir meno l'unico alleato della Jugoslavia (e dell'Albania), così come il (pur limitato) appoggio di cui le richieste jugoslave godevano nel PCI filosovietico;
- il confronto con i crimini commessi dall'ex alleato tedesco, obiettivamente di una gravità maggiore.

Nel frattempo, su richiesta del governo italiano, il Servizio informazioni militari dello Stato maggiore generale si impegna in un'intensa attività per contrastare le richieste jugoslave. E' un'operazione al tempo stesso di delegittimazione della Jugoslavia e di autolegittimazione presso le potenze alleate. Tale attività, in cui sono impegnati sia il Ministero degli Esteri che quello della Guerra, è diretta a raccogliere documentazione su diversi settori:

- sui crimini commessi dagli jugoslavi ai danni della popolazione italiana;
- sui crimini commessi dagli jugoslavi ai danni della popolazione jugoslava;
- sull'attività svolta dai militari italiani a sostegno della popolazione jugoslava (in particolare mostrando le differenze rispetto ai nazisti e mettendo in luce alcuni eventi positivi);
- sulle accuse mosse dalla Jugoslavia ai singoli italiani¹⁷⁸.

¹⁷⁷ E.G.H. PEDALIU, op. cit., 511.

¹⁷⁸ Si veda F. FOCARDI, *I mancati processi ai criminali di guerra italiani*, in L. BALDISSARA - P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire*, cit., 185 - 214, 188, nonché M. FRANZINELLI, "Salvate quei generali Ad ogni costo e La memoria censurata", in *Millenovecento*, n. 3, 2003, 112 -120; C. DI SANTE (a cura di), *Italiani senza onore. I crimini in Jugoslavia e i processi negati (1941 - 1951)*, Verona, Ombre Corte 2005. Tale documentazione, raccolta dal c.d. Gruppo di Ricerche, formato per i motivi anzidetti, è contenuta nel Fondo H8 dell'Archivio dell'Ufficio Storico dello Stato Maggiore dell'Esercito Italiano (AUSSME). Il fondo H8 denominato *Crimini di guerra* composto da 105 buste (inizialmente 104) e attualmente conservato presso l'archivio dell'Ufficio Storico S.M.E. corrisponde all'archivio non ordinato della III sezione Zuretti - Gruppo Ricerche dell'Ufficio Informazioni. Complementari a questo archivio sono pure 22 buste del fondo *Diari storici della 2° guerra mondiale*, relative all'attività della Commissione d'inchiesta sui criminali di guerra italiana secondo alcuni Stati. Dopo essere stati esaminati dalla Commissione parlamentare d'inchiesta, tali documenti sono stati di recente aperti alla consultazione di un pool di storici e archivisti dell'Associazione *Coordinamento Adriatico*. Per una primissima analisi (ed indicizzazione) degli stessi, V. ILARI - E. LODOLINI - D. ROSSI - G. F. SIBONI, *Fondo H8, crimini di guerra. Studi storici e consistenza archivistica*, Milano, Leone 2014. Per un'analisi dei crimini commessi a danno degli italiani, sia in Jugoslavia che in Italia da parte delle potenze alleate, E. LODOLINI, *Crimini di guerra: da che parte è la verità? Il caso della ex Jugoslavia, 1941-1943*, *ivi*, 75-121.

Nell'ambito di quella che si è qui voluta denominare attività di autolegittimazione, si segnala in particolare quella diretta ad «accattivarsi le simpatie degli ambienti ebraici americani e britannici»¹⁷⁹. Essa viene realizzata essenzialmente attraverso la costruzione del “mito” degli italiani come “salvatori degli ebrei”¹⁸⁰.

Sia i partiti italiani, trasversalmente, che gli organi di stampa (con l'eccezione iniziale della stampa filocomunista¹⁸¹) rivendicano il diritto a giudicare in patria i presunti criminali italiani. Al fine di mostrare all'estero l'esistenza di un'intenzione seria ed effettiva ad avviare procedimenti nei loro confronti, il 6 maggio 1946 viene istituita presso il Ministero della Guerra la Commissione d'inchiesta sui criminali di guerra italiani secondo alcuni Stati. Essa è presieduta dall'ex Ministro della Guerra, il liberale Alessandro Casati, cui segue Luigi Gasparotto, già Ministro dell'Aeronautica. Nel corso del 1946, il governo rende noto un elenco, stilato dalla Commissione, contenente ventisei nomi¹⁸² di italiani da deferire alla Procura Militare di Roma, territorialmente competente. La Commissione riceve anche memoriali difensivi degli indagati. Vengono emessi alcuni mandati di cattura¹⁸³, ma gli interessati erano stati avvisati anticipatamente, in modo da riuscire a scappare all'estero. Lo scopo reale della Commissione si rivela tuttavia essere principalmente di tipo dilatorio. Nonostante i suddetti elenchi siano resi pubblici già nel 1946, la Commissione conclude i lavori solo nel 1955, quando la Jugoslavia titoista è ormai isolata sulla scena internazionale.

¹⁷⁹ Espressione di Guri SCHWARZ, cfr. F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il buon italiano*, cit., 113.

¹⁸⁰ Sul tema cfr. *infra*, Cap. I, § 4.2.4.

¹⁸¹ Così F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il buon italiano*, cit., 113, nonché Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei criminali nazifascisti, *Relazione di Minoranza*, cit. 101 e ss.

¹⁸² Nella fattispecie ventisette, ma solo ventisei ancora in vita: Mario Roatta (all'epoca latitante), Mario Robotti (all'epoca latitante), Giuseppe Bastianini (rifugiato in Svizzera), Vincenzo Serrentino (in seguito arrestato e giustiziato dagli jugoslavi), Gherardo Magalli, Pietro Caruso (già giustiziato per crimini commessi in Italia), Francesco Giunta, Giuseppe Alacevich, Armando Rocchi, Alessandro Pirzio Biroli, Emilio Grazioli, Gastone Gambara, Francesco Zani, Renato Coturri, Luigi Dal Negro, Gualtiero Sestilli, Roberto Brunelli, Salvatore Spitalieri, Giovanni Pais, Giuseppe Viscardi, Giuseppe Delogu, Giuseppe Sartori, Gaspero Barbera, Temistocle Testa, Umberto Fabbri, Giuseppe Gaetano, Alfredo Roncoroni.

¹⁸³ Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei criminali nazifascisti, *Relazione di Minoranza*, cit. 131.

Nel 1950 il presidente della Commissione e il Vice-procuratore generale presso il Tribunale Supremo Militare¹⁸⁴, che sta procedendo con le istruttorie su indicazione della Commissione, si ritrovano in un'apposita riunione per esaminare l'interpretazione proposta dai difensori degli indagati. Tale interpretazione ha già ricevuto l'avvallo dell'Ufficio del contenzioso diplomatico di Palazzo Chigi. Essa consiste nel ritenere che l'art. 45 del Trattato di Parigi non possa dirsi prevalente rispetto all'art. 165 c.p.m.g. allora vigente¹⁸⁵. Tale articolo condizionava la procedibilità alla reciprocità, ossia alla garanzia che lo Stato estero (ai danni della cui popolazione i crimini erano stati commessi) potesse garantire "parità di tutela allo Stato italiano ed ai suoi cittadini per atti compiuti dai propri". Secondo Palazzo Chigi e i difensori degli indagati, non si deve quindi procedere, laddove vi sia la prova della mancanza di reciprocità da parte jugoslava. Tale interpretazione viene ribadita in una riunione interministeriale del 1951 e contemporaneamente il Ministero degli Esteri presenta alla Difesa formale richiesta di archiviazione dei procedimenti aperti, «risultando l'azione della Commissione stessa superata dalle circostanze»¹⁸⁶. In seguito, parallelamente, da un lato la Commissione d'inchiesta sui criminali di guerra italiani secondo alcuni Stati chiude i propri lavori con una «assoluzione complessiva»¹⁸⁷, dall'altro il Tribunale Supremo Militare chiude tutti i procedimenti sulla base dell'eccezione di improcedibilità di cui all'art. 165 c.p.m.g. Con D.P.R. 5 aprile 1965, n. 5 viene concessa la grazia a 63 cittadini jugoslavi condannati (presumibilmente in contumacia)¹⁸⁸ per crimini di guerra contro italiani.

4.2.3 *Le iniziative più recenti: breve excursus*

¹⁸⁴ Soppresso nel 1981, le sue funzioni sono oggi esercitate dalla Corte di Cassazione.

¹⁸⁵ Anche se, come già detto, tale norma era limitata solo ad alcuni reati, in particolare quelli consistenti in atti illegittimi o arbitrari di ostilità, o in abuso dei mezzi per nuocere al nemico.

¹⁸⁶ Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione di Minoranza*, cit. 135.

¹⁸⁷ Cfr., *ibidem*.

¹⁸⁸ Sic., *ibidem*.

Nelle parole dalla relazione di minoranza della Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti¹⁸⁹, «in conclusione, delle centinaia di civili e militari italiani posti sotto accusa per crimini di guerra, i soli a venire condannati e puniti furono quei pochi catturati e giudicati direttamente nei paesi vittime dell'aggressione fascista e coloro che furono processati dagli Alleati in Italia per delitti commessi contro i prigionieri di guerra [...] L'Italia non ha subito alcun giudizio per i propri crimini di guerra, come invece hanno subito i suoi alleati del Patto tripartito, la Germania e il Giappone. [...] La mancanza di una "Norimberga italiana" ha notevolmente contribuito a fissare una rappresentazione parziale e distorta della guerra»¹⁹⁰. I processi celebrati in Italia a criminali di guerra richiesti da Paesi stranieri, come Rodolfo Graziani e Mario Roatta, non hanno incluso nessun riferimento a crimini commessi all'estero, ma hanno tutti avuto ad oggetto altri fatti¹⁹¹. Uno storico militare¹⁹² spiega tale risultato con il concorso di tre fattori:

¹⁸⁹ Sul tema *infra*, Cap. I, § 6.2.4.

¹⁹⁰ Cfr. Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione di Minoranza*, cit., 136.

¹⁹¹ Al contrario si può leggere come una beffa il fatto che, nel processo italiano a Rodolfo Graziani, imputato di *collaborazionismo*, è stata applicata dal Tribunale militare di Roma (con sentenza confermata dal Tribunale Supremo Militare) l'attenuante ex art. 26 c.p.m.g., che prevede una diminuzione della pena per atti di valore militare, proprio con riferimento alle campagne estere. L'attenuante in parola è stata concessa «a riconoscimento che non consente discussioni del valore militare e del tributo di sangue dedicati alla patria nelle molte campagne alle quali Rodolfo Graziani ha partecipato». Cfr. F. COLAO, *I processi a Rodolfo Graziani. Un modello italiano di giustizia di transizione dalla Liberazione all'anno Santo*, in G. FOCARDI - C. NUBOLA (a cura di), *Nei tribunali*, cit., 169 - 220, 211. In occasione della sua morte nel 1955, il Corriere della Sera scrive che «il giudizio della storia non potrà disconoscere i servizi resi alla patria da Graziani nel periodo più luminoso e, purtroppo, effimero, della sua carriera di soldato» (cfr. *ivi* 218). In anni recenti ha suscitato indignazione (soprattutto all'estero) il monumento realizzato in onore del generale Graziani, a spese della Regione Lazio, sotto la presidenza di Renata Polverini. I finanziamenti pubblici stanziati per la realizzazione parallela di un museo e di un parco in onore di Graziani sono stati tuttavia revocati sotto la presidenza di Nicola Zingaretti. Il monumento è stato inoltre imbrattato di scritte di natura differente; da ciò sono scaturite indagini, sia per apologia di fascismo, sia per danneggiamento. Si veda G.A. STELLA, "Quel mausoleo alla crudeltà che non fa indignare l'Italia", in *Corriere della sera*, 30 settembre 2012, disponibile al seguente link:

http://www.corriere.it/politica/12_settembre_30/mausoleo-crudelta-non-fa-indignare-italia-gian-antonio-stella_310bba88-0ac9-11e2-a8fc-5291cd90e2f2.shtml;

L. MARSHALL, "678 giorni di vergogna", in *Internazionale*, 20 giugno 2014, disponibile al seguente link: <http://www.internazionale.it/opinione/lee-marshall/2014/06/20/678-giorni-di-vergogna>;

"Affile: Regione revoca finanziamento per mausoleo a Rodolfo Graziani" in *Corriere della sera*, 23 aprile 2015, disponibile al seguente link: http://roma.corriere.it/notizie/cronaca/15_aprile_23/affile-

- 1) il fatto che i crimini sono stati commessi quasi esclusivamente in Russia, nei Balcani e in Africa: «ossia, secondo la resiliente deformazione occidentalista, *in corpore vili*»¹⁹³;
- 2) il fatto che «i crimini italiani in Africa non erano certo peggiori di quelli commessi dalle altre potenze coloniali»¹⁹⁴;
- 3) il fatto che «le più qualificanti richieste di estradizione riguardavano protagonisti militari e politici della cobelligeranza e della guerra di liberazione o personaggi in seguito valorizzati dalla propaganda anticomunista e atlantista, anche allo scopo di recuperare consensi nell'elettorato di destra»¹⁹⁵.

Nel 1993 viene istituita una Commissione mista italo-slovena composta da quattordici storici, la quale ha presentato il proprio rapporto nel 2000¹⁹⁶. Nel 2007 il governo croato protesta in seguito all'iniziativa del Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, di conferire ai familiari di Vincenzo Serrentino la medaglia

regione-revoca-finanziamento-mausoleo-rodolfo-graziani-7af0a1b8-e9b0-11e4-8a77-30fce419003.shtml.

Per la reazione nei media etiopi, "Ethiopians outraged by monument to notorious Italian war criminal", in *Ecadforum. Ethiopian News & Opinions*, 22 settembre 2012, disponibile al link: <http://ecadforum.com/blog1/ethiopians-outraged-by-monument/>;

si veda inoltre G. PIANIGIANI, "Village's Tribute Reignites a Debate About Italy's Fascist Past", in *The New York Times*, 28 Agosto 2012, disponibile al seguente link: http://www.nytimes.com/2012/08/29/world/europe/village-reignites-debate-over-italys-fascist-past.html?_r=0.

¹⁹² V. ILARI, *I crimini di guerra nell'immagine internazionale dell'Italia*, in V. ILARI - E. LODOLINI - D. ROSSI - G. F. SIBONI, *Fondo H8, crimini di guerra*, cit., 36 - 74; *ivi* anche per ulteriori rimandi bibliografici.

¹⁹³ Cfr. *ivi*, 48.

¹⁹⁴ Cfr. *ibidem*.

¹⁹⁵ Cfr. *ibidem*. Aggiunge l'Autore: «la notizia non è che c'era una guerra civile congelata da una Guerra Fredda, ma che la conflittualità politica interna non bastava a mettere spontaneamente in questione la buona coscienza e l'autostima nazionale. Lo stesso Partito comunista [...] vi ha profondamente radicato la memoria dei crimini nazifascisti commessi a danno di italiani, non quelli commessi durante le guerra coloniali e le occupazioni italiane. Anzi, proprio l'egemonia a lungo esercitata dal Partito comunista sulla critica etico-politica della storia nazionale ha fattivamente contribuito alla rimozione delle responsabilità italiane. Il legame internazionalista con l'Unione sovietica, che relegava il Pci all'opposizione in un paese schierato con l'Occidente, è servito all'Ostpolitik italiana, consentendo di fatto un gioco delle parti consociativo tra maggioranza atlantista e opposizione pro-sovietica in nome del comune e superiore interesse nazionale» (*ivi*, 49).

¹⁹⁶ Cfr. *supra*, Cap. I, § 1.

conferita ai familiari dei c.d. infoibati nell'ambito della *Giornata del Ricordo*¹⁹⁷. Serrentino è infatti un militare italiano condannato e giustiziato dagli jugoslavi per repressione dei partigiani¹⁹⁸.

Nel 2008 alcuni fonti giornalistiche¹⁹⁹ riportano la notizia di una nuova apertura delle indagini relative ai crimini di guerra italiani nei Balcani, da parte dell'allora procuratore militare di Roma, Antonio Intelisano. La notizia induce il giornalista "scopritore" del c.d. *Armadio della vergogna* a parlare di un possibile "secondo *Armadio della vergogna*".²⁰⁰ In realtà, al di là dell'enfasi giornalistica, quella che lì veniva denominata come indagine era solo un generico studio conoscitivo sui vecchi fascicoli, non seguito da nessun procedimento giudiziario²⁰¹. Al contrario nel 2011, il nuovo procuratore di Roma, Marco De Paolis, apre una vera e propria indagine con riferimento all'eccidio di Domenikon, noto anche come "la

¹⁹⁷ Si veda F. FOCARDI, *Rielaborare il passato. Usi pubblici della storia e della memoria in Italia dopo la Prima Repubblica*, in G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare*, cit., 241 - 271, 260. Non si tratta dell'unico caso. Fra i destinatari di tale onorificenza, conferita annualmente il 10 febbraio, si registrano circa 300 militi della RSI e cinque criminali di guerra presenti sulle liste jugoslave. Oltre a Serrentino, unico nome citato anche nella relazione della Commissione italiana, si tratta del carabiniere Giacomo Bergognini (che l'8 agosto 1942 partecipò a un raid nell'abitato di Ustje, in Slovenia, dove vennero incendiate case, famiglie radunate nel cimitero e picchiate ed otto uomini presi, torturati di fronte a tutti e uccisi con il coltello o con il fucile), del finanziere Luigi Cucè, dell'agente di polizia Bruno Luciani e dei militi Romeo Stefanutti e Iginio Privileggi (responsabili di deportazioni, fucilazioni di partigiani e torture); quest'ultimo non fu nemmeno infoibato, bensì giudicato da un tribunale jugoslavo, condannato a morte e fucilato. Cfr. A. FULLONI, "Foibe, 300 fascisti di Salò ricevono la medaglia per il giorno del ricordo", in *Corriere della sera*, 23 marzo 2015.

¹⁹⁸ Cfr. *supra*, Cap. I, § 1.

¹⁹⁹ Cfr. D. MESSINA, "Crimini di guerra italiani, il giudice indaga", in *Corriere della sera*, 07 agosto 2008.

²⁰⁰ Articolo di Franco GIUSTOLISI comparso sul *Manifesto* il 28 giugno, citato *ibidem*.

²⁰¹ L'indagine traeva origine da un esposto del 16 marzo 2008 presentato presso il Consiglio della magistratura militare dal Procuratore militare di Padova, Sergio Dini, il quale chiede di verificare «a. se nel corso del dopoguerra siano stati celebrati processi o comunque intraprese indagini sulle vicende in discorso; b. nel caso che ciò non risulti (come in effetti consta allo scrivente), per quali ragioni ciò non sia mai avvenuto nonostante la inequivoca esistenza di vere e proprie notizie di reato al riguardo risalenti già alla seconda metà degli anni quaranta; c. per quali ragioni non abbiano avuto esiti processuali le risultanze della commissione di inchiesta nominata con D.M. 6 maggio 1946 (cosiddetta Commissione Gasparotto) che pure aveva individuato una serie di elementi e nominativi sui quali si sarebbe ben potuta instaurare proficua attività processuale. Ciò anche al fine di individuare profili di responsabilità in capo ad appartenenti all'ordine giudiziario militare, o di chiarire l'esistenza di eventuali ragioni (estraneae alla responsabilità della Magistratura Militare) in ordine a questo macroscopico caso di denegata giustizia».

Marzabotto della Tessaglia”²⁰². In tale atto di rappresaglia sul modello nazista, la 24° Divisione Fanteria Pinerolo uccise, nella notte fra il 16 e il 17 febbraio 1943, 150 civili maschi disarmati, poi ammassati in fosse comuni. Si tratta del più grave, ma non unico, episodio di rappresaglia sui civili greci ad opera dell’esercito italiano. In riferimento a tale eccidio, nel 2009 si sono avute delle scuse ufficiali a nome dell’Italia da parte dell’ambasciatore italiano in Grecia. Aperta in seguito ad istanze da parte dei famigliari delle vittime²⁰³, l’indagine della procura militare di Roma viene tuttavia archiviata nel 2016, in seguito al verificato decesso di tutti gli indagati.

4.2.4 *Postilla sul mito degli italiani come “salvatori degli ebrei”*

Alcune parole meritano di essere spese circa l’impegno del governo italiano nella costruzione del già menzionato mito degli italiani come “salvatori degli ebrei”. Tale postilla viene qui inserita in quanto il mito nasce anche come scelta politica, al fine di ottenere un’immagine positiva dell’Italia presso gli Alleati e di evitare quindi il sostegno di tali Paesi delle istanze di estradizione dei militari italiani per crimini commessi all’estero. Tale tema è inoltre rilevante perché incide su un aspetto che verrà trattato nel capitolo conclusivo: la costruzione della memoria storica²⁰⁴.

4.2.4.1 *La costruzione di un mito*

L’esempio paradigmatico della costruzione del mito, è dato dall’esaltazione (pubblicata sui giornali direttamente da un funzionario di Palazzo Chigi, Roberto Ducci, sotto pseudonimo) dell’episodio del salvataggio di alcune migliaia di ebrei croati, che avevano trovato rifugio nei territori controllati dagli italiani e che

²⁰² Il paese, nel 1998, è stato dichiarato dal governo greco “città martire”. Sulla strage, E. AROSIO, “Grecia 1943: quei fascisti stile SS”, in *L’Espresso*, 28 febbraio 2008, nonché il documentario *La guerra sporca di Mussolini*, di Giovanni DONFRANCESCO, Italia 2008.

²⁰³ L’ambasciatore d’Italia ad Atene, Gianpaolo Scarante, ha assistito nel 2009 a Domenikon alla commemorazione dell’eccidio commesso dalle truppe italiane di occupazione il 16 febbraio del 1943. “Sono venuto con dolore e commozione per esprimere il mio profondo cordoglio a tutte le vittime di Domenikon”, ha affermato l’ambasciatore in un discorso davanti ad autorità civili e militari e a un certo numero di parenti delle vittime dell’eccidio. Sull’evento si veda la notizia ANSA al seguente link: <http://www.storiainrete.com/1262/ultime-notizie/litalia-chiede-perdono-per-rappresaglia-in-grecia-nel-1943/>

²⁰⁴ Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.

Mussolini si era rifiutato di consegnare ai tedeschi, mantenendone la custodia nel campo di concentramento italiano sull'isola di Arbe (Raab). Alla liberazione del campo, vi erano 3.500 ebrei. Nonostante sia stato Mussolini ad aver ordinato di non consegnarli, dopo un precedente nulla osta ufficiale dato a Berlino, Ducci attribuisce invece il merito ai soldati, che avrebbero così tradito Mussolini per salvare gli ebrei. Con questa ricostruzione, si vuole separare le azioni dell'esercito e dei diplomatici da quelle del Duce ormai morto, cui unicamente deve essere attribuita la colpa dell'alleanza con Hitler e della guerra. A tale articolo fanno seguito, sempre su spinta di Palazzo Chigi, numerosi lavori di esaltazione pubblica di singoli episodi concreti. Si tratta senza dubbio di episodi veri ed encomiabili, ma isolati e minoritari rispetto alle leggi razziali, all'antisemitismo diffuso nella società italiana e soprattutto al ruolo dell'RSI nella "caccia all'ebreo"²⁰⁵ e nella deportazione. Solo in anni molto recenti, si è dimostrato che l'atteggiamento degli italiani nei confronti degli ebrei dei Balcani era dovuto «a un mero calcolo politico»²⁰⁶, nella competizione con la Germania per il controllo della regione.

Più recentemente, in seguito alla produzione televisiva su Giorgio Perlasca e alla celebrazione del console di Salonico Guelfo Zamboni, entrambi fascisti sì, ma "bravi italiani" e "salvatori di ebrei", si è parlato di una politica mediatica di «legittimazione del fascismo attraverso l'Olocausto»²⁰⁷. Ancora oggi si rinvengono opere che nobilitano figure importanti del fascismo alla luce di (ri)scoperti atteggiamenti di solidarietà nei confronti di singoli ebrei²⁰⁸. Questo quadro è del resto favorito dal fatto che, in Italia, la narrazione della persecuzione ebraica è avvenuta esclusivamente dalla prospettiva (frammentaria e parziale) dei racconti biografici dei sopravvissuti, con un comprensibile appiattimento sul trauma più recente

²⁰⁵ Così F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il buon italiano*, cit., 113.

²⁰⁶ Cfr. R. NATTERMANN, *Italian Commemoration of the Shoah. The Construction of a Survivor-oriented Narrative and its Impact on Italian Politics and Practices of Remembrance*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), *A European Memory?*, cit., 204 - 211, 209.

²⁰⁷ in questo senso E. PERRA, "Legitimizing Fascism through the Holocaust? The Reception of the Miniseries "Perlasca: un eroe italiano" in Italy", in *Memory Studies*, 3/2, 2010, 95 - 109.

²⁰⁸ A titolo di esempio confronta Paolo MIELI, che nel suo libro riabilita la figura di Giovanni Gentile, esponente di spicco del fascismo e della RSI, assassinato da un commando gappista; MIELI, come già Rosella FARAONE e Paolo SIMONCELLI, rivaluta Gentile sulla base del rapporto con alcuni ebrei all'interno della casa editrice Sansoni (cfr. P. MIELI, *I conti con la storia. Per capire il nostro tempo*, Milano, Rizzoli 2013, 120 - 131, *ivi* anche per gli ulteriori rimandi bibliografici).

dell'occupazione nazista e della deportazione e una messa in ombra delle leggi razziali fasciste²⁰⁹. Il risultato quindi è stata la creazione di un'immagine dell'Italia come “*safe heaven*” per gli ebrei²¹⁰.

Ciò che stupisce, come diverse opere dottrinali testimoniano²¹¹, è che quest'operazione, coltivata negli anni successivi dal cinema e dalla letteratura, ha trovato successo non solo nell'immaginario collettivo degli italiani, ma anche all'estero. È dunque affascinante, in questo senso, visitare il Museo *Yad Vashem* di Gerusalemme, il museo ufficiale israeliano sulla *Shoah*, nonché memoriale delle vittime. Leggendo la cartellonistica che ricostruisce la *Shoah* nei diversi Stati europei, si può sicuramente notare una descrizione piuttosto “benevola” nei confronti del nostro Paese²¹². Sono parole significative, considerando che esse sono collocate in un memoriale che ha un valore storico-politico e sacrale essenziale per lo Stato ebraico e che nasce proprio con la funzione di combattere l'oblio²¹³.

4.2.4.2 *La mancata punizione degli ideologi dell'antisemitismo*

Tale attività di autolegittimazione degli italiani come “salvatori di ebrei”, deve essere inoltre considerata nel contesto giurisprudenziale in sede di giustizia di

²⁰⁹ In tal senso R. NATTERMANN, *Italian Commemoration of the Shoah*, cit., 205.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ Fra queste F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il buon italiano*, cit., 113; F. FOCARDI - L. KLINKHAMMER, “The question of Fascist Italy's war crimes”, cit., F. FOCARDI, *Rielaborare il passato*, cit.

²¹² Ivi si legge: «Nel 1938 l'Italia fascista adottò leggi razziali antisemite, che hanno grandemente nuociuto agli ebrei in tutti gli spazi della loro vita. Ciononostante, nel periodo 1941 - 1943, nei territori sotto controllo italiano in Jugoslavia, Grecia e Francia, membri dell'esercito italiano ed il Ministero degli Esteri presero misure per salvare le vite degli ebrei, per ragioni politiche ed umanitarie. Anche in Italia, il governo non consentì la deportazione degli ebrei sino al settembre 1943. Allora, quando i tedeschi occuparono l'Italia, il regime fascista partecipò nella deportazione degli ebrei verso lo sterminio e nella razzia delle loro proprietà. Mentre gli ebrei venivano consegnati, molti altri italiani, specialmente preti e suore, aiutarono gli ebrei a trovare dei nascondigli. Grazie a tale aiuto e alla possibilità di fuggire in Svizzera, nonché grazie all'invasione alleata, circa l'80% degli ebrei italiani si salvò».

²¹³ Il nome *Yad Vashem*, letteralmente traducibile con «un luogo e un nome» è tratto dal Libro di Isaia, 56:5: «Io darò loro, nella mia casa e dentro le mie mura, un luogo e un nome, meglio di figli e figlie; darò loro un nome eterno, che non perirà mai». Sulla nascita e il significato di tale luogo, A. MARGALIT, *The ethics of memory*, Cambridge - London, Harvard University Press 2002, 22; traduzione italiana *L'etica della memoria*, Bologna, il Mulino 2006.

transizione e della valutazione ivi fornita delle condotte commesse a danno della popolazione ebraica.

In particolare a Roma si svolgono i processi a carico dei teorici dell'antisemitismo italiano. Il 21 maggio 1945, l'Alto Commissariato per la punizione dei delitti fascisti formalizza l'atto d'accusa contro i dieci scienziati promotori e firmatari del *Manifesto degli scienziati razzisti* del 1938. Lo stesso Procuratore Generale presso la Corte d'appello di Roma ritiene, tuttavia, che «la compilazione del suddetto Manifesto, pur fissando il problema razziale secondo i principi del fascismo, non concreta il delitto di mantenimento in vigore del fascismo - in quanto gli imputati - se ne furono i precursori, non possono essere coinvolti nella responsabilità penale di coloro che realizzarono, con la formazione e l'applicazione della legge, la politica razziale del razzismo»²¹⁴. In conseguenza, la Sezione istruttoria penale della Corte d'appello di Roma dichiara non doversi promuovere l'azione penale. Un Autore²¹⁵, nell'analizzare la sentenza in parola, evidenzia un sentimento antisemita presente, più o meno inconsciamente, anche nei giudici²¹⁶. Non si tratta tuttavia di un caso isolato. Anche il direttore della rivista *Difesa della Razza* viene assolto per non aver commesso il fatto, mentre quello della rivista *Il Diritto razzista* viene amnistiato. Antonio La Pera, titolare della Direzione generale per la demografia e la razza, che aveva censito gli ebrei ed era stato consulente per l'elaborazione delle Leggi razziali, viene prosciolto sulla base dell'insufficienza della carica rivestita²¹⁷.

Del resto, all'indomani della guerra, l'antisemitismo permea ancora la società italiana e la stessa magistratura, senza che un precedente sostegno alle leggi razziali venga ritenuto motivo di epurazione. In questo senso spiccano alcuni esempi illustri,

²¹⁴ Cfr. M. FRANZINELLI, *L'Amnistia Togliatti*, cit., 209.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ Essi infatti ivi affermano che «al di fuori di tale vaga immagine che tende più a differenziare che a svalutare la razza ebraica di civiltà altissima e millenaria, gravata dei difetti insiti nell'umana natura dei suoi componenti, derivanti anche dall'isolamento volontario nel quale si è posta, non vi è certo in questo Manifesto la premessa dei gravissimi provvedimenti che il governo fascista adottò contro gli ebrei [...] in realtà il Manifesto giustifica soltanto il divieto delle unioni dei cittadini italiani di razza considerata pura con gli ebrei, i quali d'altronde a tali matrimoni misti non aspiravano» (cfr. Corte d'appello di Roma, sezione istruttoria penale, ordinanza 12 maggio 1946).

²¹⁷ Per ulteriori esempi, M. FRANZINELLI, *L'Amnistia Togliatti*, 212 e ss.

come quelli del giudice Sofo Borghese²¹⁸ o del Presidente del Tribunale della razza, Gaetano Azzariti, futuro Presidente della Corte Costituzionale²¹⁹. Quest'ultimo è sicuramente un caso emblematico sia del fallimento dell'epurazione in generale, che, nello specifico, dello scarso rilievo dell'elemento antisemita all'interno di tale processo.

Il caso degli autori del *Manifesto* è emblematico di uno dei limiti della transizione italiana. Esso, da un lato, denota una scarsa comprensione sia della portata della *Shoah*, soprattutto a livello ideologico, che del razzismo in generale; dall'altro, tale mancanza di sensibilità si traduce in una impossibilità per i giudici nel ritenere punibile il c.d. *hate speech*, che pure avrebbe potuto trovare copertura in istituti di diritto penale italiano, che vanno dalla partecipazione morale ex 110 c.p. (qualora vi fosse la prova del nessuno causale) a una responsabilità per delitti fascisti

²¹⁸ Egli diverrà poi presidente della II sezione penale della Cassazione, il quale nel 1939 pubblicava sulla rivista *Monitore dei tribunali* l'articolo "Razzismo e diritto civile" che esaltava la legislazione razziale italiana per la sua originalità rispetto a quella tedesca e per il suo essere tesa «a mantenere il prestigio della razza superiore (ariana) di fronte alle altre, ponendo in una situazione di inferiorità sociale e giuridica gli elementi di razze inferiore», soprattutto gli «ebrei che - rappresentando nel momento politico attuale il maggiore pericolo per la nostra razza - hanno assunto, nella legislazione razzista, una posizione di primo piano, non però esclusiva». Tale circostanza viene totalmente omessa in occasione del suo pensionamento nel 1983. In sede di Csm, il Presidente della Repubblica Pertini gli conferisce un'importante onorificenza. Parimenti viene però, al tempo stesso, omesso anche il suo successivo ruolo di pubblico ministero nell'ambito dei tribunali speciali della RSI, in cui, d'accordo con il CLNAI, aveva portato avanti un "doppio gioco", informando gli imputati su come comportarsi e cercando di far ottenere loro pene miti (Cfr. G. FOCARDI, *Arbitri di una giustizia politica*, cit. 131 - 132).

²¹⁹ Gaetano Azzariti è presidente del Tribunale della razza dal 1938 al 1943 e poi Ministro della Giustizia nel governo *Badoglio*, già nei *quarantacinque giorni*. In sede di procedimento di epurazione, alla domanda se abbia mai fatto parte di uffici o commissioni razziali, egli risponde: «No. Feci però parte di una commissione tecnico-giuridica, composta in prevalenza di magistrati (art. 2 legge 19.7.1939 n. 1024) che consentiva di far dichiarare ariane le persone le quali dagli atti dello stato civile risultavano ebrei. Parecchie famiglie israelite furono così sottratte ai rigori delle leggi razziali». In realtà il Tribunale non aveva certo il compito di salvare gli ebrei dichiarandoli ariani, bensì di dichiarare gli ebrei come tali, ai fini dell'applicazione della legislazione razziale. Neppure era una commissione, bensì un tribunale, che esprimeva pareri vincolanti al Ministero dell'Interno, da cui dipendeva la discriminazione degli ebrei. Azzariti nega anche di aver tenuto conferenze sul tema della razza, come invece ha fatto nel 1942 a Milano, paventando un pericolo di contaminazione della purezza della razza italiana. Al termine del lungo procedimento, Azzariti non subisce l'epurazione e va a ricoprire un ruolo centrale nell'ordinamento repubblicano: quello di giudice della Corte Costituzionale, su nomina del Presidente della Repubblica Gronchi nel 1955, per poi divenire Presidente della stessa, dal 1957 fino alla morte, intervenuta nel 1961 (sul tema M. BONI, 'Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte costituzionale', in *Contemporanea*, n. 4, 2014, 577 - 607).

(nella specie il reato di *atti rilevanti*) modellata sull'istituto dell'istigazione a delinquere.

Anche i processi di Norimberga hanno ad oggetto alcuni discorsi di propaganda. In quel caso i giudici, non potendo qualificarli come crimine di genocidio, li puniscono inquadrandoli nei crimini contro l'umanità, in particolare come crimine di persecuzione. Il caso emblematico è rappresentato dalla condanna a morte di Julius Streicher, editore del settimanale antisemita *Der Stürmer*, il quale, per anni, aveva istigato all'odio razziale e all'annientamento della razza ebraica. Ciò denota una differenza essenziale fra Norimberga e la transizione italiana: nel primo caso si vuole sancire la criminalità in sé dell'ideologia nazista, di cui le condotte materiali andavano a rappresentare una conseguenza²²⁰; una siffatta volontà manca invece del tutto in Italia con riferimento al fascismo. Proprio la diversa sensibilità verso la responsabilità dei teorici dell'odio e verso il ruolo della propaganda, ha condotto invece i compilatori degli Statuti dei due Tribunali penali internazionali c.d. *ad hoc* (per il Ruanda e per l'Ex Jugoslavia) e successivamente dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale (ICC St) a tipizzare una fattispecie autonoma²²¹; all'art. art. 25 c. 3 ICC St. essa prende il nome di *Incitamento diretto e pubblico a commettere genocidio*. La peculiarità di tali disposizioni consiste nel rappresentare una c.d. *inchoate offence*, che si realizza cioè indipendentemente dall'effettiva realizzazione del genocidio; di conseguenza, ove questo si sia realizzato, non è necessaria la verifica del nesso sul piano causale (quello che il linguaggio dello Corte Penale Internazionale chiama "contributo sostanziale"). Il caso paradigmatico in questo senso è dato dal c.d. *Processo ai Media*, tenutosi davanti al Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda (ICTR). Esso vede imputate tre persone che operavano attraverso la radio *Radio Télévision Libre des Mille Collines* (RTLM), fonte di propaganda e di istigazione all'odio nei confronti dei Tutsi, prima e durante il genocidio del 1994. Tale processo ha portato alla condanna

²²⁰ Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.3.

²²¹ Già nel 1946 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite aveva chiesto agli Stati di introdurre misure idonee a prevenire e reprimere l'incitamento al genocidio. La Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio del 1948 rende punibile, all'art. III lett. c), l'incitamento diretto e pubblico a commettere genocidio.

per incitamento al genocidio dei cofondatori e direttori della Radio, Ferdinand Nahimana e Jean Bosco Barayagwiza²²².

4.2.4.3 Risarcimenti agli ebrei, restituzioni e Holocaust Litigation

L'investimento di Palazzo Chigi nella costruzione dell'immagine dei "bravi italiani", "salvatori di ebrei", va poi valutato anche nel contesto del trattamento complessivo e dei provvedimenti rivolto agli ebrei italiani sopravvissuti alla *Shoah*. La c.d. *amnistia per i deportati* (d.lgs.C.p.S. 8 maggio 1947, n. 460), che mira a porre in oblio i reati riguardo ai quali si è verificata "sospensione del provvedimento della esecuzione per causa di guerra", riceve un'interpretazione restrittiva. Una sentenza della Cassazione²²³ ne esclude infatti l'applicazione ai deportati nei campi di lavoro in Germania, intendendola applicabile ai soli internati nei campi di concentramento. Occorre aspettare il 1955 perché venga adottata una legge (l. 96 del 1955 c.d. legge Terracini) in favore dei cittadini italiani che abbiano subito dal regime italiano monarchico-fascista, in ragione della loro appartenenza alla razza ebraica, «atti di violenza o sevizie in Italia o all'estero ad opera di persone alle dipendenze dello Stato o appartenenti a formazioni militari o paramilitari fasciste, o di emissari del partito fascista»²²⁴. Per ottenere i benefici economici previsti dalla legge, tali atti tuttavia devono essere stati commessi «a seguito dell'attività politica [...] svolta contro il fascismo anteriormente all'8 settembre 1943» e da essi deve essere derivata «una perdita della capacità lavorativa in misura non inferiore al 30 per cento». Da tale legge quindi, che richiede una concreta attività antifascista e una perdita di capacità lavorativa, rimangono esclusi i dipendenti pubblici e privati licenziati *ex lege*, gli espulsi dalle scuole, i radiati dagli ordini professionali, gli esclusi dalle attività commerciali etc. Sono poi esclusi anche tutti gli atti di persecuzione (i più lesivi) successivi all'8 settembre.

Nel 1967 il legislatore interviene, considerando il requisito della riduzione della capacità lavorativa come alternativo a quello del raggiunto limite dell'età

²²² Sul tema, ICTR, TC *Nahimana, Barayagwiza and Ngeze* (ICTR-99-52) del 3 dicembre 2003 e ICTR, AC *Nahimana, Barayagwiza and Ngeze* (ICTR-99-52) del 28 novembre 2007.

²²³ Cass. 27 giugno 1949, in *Giustizia Penale*, 1950, col. 14.

²²⁴ Cfr. art. 1 lettera c).

pensionistica. La Commissione responsabile, istituita presso la Presidenza del Consiglio, si contraddistingue per una tenace resistenza alla concessione del risarcimento; dal 1955 al 1998 vengono accolte solo 553 richieste.

Nel 2003, pochi giorni dopo un'interrogazione parlamentare sul tema, le Sezioni Riunite della Corte dei Conti, dopo una precedente sentenza del 1998, vengono nuovamente chiamate a decidere se le misure concrete di attuazione della normativa antiebraica (ad es. espulsione dalle scuole pubbliche) debbano considerarsi mera soggezione alla legislazione razziale ovvero se possano concretizzare un'azione lesiva proveniente dall'apparato statale, idonea a ledere la persona colpita nei suoi valori inviolabili. Il tema della decisione è quindi stabilire se, per godere dell'assegno, sia richiesto o meno un *quid pluris* rispetto alla semplice soggezione degli effetti generalmente derivanti a tutti gli ebrei italiani dalla mera applicazione delle leggi razziali. La Corte dei Conti, dopo aver affermato che il concetto di «atti di violenza o sevizie», richiesto dalla Legge Terracini, può consistere anche in una violenza morale, stabilisce che l'adozione delle leggi razziali determina una «situazione passiva di attesa» in tutti i destinatari. Nel momento della concreta applicazione delle stesse, tale stato cessa e si tramuta in una concreta e attuale soggezione che dà perciò, per il solo fatto di essere ebrei soggetti a tale legislazione, il diritto all'assegno²²⁵. In tale sentenza la Corte dei Conti ha superato anche il limite temporale espresso dell'8 settembre 1943, interpretando la disposizione alla luce dei principi generali dell'ordinamento e della restante legislazione, che nel 2003 comprende già la legge istitutiva del *Giorno della Memoria*. La Corte paventa quindi una contraddizione interna all'ordinamento giuridico (se non un imbarazzo), nel caso in cui tale limite espresso non venga superato.

La Commissione competente (che dal 1998, in seguito a intervento della Corte Costituzionale, è composta anche da un ex perseguitato), dal 2001 al 2010 ha accolto 4.539 domande. Nel 2005 una circolare del sottosegretario alla Presidenza del Consiglio ufficializza l'applicazione anche a fatti successivi all'8 settembre, nonché estendendola anche alla perdita del posto di lavoro, alla preclusione

²²⁵ L'idoneità delle leggi razziali a determinare questo effetto va affermata alla luce di un giudizio di comparazione fra il valore pubblico difeso dalla legge e l'inviolabilità dei valori individuali e collettivi sacrificati. In tal senso le leggi razziali racchiudevano, anche se prive di immediato intento persecutorio, lo scopo, mediato e tuttavia immanente ed essenziale, di annientare completamente la vita civile e di relazione e il diritto degli ebrei alla loro identità socio-culturale.

all'iscrizione a corsi scolastici etc. ed anche agli ebrei residenti in Libia all'epoca dei fatti²²⁶.

Ancora con riferimento alle vicende degli ebrei italiani in ambito transizionale, va evidenziata la marginalità del caso italiano anche negli anni '90. In tale decade da un lato, negli Stati Uniti sotto l'amministrazione Clinton, si sviluppa il fenomeno della privatizzazione dei pregiudizi derivanti da accadimenti storici²²⁷, dall'altro, anche in Europa si avvia la *Holocaust-Era Restitution Campaign*. Quanto al piano giudiziale, l'Italia è del tutto esclusa da tale fenomeno²²⁸. Sul piano politico, mentre in tutta Europa, dal 1996 al 2001, vengono costituite ben 24 commissioni per indagare sulla spoliazione delle vittime della persecuzione antisemita, in Italia nel 1998 il governo *D'Alema* istituisce la c.d. Commissione Anselmi, che opera per 24 mesi. Nel testo istitutivo non si menzionano né le parole "fascismo" o "Repubblica Sociale Italiana", né forme di riparazione, chiarificazione storica o di assunzione di responsabilità, cui l'attività della Commissione avrebbe potuto/dovuto essere prodromica.

La Commissione ha prodotto un lungo *Rapporto generale*, in cui si ribadisce la pervasività della persecuzione economica degli ebrei italiani che fu, per durata, seconda solo a quella nazista. In sede di presentazione del *Rapporto*, il nuovo presidente del Consiglio, Giuliano Amato, mostra sorpresa per il risultato, parlando

²²⁶ Per un'analisi di tale normativa ed applicazione giurisprudenziale, in confronto con le c.d. "marocchinate" (violenze sessuali perpetrate dalle truppe franco-marocchine nel 1944 su donne, bambini e uomini nel basso Lazio, 3.000 secondo stime francesi, 10.000 secondo le autorità italiane, 20.000 secondo le associazioni, 60.000 sulla base delle richieste avanzate negli anni), si veda G. SPECIALE, *Il risarcimento dei perseguitati politici e razziali: l'esperienza italiana*, in G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica 2012, 115 - 137. Si veda inoltre I. PAVAN, *La «Holocaust Litigation» in Italia. Storia, burocrazia e giustizia (1955 - 2015)*, in G. FOCARDI - C. NUBOLA (a cura di), *Nei tribunali*, cit., 303 - 334. Sull'abrogazione delle leggi razziali, sulla normativa e la giurisprudenza civile in tema di reintegrazione e riparazione patrimoniale, si veda S. FALCONIERI, *Riparare e ricordare la legislazione antiebraica. La riviviscenza dell'istituto della discriminazione (1944 - 1950)*, in G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare*, cit., 139 - 154.

²²⁷ Si veda N. VARDI, *Privatizzazione dei contenziosi e risarcimento per gli illeciti storici. Il caso della Holocaust Litigation*, in G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare*, cit., 115 - 138; L. BILSKY, "Transnational Holocaust Litigation" in *The European Journal of International Law*, vol. 23, n. 2, 349 - 375.

²²⁸ Si registra un unico contenzioso relativo ad un'opera d'arte requisita a una famiglia ebrea italiana (il caso del *Cristo portacroce* del Romanino); esso tuttavia ha avuto luogo davanti a una corte statunitense. Si veda S. IANOVITZ "'Cristo portacroce' del Romanino: una controversia sulla proprietà delle opere d'arte" in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6, 2014, 367 - 378.

degli italiani come popolo «mite, che non era razzista, anzi era incredulo di fronte alle leggi razziali». Nonostante le persistenti richieste della Presidente della Commissione, Tina Anselmi, il successivo governo *Berlusconi* decide di non trasmettere il *Rapporto* a parlamentari e istituzioni e non intraprende alcuna azione riparatoria o risarcitoria sulla base dei risultati dello stesso²²⁹.

5. *La persecuzione dei delitti della Resistenza*

Per la persecuzione dei crimini fascisti, come si è detto, il legislatore ha ritenuto di dover intervenire da subito con leggi speciali e ha stabilito ben presto che tali nuove norme dovessero essere applicate da giudici speciali. Con riferimento invece ai reati commessi dai partigiani, non è stato mai posto in discussione che essi sarebbero stati giudicati sulla base delle disposizioni del Codice penale del 1930 dagli organi della giustizia ordinaria, previsti dall'ordinamento giudiziario del 1941 e composti da giudici con riferimento ai quali l'epurazione aveva avuto effetti quasi nulli²³⁰. Autorevole dottrina ha criticato tale scelta, parlando, ad esempio, di «superlativa imperizia» e «ingenuità giuridica [...] dei legislatori», che hanno perso occasione di dare «stabile riconoscimento alla nuova legalità uscita dalla rivoluzione - lasciando - in vigore nella quasi totalità la legislazione del cessato regime»²³¹. Altri hanno osservato che il popolo italiano «si trova a dover giudicare gli avvenimenti a

²²⁹ Con due eccezioni: una restituzione di una collezione di porcellane operata dalla Giunta della Provincia Autonoma di Trento nel 2001 e l'istituzione nel 2002, da parte della Presidenza del Consiglio, di una Commissione per il recupero del patrimonio bibliografico della comunità ebraica di Roma). Il rapporto della Commissione Anselmi è accessibile presso l'Archivio Centrale dello Stato in Roma (Cfr. I. PAVAN, *La «Holocaust Litigation» in Italia*, cit.).

²³⁰ La maggior parte dei reati contestati rientrano nella competenza delle Corti d'assise. Alcuni procedimenti vengono tuttavia avviati davanti ai tribunali militari, che si ritengono competenti. Il legislatore interviene con l'art. 1 del d.lgs. del Capo provvisorio dello Stato 6 settembre 1946, n. 93 che, dopo aver equiparato i partigiani combattenti ai «militari volontari che hanno operato con le unità regolari delle Forze armate nella guerra di liberazione», al c. 2 stabilisce «l'equiparazione suddetta non ha però effetto ai fini dell'adempimento degli obblighi di leva e dell'applicazione della legge penale militare». Nel 1948, entra in vigore l'art. 103 Cost., che al c. 3 stabilisce «in tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate», risolvendo definitivamente il conflitto di competenza. Da questa data, molte Corti d'assise definiscono procedimenti precedentemente pendenti presso i Tribunali militari. Al tempo stesso non è da escludere che provvedimenti nei confronti dei partigiani siano stati emessi dai Tribunali militari alleati, i quali pronunciavano sentenze riconosciute valide dal governo italiano in base alle leggi 11 febbraio 1944, n. 31 e 20 luglio 1944, n. 162.

²³¹ P. CALAMANDREI, «Restaurazione clandestina», in *Il Ponte*, Vol. 3, N. 2, 1947, 959 - 958, 966.

posteriori, secondo il sistema delle leggi che hanno resistito all'urto, e gli atti, che sarebbero sembrati rivoluzionariamente legittimi, appaiono ingiusti e spesso si finisce con fare il processo alla rivoluzione mancata»²³². Un Autore commenta come segue: «mancò del tutto la consapevolezza che il fallimento del ventennio fascista, nonché degli apparati giudiziari e di polizia e degli uomini che ne facevano parte, avrebbe necessariamente esposto i protagonisti della guerra partigiana al rischio di una repressione giudiziaria condotta con gli strumenti di quella “legalità” che i partigiani avevano sfidato, ma non sconfitto nei venti mesi di lotta armata contro il nazifascismo»²³³. Dunque «l'incriminazione dei partigiani si verificò in un periodo storico nel quale, essendo cambiato tutto, nulla era cambiato, sulla base di fondamenti giuridici invariati, cioè attraverso l'applicazione di leggi e di procedure predisposte per tempi normali ed emanate da quello stesso potere che essi avevano contribuito ad abbattere»²³⁴.

Sono queste le basi per il c.d. *Processo alla Resistenza*, sviluppatosi molto oltre il periodo di repressione penale dei crimini fascisti, sostanzialmente esauritosi dopo l'*amnistia Togliatti*. Proprio dopo la cessazione di tale fase, il *Processo alla Resistenza* conosce la sua stagione più intensa. Con tale espressione si indica un atteggiamento comune nella magistratura, teso a svalutare e a negare riconoscimento giuridico della legittimità delle azioni commesse dai partigiani in occasione della guerra civile; ciò risulta in condanne per condotte (requisizioni, imposizioni di contributi) funzionali alla lotta armata, eppure qualificate dalla magistratura come comuni omicidi, rapine, sequestri, sequestri a scopo di estorsione, violenze contro persone o cose, furti.

Il *Processo alla Resistenza* si esplicita inoltre in numerose azioni civili nei confronti degli ex partigiani. Il legislatore non ha quindi mai scelto la via della “rivoluzione vittoriosa”²³⁵, ossia dello stabilire che tutte le azioni commesse dai partigiani nell'ambito della guerra di Liberazione, in quanto tali, non devono

²³² M. BRACCI, “Come nacque l'amnistia”, in *Il Ponte*, n. 11-12, 1947, 1090 - 1107, 1097.

²³³ G. NEPPI MODONA, *I problemi della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, cit. 29.

²³⁴ S. TESTORI, *La “repressione” antipartigiana e la magistratura piemontese (1946-1959)*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Giustizia penale e guerra di liberazione*, cit. 173- 206, 175.

²³⁵ Espressione di G. NEPPI MODONA, *I problemi della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, cit., 30.

considerarsi reato e quindi sono improcedibili. Ciò avrebbe voluto dire affermare che la guerra di Liberazione è di regola lecita e che quindi la rilevanza penale costituisce l'eccezione, nei casi in cui emergano elementi per ritenere che il fatto sia stato realizzato per finalità estranee agli obiettivi della Resistenza. Al contrario, il legislatore preferisce intervenire solo per correggere e contenere gli esiti prevedibili della persecuzione penale mediante le leggi ordinarie. Lo strumento scelto a tal fine è quello dell'amnistia, «come a dire: i reati sono stati commessi, ma in considerazione delle eccezionali contingenze politiche e militari in cui si sono verificati interviene la clemenza dello stato a dichiararli estinti, previo accertamento giudiziario delle condizioni tassativamente previste perché lo stato possa rinunciare alla potestà positiva»²³⁶. In quest'ottica, tali provvedimenti di amnistia sono stati ritenuti come aventi una «comune natura delegittimante la Resistenza»²³⁷. A ciò si aggiunga una conseguenza non secondaria: l'amnistia estingue la pretesa punitiva dello Stato, lasciando però sopravvivere le obbligazioni civili derivanti dal reato²³⁸.

5.1 Gli interventi di clemenza per i delitti della Resistenza (1944 - 1966)

Il primo dei suddetti interventi normativi è il, con il quale, all'art. 1, si concede amnistia per tutti i reati, quando il fine r.d. 5 aprile 1944, n. 96 che li ha determinati sia stato quello di «liberare la Patria dall'occupazione tedesca». E' un elemento di valutazione discrezionale, in quanto mira alla ricostruzione dell'elemento soggettivo dell'agente e in particolare del dolo specifico. La giurisprudenza, in sede interpretativa, richiede inoltre che tale fine fosse «genuino, veridico, sincero»²³⁹. Parallelamente, all'art. 2, si concede amnistia per chi, dopo l'8 settembre 1943 e dopo la data del commesso reato, avesse «partecipato, con reparti militari, regolari o irregolari, o in occasione di moti popolari a fatti d'arme per scacciare le truppe tedesche dal sacro suolo della Patria», ovvero, come militare o

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ F. COLAO, *Dalla "Lotta contro il fascismo" (r.d. n. 96/44) alla "Consegna delle armi" (D.P.R. 1464/48)*, in A. SANTOSUOSSO - F. COLAO, op. cit., 103 - 128, 106.

²³⁸ Cfr. *infra*, Cap. I, § 5.2.4.

²³⁹ G. NEPPI MODONA, *I problemi della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, cit., 31.

come civile, avesse «compiuto atti diretti a frustrare l'attività bellica delle truppe tedesche». Nuovamente ci si trova di fronte a concetti non tecnico-giuridici e quindi fonte di interpretazione discrezionale; essi includono valutazioni di strategia politico-militare e paiono portare la magistratura ad avere un ruolo di supplenza politica²⁴⁰. La seconda delle condotte («compimento di atti diretti a frustrare...») viene di fatto appiattita su quella dei «fatti d'arme», in quanto la giurisprudenza richiede l'ulteriore requisito, non previsto dal legislatore, del «rischio della vita per la Patria»²⁴¹.

Segue il d.lgs.lt. 12 aprile 1945, n. 194, che non è propriamente un'amnistia. Si tratta infatti dell'unico provvedimento legislativo che stabilisce come regola la non punibilità «a termini delle leggi comuni», in quanto «azioni di guerra», degli «atti di sabotaggio, le requisizioni e ogni altra operazione compiuta dai patrioti per la necessità di lotta contro i tedeschi e i fascisti nel periodo dell'occupazione nemica»; la non punibilità sul piano soggettivo è estesa anche «agli altri cittadini» che abbiano collaborato con i patrioti e sul piano oggettivo non solo alle azioni di guerra, ma anche ad «ogni altra operazione compiuta dai patrioti». Nonostante l'apparente latitudine del provvedimento, l'ambiguità del testo è tale da legittimare un'interpretazione restrittiva, che riconduce il provvedimento entro i confini delle cause di giustificazione tradizionali (legittima difesa, stato di necessità etc.), richiedendo quindi la sussistenza dei relativi presupposti²⁴².

Il legislatore torna nuovamente ad utilizzare lo strumento dell'amnistia con il d.lgs.lt. 17 novembre 1945, n. 719, che concede amnistia per tutti i reati che, prima del 28 ottobre 1922 (Marcia su Roma) o durante il regime fascista, siano stati commessi «in lotta contro il fascismo o per difendersi dalla persecuzioni del fascismo o per sottrarsi ad esse».

La Corte di Cassazione, da un lato, riconosce il fine antifascista di tali norme, escludendo in particolare dal beneficio del d.lgs.lt. 12 aprile 1945, n. 194 i reati «commessi sfruttando situazioni fasciste»²⁴³, comprese le truffe in danno degli ebrei

²⁴⁰ S. TESTORI, *La "repressione" antipartigiana e la magistratura piemontese (1946-1959)*, cit., 193.

²⁴¹ *Ivi*, 32.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ Cass., 17 gennaio 1945, in *Giustizia Penale*, 1945-6, col. 6. In seguito verranno esclusi anche i reati di chi abbia concorso nel reato commesso da S.S. (Cass., 26 marzo 1952, in *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione - sezioni penali*, 1952, 1° quad., 276).

dopo l'emanazione delle leggi razziali²⁴⁴. Dall'altro, tuttavia, tende a dare un'applicazione molto restrittiva dell'ammnistia del d.lgs.lt. 17 novembre 1945, n. 719, in particolare relativamente agli atti di insubordinazione successivi all'8 settembre, nei confronti di apparati militari statali, quali ad esempio i carabinieri²⁴⁵. Ritiene inoltre che la qualifica di partigiano non sia requisito sufficiente, essendo altresì necessaria la partecipazione a fatti d'arme o ad atti di sabotaggio²⁴⁶, nonché un nesso causale fra il reato commesso ed il fine di giovare alla causa nazionale²⁴⁷.

L'*ammnistia Togliatti*, che verrà compiutamente analizzata nel capitolo seguente con riferimento ai delitti fascisti²⁴⁸, contiene anche un art. 2, rubricato *Ammnistia per i delitti politici commessi dopo la liberazione*. Ivi si concede «ammnistia per i delitti politici [...] commessi [...] dopo l'inizio dell'amministrazione del Governo militare alleato o, riguardo al territorio rimasto sotto l'amministrazione del Governo legittimo italiano, per i delitti suddetti commessi dopo l'8 settembre 1943». L'ammnistia prevede, come condizione di applicabilità, che i fatti siano stati commessi entro il 18 giugno 1946. Tale termine è pensato al fine di includere nella clemenza anche i regolamenti di conti dei partigiani nei confronti dei fascisti, dopo la Liberazione²⁴⁹. Tale estensione conosce tuttavia un correttivo, in quanto è escluso dall'ammnistia il delitto di omicidio, con eccezione (art. 4) di quelli commessi entro il 31 luglio 1945 in circostanze di lotta contro il fascismo. Con tale formula si voleva rendere non punibile la c.d. *forza di inerzia* del movimento insurrezionale nel momento immediatamente successivo alla Liberazione. Tuttavia l'incerta formula legislativa (mediante richiamo all'art. 1 del d.lgs.lt. 17 novembre 1945, n. 719)

²⁴⁴ Cass., 28 maggio 1946, in *Rivista Penale*, 1946, 1088.

²⁴⁵ Si veda F. COLAO, *Dalla "Lotta contro il fascismo" (r.d. n. 96/44) alla "Consegna delle armi" (D.P.R. 1464/48)*, cit., 108.

²⁴⁶ Cass., 24 aprile 1946, in *Rivista penale*, 1946, 660; Tribunale di Modena, (senza data), in *Critica penale*, 1946, 952.

²⁴⁷ Tribunale supremo militare, 10 luglio 1946, in *Rivista penale*, 1946, 952. In particolare si rileva una decisione del Tribunale di Roma che considera il singolo atto di sabotaggio (lancio di bombe contro camion tedeschi) non passibile del beneficio in quanto non costituente «ostacolo di certa entità al nemico». La decisione viene poi però riformata dalla Cassazione (Cass., 7 febbraio 1946, in *Giustizia penale*, 1945-6, II, col. 328). Cfr. F. COLAO, *Dalla "Lotta contro il fascismo" (r.d. n. 96/44) alla "Consegna delle armi" (D.P.R. 1464/48)*, cit., 109-110.

²⁴⁸ Cfr. *infra*, Cap. II, § 5.

²⁴⁹ Sul fenomeno, M. DONDI, op. cit.

legittima un'interpretazione restrittiva da parte di alcune Corti. Esse giungono a sostenere che il requisito della lotta contro il fascismo presupponga la persistenza, pur a guerra finita, di focolai di resistenza nazifascista e quindi di vere e proprie azioni di guerra²⁵⁰. In generale, la magistratura si mostra molto rigorosa e parsimoniosa nell'applicare l'amnistia ai partigiani, tanto che il Ministro Togliatti sceglie di intervenire con diverse circolari per ricordare che l'amnistia deve essere applicata anche nei loro confronti²⁵¹.

Un nuovo intervento legislativo si rende dunque necessario. Il d.lgs.C.p.S. 6 settembre 1946, n. 96 prevede: «Non può essere emesso mandato od ordine di cattura o di arresto, e se è stato emesso dev'essere revocato, nei confronti dei partigiani, dei patrioti e delle altre persone indicate nel comma secondo dell'articolo unico del d.lgs.lt. 12 aprile 1945, n. 194, per i fatti da costoro commessi durante la occupazione nazi-fascista e, successivamente, fino al 31 luglio 1945, salvo che, in base a prove certe, risulti che i fatti anzidetti costituiscano reati comuni».

Tocca indirettamente la Resistenza la c.d. *Amnistia per i deportati* (d.lgs.C.p.S. 8 maggio 1947, n. 460), che concede amnistia e indulto per reati riguardo ai quali vi è stata una sospensione del procedimento o della esecuzione per causa di guerra.

²⁵⁰ In questo senso S. TESTORI, *La "repressione" antipartigiana e la magistratura piemontese (1946-1959)*, cit., 202; parimenti A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 102, riporta dettagliatamente l'evoluzione in senso restrittivo delle massime della Cassazione. In particolare mentre nel 1946 si ritiene che non sia necessaria una «vera e propria partecipazione alle operazioni belliche, e bastava quella di carattere preparatorio, quale l'apprestamento e il funzionamento dei servizi logistici» (Cass., sez. I, 18 dicembre 1946), nel 1948 si richiede che l'imputato abbia compiuto singolarmente «atti idonei a frustrare l'attività bellica del nemico» (Cass., sez. I, 12 gennaio 1948; Cass., sez. I, 2 novembre 1948; Cass., sez. II, 21 marzo 1952). Per accertare tali fatti inoltre, la magistratura preferisce basarsi sulle informative di polizia, piuttosto che sulle attestazioni ufficiali della Presidenza del Consiglio dei Ministri, cui il legislatore ha affidato il riconoscimento della qualifica di «partigiano» (cfr. *ivi*, 103). Infine, con sentenza del 28 novembre 1952, la Cassazione sancisce ufficialmente, contro il dato letterale di tutte le amnistie, che per i partigiani «la locuzione reati comuni non si contrappone alla categoria dei reati politici in genere, ma soltanto a quella categoria di reati compiuti durante l'occupazione nemica per la necessità della lotta contro tedeschi e fascisti [...] sarebbe aberrante che il legislatore avesse potuto riconoscere ai partigiani la libertà di delinquere senza che ricorresse in loro l'intento esclusivo e diretto di liberare l'Italia dai tedeschi. La rinuncia alla potestà punitiva quale abdicazione ad una funzione preminentemente nello Stato di diritto, non può ammettersi se non in via di assoluta eccezione, onde ogni interpretazione estensiva deve essere ripudiata» (citata *ivi*, 112).

²⁵¹ Fra queste in particolare Circolare ministeriale n. 9809/110/6 Gab. del 10 luglio 1946.

Più rilevante è il già menzionato²⁵² D.P.R. 9 febbraio 1948, n. 32, il quale concede amnistia per i delitti politici puniti sino a tre anni (con alcune esclusioni) e per i delitti connessi agli stessi. La questione più problematica per l'applicazione di tale provvedimento alla Resistenza, consiste nel definire il concetto di "delitto politico". Il problema è particolarmente rilevante per i partigiani perché, a differenza dei delitti fascisti disciplinati dalle norme speciali, per essi è difficile individuare un «delitto politico base»²⁵³. La giurisprudenza qualifica infatti le azioni dei partigiani come delitti comuni, mentre al contrario il *collaborazionismo*, in quanto delitto previsto dalla legislazione speciale, è per definizione ritenuto delitto politico²⁵⁴.

Il legislatore è quindi di nuovo costretto a intervenire con il D.P.R. 27 dicembre 1948 che concede l'amnistia e indulto in materia di abusiva detenzione di armi e materiale bellico in sé e per sé, senza richiedere una connotazione politica della condotta.

Chiudono il ciclo tre ulteriori interventi.

Il D.P.R. 19 dicembre 1953, n. 922 concede un ampio indulto per i «delitti politici ai sensi dell'art. 8 del Codice penale e i reati connessi» e per i «reati inerenti a fatti bellici commessi da coloro che abbiano appartenuto a formazioni armate» dopo l'8 settembre 1943 e prima del 18 giugno 1946. Esso interviene parallelamente alla l. 18 dicembre 1953, n. 921 sulla liberazione condizionale.

Il D.P.R. 11 luglio 1959, n. 460 applica l'amnistia ai «reati politici [...] commessi dal 25 luglio 1943 al 18 giugno 1946», ma anche per gli stessi reati

²⁵² Cfr. *supra*, Cap. I, § 3.2.3.

²⁵³ Cfr. F. COLAO, *Dalla "Lotta contro il fascismo" (r.d. n. 96/44) alla "Consegna delle armi" (D.P.R. 1464/48)*, cit., 123. Ivi si cita, ad esempio, una sentenza che esclude l'amnistia per il partigiano che aveva commesso furto di viveri per continuare la lotta contro il nemico; essendo un reato contro il patrimonio, si dichiarava mancante il fine politico. Per assurdo, a tale soluzione si giunge anche per il reato di detenzione di armi da guerra ed esplosivi da parte di un gruppo di partigiani.

²⁵⁴ Per un'analisi critica del provvedimento, M. PITTALUNGA, "Rilievi sul decreto di amnistia e di indulto del 9 febbraio 1948, n. 32. (Una delusione)", in *Archivio Penale*, 1948, 108 - 111; tale Autore parla provocatoriamente nella necessità di avere un reato base di "partigianesimo" (*ivi*, 109). L'Autore afferma che gli unici a beneficiare di tale provvedimento saranno nuovamente i collaborazionisti, i quali vedono (ex art. 2) commutata la pena dell'ergastolo in reclusione per trent'anni e la riduzione di un terzo delle pene detentive, con un minimo di riduzione di anni tre. La Cassazione inoltre decide che la pena base su cui operare la riduzione non debba considerarsi quella residua dall'applicazione dell'indulto contenuto nell'*amnistia Togliatti*, bensì quella originariamente comminata, con la conseguenza che, cumulando i due benefici, il detenuto ottiene una diminuzione pari a due terzi (*ivi*, 110).

politici, puniti con pena fino a quattro anni, commessi successivamente al 18 giugno 1946 (e fino ad allora mai oggetto di un provvedimento di clemenza).

Infine l'art. 2 lettera a) del D.P.R. 4 giugno 1966, n. 332, amnistia «i reati commessi dal 25 luglio 1943 al 2 giugno 1946 da appartenenti al movimento della Resistenza o da chiunque abbia cooperato con esso, se determinati da movente o fine politico, o se connessi con tali reati». E' evidente come la formula soggettivistica «moverente o fine politico» sia molto più ampia della problematica nozione di “reato politico”.

5.2 *Le forme del Processo alla Resistenza*

Procedendo ad una disamina delle forme di manifestazione del c.d. *Processo alla Resistenza*²⁵⁵, è possibile enucleare quattro forme:

5.2.1 *Le depoliticizzazione delle azioni partigiane*

In primo luogo esso si realizza attraverso la già menzionata depoliticizzazione delle azioni partigiane. Accanto cioè a una tendenza politica di una parte della magistratura che assolve i fascisti, vi è al contempo «un indirizzo interpretativo che, in virtù della stessa ottica formalistica, in una deformante prospettiva considera fascisti e antifascisti sullo stesso piano: la legge penale comune»²⁵⁶. Tale atteggiamento si spinge fino a sentenze che escludono il “fine politico”, poiché la lotta partigiana manca dell'«intento di favorire la idealità di un partito nell'interesse dello Stato»²⁵⁷. Si tende cioè a riconoscere rilevanza penale alle condotte dei partigiani, soprattutto quando esse rivestono le caratteristiche dei delitti comuni. I

²⁵⁵ Sul tema il lavoro più completo è A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, 102 - 123. Da un punto di vista temporale si sottolinea come tale fenomeno comincia quando termina la persecuzione dei crimini fascisti, in considerazione del mutato clima politico, riaprendo, dal '49 al '54, procedimenti archiviati prima del 1945 e revocando le sentenze istruttorie di proscioglimento dei partigiani. Si rinvia al lavoro di BATTAGLIA inoltre anche per i procedimenti, qui non trattati, relativi a quei militari dell'esercito regio (la maggioranza), i quali dopo l'8 settembre non si schierarono né con la Resistenza, né con la RSI, ma si limitarono ad abbandonare le armi. Essi vennero condannati per il reato di assenza dal servizio (*ivi*, 104).

²⁵⁶ *Ivi*, 121.

²⁵⁷ Cass., 5 dicembre 1947, in *Rivista penale*, 1948, 321, citata *ibidem*.

provvedimenti di clemenza vengono invece applicati solo quando vi siano prove certe che la singola condotta sia stata commessa per il fine unico di liberazione della patria.

Va tuttavia menzionato il fatto che, pur in assenza del riconoscimento della natura politica del reato, da un punto di vista sanzionatorio spesso il risultato concreto risulta comunque mite. Ciò in virtù della derubricazione, ovvero dell'applicazione delle attenuanti generiche, ovvero ancora, fra le attenuanti comuni, dell'attenuante ex art. 61 n. 1 c.p. (aver agito per motivi di particolare valore morale e sociale)²⁵⁸. In tale ottica il *Processo alla Resistenza* pare dunque essersi realizzato più mediante il ricorso alla carcerazione preventiva, che con le condanne²⁵⁹. Occorre evidenziare che l'impulso dell'autorità giudiziaria proveniva, soprattutto dopo il 1947, dall'iniziativa dei privati cittadini e delle forze di Pubblica sicurezza e dei carabinieri, dipendenti dal potere esecutivo²⁶⁰.

5.2.2 *Il mancato riconoscimento del giudicato*

Una seconda, minore, forma di delegittimazione della Resistenza è costituita dal mancato riconoscimento, da parte della giurisprudenza, dell'efficacia di cosa giudicata alle sentenze emesse dai tribunali partigiani prima della Liberazione. Si tratta di tribunali istituiti sulla base di disposizioni fornite dal Corpo Volontario per la Liberazione e competenti anche per reati commessi dagli stessi partigiani. Tuttavia i giudici nella maggior parte dei casi scelsero di non applicare l'art. 90 c.p.p., che vietava il *ne bis in idem*. Si giunse quindi a condanne di partigiani che erano stati assolti dai tribunali partigiani. Vi è un'incoerenza data dal fatto che in altri casi

²⁵⁸ S. TESTORI, *La "repressione" antipartigiana e la magistratura piemontese (1946-1959)*, cit., 189 - 190.

²⁵⁹ G. NEPPI MODONA, *I problemi della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, cit., 36. Pur a fronte dell'intervento del legislatore nel 1946 per vietare l'emissione di mandati di cattura contro i partigiani, «nella maggior parte dei casi si procedette alla rovescia: si emisero i mandati all'inizio dell'istruttoria, e si attese per revocarli (nei pochi casi in cui furono revocati!) che risultasse in modo certo la natura di fatto di guerra dell'addebito contestato. Sembra che la magistratura, gelosa dei propri poteri, abbia considerato il divieto di catture come una illecita interferenza del legislatore nella funzione giudiziaria, ed abbia fatto di tutto per vanificarlo». Cfr. A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, 112.

²⁶⁰ S. TESTORI, *La "repressione" antipartigiana e la magistratura piemontese (1946-1959)*, cit., 203.

quando la prima sentenza resa nei confronti dei partigiani è di condanna (ad esempio per omicidio di spie o militi fascisti), le Corti riconoscono l'efficacia di giudicato²⁶¹.

Con riferimento invece alle sentenze rese dagli organi giudiziari della RSI, pur a fronte di due decreti del 1944 che ne dispongono l'annullamento²⁶², in alcuni casi le Corti riaprono i giudizi sugli stessi fatti, giungendo a reiterare le precedenti condanne²⁶³.

5.2.3 *La qualificazione giuridica della Resistenza*

Una terza forma di *Processo alla Resistenza* attiene alla qualificazione giuridica della Resistenza in quanto tale: Accade infatti che in diversi casi, in particolare ai fini dell'applicazione di scriminanti per gli imputati fascisti o nazisti, i giudici siano chiamati a fornire una qualificazione giuridica delle azioni dei partigiani dal punto di vista del diritto internazionale bellico. Occorre a questo riguardo tener presente che l'occupante nazista era il primo a delegittimare i partigiani, qualificandoli come *Banditen*.

Da questo punto di vista il Codice penale militare di guerra del 1941 si dimostrava ancora una volta all'avanguardia, prevedendo all'art. 7, pur con una formula vaga, l'applicazione dello stesso non solo ai militari regolari, bensì anche alle «persone appartenenti a corpi o reparti volontari autorizzati a prendere parte alla guerra» e tuttavia l'applicazione di tale qualifica ai partigiani non fu unanime. In una sentenza del 1954 ad esempio il Tribunale Supremo Militare, in un procedimento per l'eccidio di 102 partigiani, riconosce la qualifica di belligeranti ai combattenti della RSI, ma non ai partigiani, perché «sprovvisti di segni distintivi visibili a distanza»²⁶⁴.

²⁶¹ *Ivi*, 178 e ss.

²⁶² Art. 1 d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159 e art. 1 d.lgs.lt. 27 luglio 1944 n. 159.

²⁶³ *Ivi*, 187.

²⁶⁴ TSM, 26 aprile 1954, cfr. A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit. 117, nonché L. BERNARDI, *Il fascismo di Salò nelle sentenze della magistratura piemontese*, cit., 69. In tale sentenza si nega inoltre la sovranità del Regno del Sud, qualificato come stato “*sub condicione*” e si riconosce in capo alla RSI la continuità con il Regno d'Italia; da ciò discende anche l'applicabilità ai repubblicani della scriminante dell'adempimento di un dovere. Ciò in quanto, se è vero che la RSI era Stato di fatto e non legittimo, l'errore su tale qualifica, essendo errore su una legge costituzionale, costituisce errore su norma extrapenale ai sensi e per gli effetti dell'art. 47. Tutto questo quadro comporta due conseguenze fondamentali:

Il caso paradigmatico è stato ricostruito puntualmente da due giuristi²⁶⁵ in riferimento ai diversi processi, penali e civili, relativi all'attentato di via Rasella e all'eccidio delle Fosse Ardeatine²⁶⁶. Nel primo processo penale, a carico del colonnello Kappler e di altre cinque SS davanti alla magistratura militare italiana fra il 1948 e il 1952 (sulla base dell'art. 185 c.p.m.g., *Violenza di militare contro privati nemici o di abitanti dei territori occupati contro militari italiani*), parimenti alla citata sentenza del Tribunale Supremo Militare, in primo grado il Tribunale Militare di Roma²⁶⁷ afferma che il gruppo gappista autore dell'attentato di via Rasella non poteva essere considerato "belligerante". La motivazione sostiene che, in violazione dell'art. 1 dell'Allegato alla Convenzione dell'Aia del 1907, essi non avevano «un segno distintivo fisso e riconoscibile a distanza», non portavano «armi apertamente» e non si conformavano «nelle loro operazioni alle leggi e agli usi della guerra».

Parallelamente vengono instaurati²⁶⁸ dei processi civili per risarcimento del danno, intentati dai parenti delle vittime dell'eccidio delle Fosse Ardeatine nei confronti dei membri del commando gappista, fondati sul provvedimento di Kappler che considerava l'attentato come un illegittimo atto di guerra compiuto da banditi,

-
- 1) i partigiani armati potevano essere fucilati in quanto non belligeranti, pertanto gli esecutori fascisti non possono essere ritenuti responsabili di omicidio, ma solo di *collaborazionismo*, ammissibile;
2) i membri delle SS e delle brigate nere, in quanto belligeranti, non potevano essere fucilati e perciò i partigiani devono essere condannati per omicidio.

²⁶⁵ G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, "Judicial "Truth" and Historical "Truth": The Case of the Ardeatine Caves Massacre", in *Law and History Review*, Vol. 31, N. 4, 2013, 843 - 886.

²⁶⁶ Trattasi della nota serie di eventi che ha inizio dall'azione dei Gruppi di Azione Patriottica (GAP), ordinata da Giorgio Amendola e compiuta da una dozzina di gappisti (fra cui i noti Rosario Bentivegna, Carla Capponi, Franco Calamandrei, Carlo Salinari) il 23 marzo 1944. L'attentato consiste nella detonazione di un ordigno esplosivo, nel lancio di quattro bombe a mano e nell'uso di mitragliatrici. Ciò avveniva al passaggio, in via Rasella a Roma, dell'11^a Compagnia del III Battaglione *Ordnungspolizeiregiment* "Bozen". Esso costa la vita a 33 soldati tedeschi (32 sul colpo, 1 alcuni giorni dopo) e 2 civili italiani (di cui un bambino). La reazione tedesca è immediata e si sostanzia in una rappresaglia: dieci italiani per ogni tedesco ucciso. 21 ore dopo l'attacco, 335 persone completamente estranee all'azione dei GAP, quasi tutte detenute presso il carcere di Regina Coeli in quanto sospetti partigiani ovvero ebrei, vengono condotti presso le c.d. Fosse Ardeatine, dove sono fucilati. Successivamente viene usato dell'esplosivo per far crollare le grotte e coprire i cadaveri. Alla guida dell'operazione vi è il colonnello Kappler. Assieme all'eccidio di Monte Sole/Marzabotto (770 vittime) e alla strage di Sant'Anna di Stazzema (560 vittime), l'eccidio delle Fosse Ardeatine si colloca fra le più sanguinose stragi naziste in Italia.

²⁶⁷ Tribunale Militare di Roma, 20 luglio 1948, in *Rassegna di diritto pubblico*, n. 4, vol. II, 1949, 170.

²⁶⁸ G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, "Judicial "Truth" and Historical "Truth", cit. 862 e ss.

non belligeranti, giustificando così la rappresaglia che sarebbe stata posta in essere. Tuttavia la giurisprudenza civile, al contrario di quella penale, in applicazione del d.lgs.lt. 12 aprile 1945, n. 19 (che qualifica come «azioni di guerra» gli «atti di sabotaggio, le requisizioni e ogni altra operazione compiuta dai patrioti per la necessità di lotta contro i tedeschi e i fascisti nel periodo dell'occupazione nemica»), ritiene l'attentato di via Rasella un legittimo atto di guerra²⁶⁹, sancendo la prevalenza della norma interna (trattandosi di controversia civile fra privati), sulla Convenzione dell'Aia del 1907 (alla base della qualificazione del processo *Kappler*) che regola i rapporti fra Stati²⁷⁰. Vale la pena sottolineare che mentre il processo *Kappler* si svolge davanti alla giustizia penale militare, in questo caso trattasi di magistratura ordinaria civile. La Cassazione civile confermerà il carattere legittimo dell'attacco anche nel 2007²⁷¹.

In sede penale, per attendere una diversa qualificazione dell'azione di via Rasella bisogna aspettare il 1999. Ciò non avviene all'interno del processo, davanti alla giustizia penale militare, al Capitano Erich Priebke e al Maggiore Karl Hass (svoltosi dal 1996 al 1998, in seguito alle indagini del Simon Wiesenthal Center, al rinvenimento del Capitano Erich Priebke²⁷² in Argentina e alla sua estradizione in

²⁶⁹ «L'atto di guerra, da chiunque attuato nell'interesse della propria Nazione, non è di per sé, e per il singolo, da considerarsi illecito, salvo che tale non sia espressamente qualificato da una norma di legge interna.» La mancanza di comandanti e di uniformi militari manifesti è resa inevitabile dalle condizioni di clandestinità giustificate dal tipo di combattimento; dunque quello di via Rasella è un atto di guerra a danno di un nemico che occupa il territorio in stato in guerra. E' quindi da escludersi «che la morte o il ferimento dei cittadini che si trovavano casualmente in quel luogo siano stati voluti, e che sia stato voluto il successivo eccidio delle Cave Ardeatine. I gappisti e i fucilati alle Fosse Ardeatine sono non rei da una parte, ma combattenti; non semplici vittime di una azione dannosa dall'altra, ma martiri caduti per la Patria» Cfr. Tribunale Civile di Roma, sentenza del 26 giugno 1960.

²⁷⁰ Tale ricostruzione viene confermata da Cass., Sezioni Unite, 19 luglio 1957, 3053, in *Foro Italiano*, n. 80, vol. I, 1957, 1398.

²⁷¹ Cass., sez. III, 6 agosto 2007, n. 17172.

²⁷² Con riferimento alla qualificazione dell'attentato di via Rasella, in primo grado il Tribunale Militare di Roma, con sentenza del 1 agosto 1996, conclude concordemente con la sentenza *Kappler* (da cui si discosta per altri aspetti). Essa afferma che «dal punto di vista del diritto internazionale fu un atto di guerra materialmente illegittimo (art. 1 della Convenzione dell'Aia del 1907). Esso, infatti, non fu compiuto né dall'esercito regolare né da un corpo volontario che rispondesse ad imprescindibili requisiti: una persona responsabile che lo guidasse e si assumesse la responsabilità degli atti compiuti dai suoi subordinati, segni distintivi fissi e riconoscibili a distanza, armi portate apertamente. E poiché dalla illegittimità internazionale di un atto di guerra riferibile ad uno Stato, sorge nell'organizzazione statale danneggiata il diritto di agire in via di rappresaglia o di sanzione collettiva, occorre approfondire i presupposti giuridici di tali istituti per stabilire se l'eccidio delle Fosse Ardeatine possa o meno ricondursi ad una di queste due misure e trovare in essa giustificazione o legittimazione». Tale

Italia). La diversa qualificazione si presenta invece in un procedimento instaurato in seguito a denuncia presentata negli anni '90 dai parenti delle vittime civili italiane dell'attentato, pertanto davanti alla giustizia penale ordinaria. Il Giudice per le indagini preliminari di Roma, con ordinanza del 16 aprile 1998, aveva ritenuto che l'azione partigiana fosse illegittima e penalmente rilevante ed integrasse il reato di strage e tuttavia essa potesse ritenersi ammistiata sulla base del r.d. 5 aprile 1944, n. 96. Ivi inoltre si accennava al fatto che il venire meno della perseguibilità penale lasciava comunque aperta una responsabilità «etica, politica, storica» dei gappisti²⁷³. Al contrario la Corte di Cassazione nel 1999, su ricorso dei gappisti, rovescia totalmente la prospettiva fino ad allora espressa dalla giustizia penale italiana. Secondo la Suprema Corte, la legittimità dell'azione deve essere «valutata nel suo complesso, senza che sia possibile scinderne le conseguenze a carico dei militari tedeschi che ne costituivano l'obiettivo da quelle coinvolgenti i civili che ne rimasero vittime, in rapporto alla sua natura di "azione di guerra"»²⁷⁴. Per quanto accolta positivamente dall'opinione pubblica, tale sentenza è stata criticata dalla dottrina, in quanto la Corte avrebbe svolto un'analisi del fatto di dubbia conformità rispetto al proprio ruolo di giudice di legittimità²⁷⁵.

Da un'analisi complessiva di queste variazioni sincroniche e diacroniche nella qualificazione dell'attentato di via Rasella, gli Autori della ricostruzione affermano: «così come un sistema giuridico è inserito nella cultura di una specifica società, anche le corti - i suoi oracoli - costituiscono semplicemente un nodo all'interno di una complessa rete politica e istituzionale, la cui stabilità dipende dalla capacità di evolversi attraverso un adattamento riflesso. Decidere le controversie è una parte

sentenza viene annullata dalla Cassazione ed in seguito, ritenuto imprescrittibile il reato commesso, Priebke viene condannato all'ergastolo, con sentenza poi confermata dalla Cassazione nel 1998. Sul tema, fra i diversi lavori G. STEINACHER, *Das Massaker der Fosse Ardeatine und die Täterverfolgung. Deutsch-italienische Störfälle von Kappler bis Priebke* in M. GEHLER - M. GUIOTTO (a cura di), *Italien, Österreich und die Bundesrepublik Deutschland in Europa: Ein Dreiecksverhältnis in seinen wechselseitigen Beziehungen und Wahrnehmungen von 1945/49 bis zur Gegenwart*, Wien - Köln - Weimar, Böhlau Verlag 2012, 291-315.

²⁷³ Cfr. G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, "Judicial "Truth" and Historical "Truth", cit. 864.

²⁷⁴ Cass., 23 febbraio 1999, n. 1560, in *Foro italiano*, n. 122, vol. II, 1999, 273.

²⁷⁵ In tal senso G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, "Judicial "Truth" and Historical "Truth", cit. 867. Si è inoltre sostenuto che la Corte si sarebbe basata su una versione della sentenza *Kappler* del 1952 del Tribunale Supremo Militare affetta da refuso Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, "Il refuso che cambia la storia" in *La Domenica de Il Sole* 24 Ore, 25 marzo 2012.

integrale di tale procedimento e non dovrebbe essere considerata un'attività puramente tecnica distaccata dal suo contesto sociale [...] suggerisce inoltre che i giudici non dovrebbero essere considerati esperti di "verità" in un modo più distaccato e imparziale degli storici, i quali a loro volta - secondo una celebre affermazione di Benedetto Croce - guardano al passato attraverso le lenti del presente»²⁷⁶.

5.2.4 *Le azioni civili contro i partigiani*

Il *Processo alla Resistenza* ha luogo anche in sede civile, con un frequente ricorso ad azioni per il risarcimento del danno conseguente alle condotte di gruppi partigiani²⁷⁷. Ciò è indicativo del clima politico che pervade la società italiana di quegli anni, non solo la magistratura. Se è vero infatti che l'amnistia lascia impregiudicati gli effetti civili derivanti dal reato, è vero anche che ciò valeva anche per i delitti fascisti e tuttavia non si ha notizia di azioni civili in tal senso.

Il ricorso allo strumento civilistico non è però limitato a questo tipo di azioni. Si registra infatti un ulteriore filone giurisprudenziale di giudizi civili e penali (per diffamazione) con esercizio dell'azione civile in sede penale, legato alla narrazione della storia; ciò che i summenzionati Autori chiamano "*judging the discourses*"²⁷⁸. Di nuovo paradigmatico è il caso dell'azione gappista di via Rasella. Dopo un primo procedimento attivato dai parenti del poliziotto Pietro Caruso²⁷⁹ ed un secondo dalla nipote di Papa Pio XII, Eugenio Pacelli²⁸⁰, seguirono procedimenti attivati dai

²⁷⁶ G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, "Judicial "Truth" and Historical "Truth", cit. 882 - 883.

²⁷⁷ Sulla repressione antipartigiana condotta attraverso lo strumento della giustizia civile, L. BIANCO, "Partigiani e Cln davanti ai Tribunali civili" in *Il Ponte*, 1947, 1033 e ss.; Sui processi riguardanti Parri, Sforza, Cadorna, De Gasperi, A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, 122.

²⁷⁸ Espressione di G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, "Judicial "Truth" and Historical "Truth", cit. 867.

²⁷⁹ Si fa riferimento al procedimento relativo al documentario del 1953 di Romolo MARCELLINI, *Dieci anni della nostra vita*, che attribuisce a Caruso la responsabilità della compilazione dell'elenco dei 320 detenuti poi trasferiti e uccisi alle Fosse Ardeatine. Tale procedimento viene deciso dalla Cassazione con sentenza del 13 maggio 1958. Si veda *ivi*, 869 - 870.

²⁸⁰ Tale procedimento ha ad oggetto il saggio di Robert KATZ, *Morte a Roma. Il massacro delle Fosse Ardeatine* ed il film tratto dal libro, *Rappresaglia* di George P. COSMATOS, Italia - Francia, 1973. In entrambi si accusa il pontefice di posizione «immorale» con riferimento all'eccidio delle Fosse

gappisti, al fine di difendere la propria reputazione, a fronte di una fase di revisionismo storico portato avanti dai media nella fase post 1989. Fra questi si segnalano in particolare i procedimenti in seguito ad articoli pubblicati sui quotidiani *Il Tempo* e *Il Giornale*²⁸¹.

5.3 Disposizioni penali a tutela della Resistenza

Merita infine evidenziare un dato ulteriore sul piano penalistico. Parallelamente all'introduzione, nel 1947 e 1952, delle sanzioni contro il neofascismo (che puniscono la riorganizzazione del partito fascista, l'apologia del fascismo e le manifestazioni fasciste), nel 1947 viene modificato l'art. 290 c.p. che, a tutt'oggi, sanziona il «vilipendio delle forze armate della Liberazione». Inoltre la c.d. legge Scelba (l. 20 giugno 1952, n.645) all'art. 1 definisce la riorganizzazione del partito fascista, ai fini della XII disposizione transitoria e finale (c. 1) Cost., anche nella condotta di chi «persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista [...] denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza»²⁸².

6. La persecuzione dei delitti commessi dai tedeschi

Dopo l'8 settembre 1943, in seguito all'occupazione tedesca, molti crimini furono compiuti in Italia da parte degli ex alleati e, in molti casi, furono diretti nei confronti della popolazione civile²⁸³. A ciò si devono aggiungere i crimini commessi

Ardeatine. La sentenza di Cassazione è stata resa il 19 ottobre 1979 e successivamente, in seguito a rinvio, il 29 settembre 1983. *Ivi*, 874 - 879.

²⁸¹ *Ivi*, 871 - 874; a ciò debbono essere aggiunti i procedimenti nei confronti di Giorgio Pisanò e di Giuliano Castellino. Si veda inoltre V. ZENO-ZENCOVICH, "Il giudizio dello storico e la Storia attraverso il giudizio", in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXIV, n. 2, 2008, 34 - 40; G. TUCCI, *La diffamazione dei partigiani: il caso Bentivegna*, in G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare*, cit. 317 - 339.

²⁸² Per un'analisi più dettagliata, P. BARILE - U. DE SIERVO, op. cit., 561 e ss.

²⁸³ Si veda C. GENTILE, *I crimini di guerra tedeschi in Italia*, op. cit.; per un elenco delle stragi, suddivise per territorio, si veda M. DE PAOLIS, *La punizione dei crimini di guerra in Italia*, in S. BUZZELLI - M. DE PAOLIS - A. SPERANZONI, *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia. Questioni preliminari*, Torino, Giappichelli 2012, 61 - 155, 118 - 119.

nei confronti dei militari italiani all'estero. Le stime degli storici sulle vittime parlano di 9.180 civili (inclusi gli ebrei italiani deportati), 6.800 militari italiani giustiziati nei Balcani e in Grecia fra settembre-ottobre 1943 e 22.720 partigiani uccisi²⁸⁴.

L'8 settembre 1943 è dunque il momento cardine, che orienta il percorso della giustizia di transizione italiana. Esso è il fondamento della già menzionata *doppia via*²⁸⁵ nella persecuzione penale dei crimini di guerra, basata sulla nazionalità dell'autore: tedesca o italiana. La nazionalità determina il diritto applicabile: diritto penale per gli italiani (con nuove disposizioni *ad hoc*), diritto penale militare per i tedeschi; essa determina anche una differente giurisdizione: tribunali speciali (e poi ordinari) per gli italiani, tribunali militari per i tedeschi.

I crimini commessi dai tedeschi sono successivi al 1943 e ad una formale dichiarazione di guerra del Regno d'Italia alla Germania (il 18 ottobre 1943); non vi è perciò dubbio circa l'applicabilità del Codice penale militare di guerra del 1941, in virtù dell'art. 13 che prevede: «le disposizioni del titolo quarto, libro terzo, di questo codice, relativi ai reati contro le leggi e gli usi della guerra, si applicano anche ai militari e a ogni altra persona appartenente alle forze armate nemiche, quando alcuno di tali reati sia commesso a danno dello Stato italiano o di un cittadino italiano, ovvero di uno Stato alleato o di un suddito di questo»²⁸⁶. In particolare i tedeschi vengono imputati dei delitti militari ex art. 185 c.p.m.g. (*Violenza di militare contro privati nemici o di abitanti dei territori occupati contro militari italiani*) e art. 211 c.p.m.g. (*Violenza, minaccia o ingiuria, in generale*); quest'ultimo sanziona la violenza o minaccia nei confronti dei prigionieri di guerra.

Quanto alla competenza giurisdizionale a conoscere di tali reati, si è già detto²⁸⁷ che in Italia è presente un ordinamento giuridico militare.

6.1 *La persecuzione penale ad opera degli Alleati*

²⁸⁴ Cfr. F. FOCARDI, *Giustizia e ragion di Stato. La punizione dei criminali di guerra tedeschi in Italia*, in K. HÄRTER - C. NUBOLA (a cura di), *Grazia e giustizia*, cit. 489 - 541, 495, che a sua volta si richiama a G. SCHREIBER, *La vendetta tedesca. 1943-1943: le rappresaglie naziste in Italia*, Milano, Mondadori 2001.

²⁸⁵ Cfr. *supra*, Cap. I, § 3.

²⁸⁶ Inizialmente si pensa di destinare anche questi crimini alla cognizione dell'Alta Corte di giustizia e tuttavia nel 1945 tale opzione viene abbandonata. Cfr. *Ivi*, 501.

²⁸⁷ Cfr. *supra*, Cap. I, § 4.1

Ai fini di una migliore comprensione del giudizio agli autori tedeschi di crimini internazionali davanti ai tribunali militari italiani, ci sia consentita una breve premessa circa la persecuzione penale da parte degli Alleati. Ad essi infatti, sulla base della Dichiarazione di Mosca, spettava di giudicare i «*major criminals*» nazisti. Vista la mole dei crimini commessi da questi sul territorio italiano, inizialmente gli Alleati ipotizzano la costituzione in Italia di un secondo grande processo ai nazisti, dopo quello di Norimberga, per giudicare i principali responsabili degli eccidi nel Paese occupato. Si immaginava dunque un grande processo celebrato da parte degli Alleati per gli ufficiali di grado più elevato, lasciando ai tribunali militari italiani quelli di grado più basso. Sui crimini nazisti in Italia furono svolte dagli Alleati numerose indagini. Per quanto riguarda gli inglesi, esse avvenivano attraverso le sezioni n. 78 e n. 60 del *SIB (Special Investigation Branch)* e per quanto riguarda gli americani attraverso il *War Crimes Office*, costituito presso il Quartier Generale della V Armata degli Stati Uniti, sulla base della circolare n. 11 NATOUSA del 1944²⁸⁸.

La soluzione di una “Norimberga italiana” fu in seguito scartata per ragioni di opportunità politica e solo alcuni processi vennero celebrati in Italia direttamente da tribunali militari alleati contro criminali di guerra tedeschi²⁸⁹. La denominazione “Norimberga italiana”, oggi in uso fra gli storici²⁹⁰, può essere comunque fuorviante. Corrisponde infatti al vero che inizialmente si pensò ad un unico grande processo ai nazisti responsabili di crimini in Italia; tuttavia si sarebbe trattato in ogni caso di un processo davanti a un tribunale militare britannico, operante sulla base dell’*Army Act* e, proceduralmente, del *Royal Warrant* del 18 giugno 1945 (come per i tribunali

²⁸⁸ Si veda M. DE PAOLIS, op. cit.; P.P. RIVELLO, *Lacune e incertezze negli orientamenti processuali sui crimini nazifascisti*, in L. BALDISSARA - P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire*, cit. 257 - 274, 270.

²⁸⁹ Dalle corti militari britanniche vengono celebrati 49 processi (alcuni anche contro italiani), in generale per maltrattamenti o uccisioni di prigionieri di guerra britannici. Altri undici processi sono celebrati in Austria, dove operava già dal gennaio 1946 una sezione investigativa del gruppo per i crimini di guerra, distaccata dall’Italia. Altri sette processi sono celebrati in Austria dal giugno 1947 (data di trasferimento in quello Stato dell’intero gruppo per i crimini di guerra) al gennaio 1948, ma questi non riguardano più crimini commessi in Italia. Inoltre il gruppo, durante la sua permanenza in Austria e in Italia, arresta e consegna vari criminali di guerra ricercati da altre nazioni: 27 di questi sono consegnati all’Italia. Su questi processi, P. PEZZINO, “Sui mancati processi in Italia ai criminali di guerra tedeschi”, in *Storia e Memoria*, n. 1, 2001, 9 - 72.

²⁹⁰ A partire dal lavoro di M. BATTINI, *La mancata Norimberga italiana*, cit.

militari che hanno effettivamente operato). Non si sarebbe quindi in ogni caso trattato di un secondo tribunale militare internazionale in Europa.

Nel procedere contro i nazisti responsabili di crimini in Italia, gli Alleati privilegiano innanzitutto gli autori di crimini commessi in danno a cittadini britannici o americani, ma non solo²⁹¹. Fra i processi aventi ad oggetto crimini commessi contro la popolazione civile italiana, si segnalano in particolare i processi ai generali Eberhard von Mackensen e Kurt Mältzer²⁹², al feldmaresciallo Albert Kesserling²⁹³ (simbolicamente il più importante in quanto egli era il responsabile della direzione della guerra antipartigiana in Italia), al generale Eduard Crasemann²⁹⁴, al generale Max Simon²⁹⁵ e al generale SS Willy Tensfeld²⁹⁶. Nessuna delle condanne a morte

²⁹¹ Originariamente il Regno Unito pensa a due processi: uno per la strage delle Fosse Ardeatine e l'altro contro i responsabili del piano generale per le rappresaglie contro la popolazione civile italiana. Mentre il primo si svolge a Roma a carico di Eberhard von Mackensen e Kurt Mältzer, il secondo viene smembrato da una parte nel processo di Venezia a carico del Feldmaresciallo Kesserling, dall'altra in una serie di processi minori svoltisi a Padova.

²⁹² Tribunale militare britannico, Roma, 20 novembre 1946. Fu il primo processo celebrato dagli Alleati. L'imputazione si riferiva all'eccidio delle Fosse Ardeatine. Condannati a morte, la pena viene poi commutata in ergastolo dal generale britannico John Harding, anche grazie a pressioni del Vaticano. Von Mackensen viene liberato nel 1952, mentre Mälzer muore in carcere quello stesso anno. Secondo Kerstin VON LINGEN, la pena di morte ai due generali tedeschi è stata inflitta solo per rispondere alla pressioni dell'opinione pubblica italiana (in questo senso K. VON LINGEN, *Condannato al silenzio. Governi alleati e crimini nazisti in Italia: i condizionamenti politici sulla ricerca della verità*, in M. PALLA (a cura di), *12 agosto 1944: la strage di Sant'Anna di Stazzema*, Roma, Carocci 2003, 153 - 162).

²⁹³ Tribunale militare britannico, Venezia, 6 maggio 1947. L'imputazione si riferisce anche all'eccidio delle Fosse Ardeatine. Anche Kesserling viene condannato a morte. Grazie a pressioni di ex nemici influenti, dal generale Harold Alexander a Wiston Churchill, il generale John Harding commuta la pena dapprima in ergastolo, poi in 21 anni di reclusione e infine ne dispone la liberazione nel 1952. In seguito egli diventa consulente di Konrad Adenauer per la politica di riarmo tedesca all'interno della NATO. Sul processo Kesserling, M. BATTINI, *La mancata Norimberga italiana*, cit., 73 - 88; M. BATTINI, *Sul processo Kesserling e dintorni*, in L. BALDISSARA - P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire*, 177 - 184; K. VON LINGEN, *Kesselrings letzte Schlacht. Kriegsverbrecherprozesse, Vergangenheitspolitik und Wiederbewaffnung: Der Fall Kesselring*, Paderborn, Schöningh 2004.

²⁹⁴ Tribunale militare britannico, Padova, 13 maggio 1947. L'imputazione si riferisce alla strage del Padule di Fucecchio del 1944. Ivi, il 22 agosto 1944, erano stati uccisi 174 civili. Condannato a dieci anni, muore in carcere nel 1950.

²⁹⁵ Tribunale militare britannico, Padova, 26 giugno 1947. L'imputazione si riferisce a varie stragi fra Emilia Romagna e Toscana, inclusa la strage di Sant'Anna di Stazzema. Condannato a morte, la pena viene commutata in reclusione e in seguito, grazie all'intercessione dell'arcivescovo di Colonia, è graziato e liberato nel 1954.

²⁹⁶ Tribunale militare britannico, Padova, 18 aprile 1947. L'imputazione si riferisce anche ai fatti di Borgo Ticino, una rappresaglia avvenuta il 13 agosto 1944 e che costò la vita a 12 civili, scelti a caso,

comminate a tedeschi nel corso di processi davanti a tribunali militari britannici fu mai eseguita. All'interno dell'intera transizione italiana, sia con riferimento alla persecuzione da parte degli Alleati che a quella italiana, l'unica condanna a morte di un cittadino tedesco effettivamente eseguita è quella del generale Anton Dostler, responsabile dell'uccisione di un commando americano a La Spezia e condannato a morte dalle autorità statunitensi il 1 dicembre 1945²⁹⁷.

Nel corso di questi procedimenti si verificava un mutamento di sensibilità politica negli Alleati; «se nei documenti britannici del 1945 - 1946 le rappresaglie venivano considerate una conseguenza dell'attività partigiana, apertamente sollecitata dagli Alleati, e questo rappresentava una specie di debito d'onore che spingeva gli inglesi a sentirsi particolarmente investiti della missione di processare i colpevoli tedeschi delle stragi, un anno dopo l'argomentazione veniva ribaltata e il generale Harding poteva scrivere che la necessità di difendere il proprio esercito rappresentava un'attenuante per Kesselring. Secondo il generale inglese esistevano incertezze delle convenzioni militari internazionali vigenti in materia di rappresaglie (in realtà nessuna convenzione, per quanto largamente potesse essere interpretata, arrivava a giustificare l'uccisione indiscriminata di vecchi, donne e bambini)»²⁹⁸.

In seguito alla decisione politica di non procedere più contro criminali nazisti davanti a tribunali britannici²⁹⁹, il generale John Harding assegna alle autorità italiane competenti un termine per inoltrare richieste di estradizione dei militari tedeschi detenuti presso le zone di occupazione britannica. Analoghe richieste devono essere presentate per i prigionieri degli Stati Uniti. I termini fissati, a seconda della zona d'occupazione, sono il 31 ottobre 1947 e il 1 settembre 1948. A ciò la procura provvede tempestivamente, anche se non vi è documentazione attestante

in risposta a un attacco partigiano a un convoglio tedesco, che aveva comportato il ferimento di quattro militari.

²⁹⁷ Cfr. F. FOCARDI, *Giustizia e ragion di Stato*, cit., 529.

²⁹⁸ Cfr. Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione di Minoranza*, cit., 139 - 140.

²⁹⁹ Sul progressivo declino dell'interesse britannico e americano nella punizione dei criminali nazisti, non solo in Italia, D. BLOXHAM, *I processi per crimini di guerra nell'Europa postbellica*, in L. BALDISSARA - P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire*, cit., 147 - 176.

l'elenco dei nomi richiesti e delle estradizioni concesse³⁰⁰. Le stesse autorità si riservano la facoltà di considerare successivamente solo «casi eccezionali» e tuttavia non viene valutata tale la richiesta, avanzata nel 1948, di estradizione di testimoni tedeschi in relazione alla strage di Sant'Anna di Stazzema; non viene considerata nemmeno un'analogha richiesta per l'eccidio di Cefalonia³⁰¹.

6.2 *La persecuzione penale italiana*

La persecuzione penale da parte dei Tribunali militari italiani conosce una prima fase, che si arresta nel 1960. A partire dal 1994, a quasi cinquant'anni dalla fine della guerra, si registra una nuova stagione giudiziaria, che in questa analisi verrà divisa in due fasi distinte. E' dunque possibile parlare di una persecuzione penale trifasica.

6.2.1 *La prima fase della persecuzione (1948 - 1960)*

A fronte dell'enorme mole di documentazione raccolta presso la Procura generale militare (oggi nota in quanto “scoperta” nel 1994³⁰²) i processi concretamente celebrati nell'immediato dopoguerra sono un numero esiguo. A frenare l'instaurazione degli stessi sono precise pressioni politiche, frutto di un'evidente contraddizione dell'Italia, in quello stesso periodo impegnata

³⁰⁰ E' interessante notare che, ciononostante, dai rapporti del *War Office* di Londra si legge che i britannici non ravvisavano le condizioni necessarie per lasciare la competenza all'Italia. In particolare vi si ritrova un linguaggio oggi in uso nel diritto penale internazionale; trattasi infatti dei due elementi in presenza dei quali, in base all'art. 17 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, quest'ultima ritiene di dover sottrarre a uno Stato la competenza su un caso: i criteri della mancanza di volontà (*unwillingness*) o dell'incapacità (*inability*) (cfr. *infra*, Cap. II, § 7.2.3.1) Con riferimento all'Italia, in uno dei rapporti del *War Office* si legge: «sarebbe giusto pensare che tali processi siano di pertinenza del governo italiano, ma si sa che quel governo non possiede né l'attrezzatura né l'energia di portare a compimento processi di tale portata e ci sarebbero buone ragioni per temere che dove la questione della responsabilità si dovesse presentare come autentica difficoltà legale in mano agli italiani gli accusati potrebbero non ricevere un giusto processo». Cfr. P. PEZZINO, “Sui mancati processi in Italia ai criminali di guerra tedeschi”, 6; citazione dal documento n. 5 allegato a PRO, WO 204/11465. *Sheet 30 Recommendations applicable to Italy*.

³⁰¹ Cfr. F. FOCARDI, “La questione della punizione dei criminali di guerra in Italia dopo la fine del secondo conflitto mondiale” in *Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken*, n. 80, 2000, 543 - 624, 575.

³⁰² Cfr. *infra*, Cap. I, § 6.2.4.

attivamente sia in sede di *United Nations War Crimes Commission* che sul piano diplomatico per evitare l'estradizione dei criminali di guerra italiani verso Jugoslavia, Albania, Grecia, Etiopia. Tale azione diplomatica si fonda infatti su un asserito diritto dei militari ad essere giudicati in patria³⁰³). Al fine di mostrarsi coerente sostenitrice di tale principio, l'Italia ha quindi tutto l'interesse a frenare richieste di estradizione di militari tedeschi e a non rivendicare la giurisdizione sui reati commessi dagli stessi in Italia³⁰⁴. I processi celebrati sono una quindicina e solo quattro di essi riguardarono grandi stragi³⁰⁵, mentre altri si riferiscono a crimini minori³⁰⁶. I crimini più efferati rimangono esclusi.

Il processo più significativo, anche agli occhi dell'opinione pubblica italiana, è sicuramente il già menzionato³⁰⁷ processo a Herbert Kappler. Esso ha ad oggetto l'eccidio delle Fosse Ardeatine e viene deciso in primo grado il 20 agosto 1948, dal Tribunale Supremo Militare nel 1952 e dalla Cassazione il 19 dicembre 1953. Il Tribunale Militare di Roma ritiene l'attacco di via Rasella un illegittimo atto di guerra e pertanto legittima la rappresaglia, che resta però sproporzionata. Pur a fronte di tale sproporzione, in ragione della valenza scriminante dell'ordine del superiore, il Tribunale Militare non ritiene Kappler responsabile per la morte di 320 dei 335 uccisi, bensì solo per i 10 che egli decise autonomamente di aggiungere, dopo aver appreso della morte del trentatreesimo soldato tedesco. Viene inoltre condannato, a titolo di colpa, per la morte dei 5 ulteriori, aggiunti per un errore del suo subordinato³⁰⁸.

³⁰³ Cfr. *supra*, Cap. I, § 4.2.

³⁰⁴ Cfr. F. FOCARDI, "La questione della punizione dei criminali di guerra", cit., 142 e ss.

³⁰⁵ L'eccidio delle Fosse Ardeatine nel processo *Kappler* (1948 - 1953), alcuni stragi dell'Appennino toscano (Civitella, val di Chiana, Stia e Vallucchiole e altre) nel processo *Schmalz* (1950), l'eccidio del Padule di Fucecchio nel processo *Strauch* (1948-1949), quello di Monte Sole/Marzabotto e Vinca nel processo *Reder* (1951 - 1954). A questi si aggiunge il c.d. procedimento *Cefalonia*, conclusosi nel 1960 con sentenza di non doversi procedere.

³⁰⁶ Celebrati a Torino (contro Waldemar Krumhaar e Franz Covi), Napoli (contro Alois Schmidt), Padova (contro Wilhelm Niedermajer), La Spezia (contro Eduard Florin), Roma (contro Alois Schuler), Firenze (contro Theo Krake, Rudolf Fenn, Ernest Mair) e Verona (contro Ambrosius Webhofer).

³⁰⁷ Cfr. *supra*, Cap. I, § 5.2.3.

³⁰⁸ L'efficacia di giudicato di tale sentenza viene superata nel caso *Priebke*, in cui si affermerà la responsabilità anche di Kappler per l'uccisione di tutte le vittime. Condannato all'ergastolo, Kappler non viene liberato, nonostante le molte richieste provenienti dai cancellieri della Germania Federale,

La caratteristica di tali primi procedimenti penali non è data solo dal fatto che i principali eccidi restano esclusi. Per le grandi stragi che vengono incluse e che sono costituite da fatti di straordinaria grandezza e gravità, sono chiamate a rispondere pochissime persone o addirittura singoli soggetti. Ciò avviene alla luce di una concezione vigente del rispetto delle gerarchie negli apparati militari, che tende a riconoscere sempre valenza scriminante all'ordine del superiore, anche se palesemente criminale. «Questa scelta accusatoria di limitare la responsabilità di fatti simili di strage soltanto ai comandanti, che contrasta oltre che con il diritto positivo anche con il buon senso comune, ha portato alla fine ad inquadrare tutto il fenomeno “stragi” in un contesto eccessivamente semplificatorio degli eventi, quasi a dimenticare che per uccidere migliaia di persone inermi a sangue freddo non basta ordinare di farlo»³⁰⁹.

Un'altra caratteristica di tali processi è l'applicazione frequente dell'art. 26 c.p.m.g., che prevede un'attenuante facoltativa, a effetto speciale, «nel caso di gravi lesioni personali riportate dall'imputato in fatti d'armi o in servizi di guerra». Si tratta di un riconoscimento da parte del tribunale al rango militare dell'imputato, che si può ravvisare specularmente, davanti ai giudici speciali, nei processi a carico di italiani quali Graziani³¹⁰ e Borghese.

Heinemann e Schmidt. Nel 1976 il ministro Forlani e la magistratura gli accordarono prima il trasferimento all'ospedale del Celio e poi la libertà vigilata per motivi di salute; nel 1977 evade con una rocambolesca fuga, con grande scandalo nazionale e mai chiarite complicità dei servizi segreti italiani, di una ipotetica struttura occulta di servizi deviati denominata *l'Anello*, nonché dei servizi segreti della Germania occidentale. Fuggito in patria, muore a Soltau nel 1978.

³⁰⁹ Cfr. M. DE PAOLIS, op. cit. 104.

³¹⁰ A Graziani in particolare, il Tribunale militare di Roma, con giudice relatore Enrico Santacroce, concede l'attenuante ex art. 26 c.p.m.g. «a riconoscimento che non consente discussioni del valore militare e del tributo di sangue dedicati alla patria nelle molte campagne alle quali Rodolfo Graziani ha partecipato», nonché l'attenuante ex art. 62 c. 1 n. 1 del Codice penale ordinario, consistente nell'aver agito «per motivi di particolare valore morale e sociale». Ciò può sembrare paradossale, essendo il motivo politico il fondamento della punibilità del reato di collaborazionismo, tuttavia Santacroce argomenta che nel caso di Graziani, oltre ai motivi politici costitutivi del reato in parola, vi erano motivi ulteriori «intesi al contenimento dei più accesi estremismi fascisti e attenuazione dei rigori tedeschi»; aggiunge in particolare che nella coscienza dell'imputato, accanto ai «sentimenti politici», convivevano «sentimenti di attaccamento e di affetto alla gente della sua nazione e alla terra della sua patria - perciò - in una situazione tragica [...] la collaborazione militare trovava assai spesso una limitazione della sua portata». (Cfr. F. COLAO, *I processi a Rodolfo Graziani*, cit., 211). L'impugnazione del pubblico ministero con riferimento all'applicazione dell'attenuante ex art. 62 c. 1 n. 1 viene rigettata. Il Tribunale Supremo Militare, con relatore Giuseppe Pardi, afferma che tale attenuante non deve essere negata «a chi, per una concezione errata di quelli che, in quel momento, erano i veri interessi della patria, non obliò la gente della sua nazione e la sua terra». In riferimento a

Complessivamente, in questa fase i procedimenti arrivati a sentenza sono tredici³¹¹; diciotto si concludono in fase istruttoria. All'inizio degli anni '50 solo due militari tedeschi detenuti stanno scontando l'ergastolo (Herbert Kappler e Walter Reder). Su un totale di 25 imputati, vengono inflitti solo tre ergastoli (a Kappler, Reder e Niedermayer), di cui uno in contumacia, due condanne al di sopra dei 15 anni (Wagener e Mair), di cui una in contumacia, e 12 assoluzioni. Ciò rappresenta un'anomalia rispetto al numero delle condanne inflitte in Francia (con migliaia di processi a carico di militari tedeschi e una cinquantina di condanne a morte eseguite), o ai 231 tedeschi imputati in Olanda (con 18 condanne a morte, 5 eseguite), ai 91 in Belgio (con 21 condanne a morte, 2 eseguite) o alle 76 condanne a morte (46 eseguite) in Danimarca³¹².

In Italia nessuna condanna a morte viene eseguita, pur a fronte della scelta di ritenerla applicabile. La questione è infatti inizialmente oggetto di dibattito giuridico. Il 185 c.p.m.g. rimanda infatti alle pene previste dal Codice penale, dal quale la pena di morte è stata però espunta dopo la destituzione di Mussolini³¹³. Paradossalmente tuttavia le disposizioni speciali per i collaborazionisti italiani estendono ai civili le pene previste nel Codice penale militare di guerra, che continua a prevedere la pena di morte. A fronte della disparità di trattamento creatasi fra autori italiani ed autori tedeschi, la questione diviene oggetto di scontro interpretativo fra la procura militare e il Ministero degli esteri. L'occasione è il processo *Kappler*. Si impone l'interpretazione della procura, in base alla quale, a fronte di più violazioni dell'185 c.p.m.g., è applicabile l'art. 54 c.p.m.p., che (nella versione allora vigente) prevedeva la pena di morte con degradazione in caso di concorso di reati, se ciascuno di essi è punito con l'ergastolo.

tale applicazione e alla tesi di una funzione della RSI quale cuscinetto fra la rappresaglia nazista e il popolo italiano, la dottrina parla di attenuante di «anticollaborazionismo» (*ivi*, 215).

³¹¹ Cfr. Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione Finale*, XIV Legislatura, Doc. XXIII, n. 18, 61; *Relazione di minoranza*, cit., 151. Per alcuni storici tuttavia tale conteggio deve limitarsi a 12, non dovendosi considerare come italiano il sudtirolese Ambrogio Webhofer, processato a Verona. In questo senso F. FOCARDI, *Giustizia e ragion di Stato*, cit., 510.

³¹² Cfr. F. FOCARDI, *Giustizia e ragion di Stato*, cit., 514. Sull'enorme portata della persecuzione penale dei nazisti nell'Europa orientale, H. QUARITSCH, *Giustizia politica. Le amnistie nella storia*, Milano, Giuffrè 1995, in particolare con riferimento all'Unione Sovietica e alla Repubblica Democratica tedesca (*ivi*, 109) e alla Jugoslavia (*ivi*, 116).

³¹³ Cfr. *supra*, Cap. I, § 3.1.1.

Secondo la relazione di minoranza della Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, le cause che spiegano la cessazione di tale fase di repressione penale relativa ai crimini nazisti sono almeno tre:

- 1) l'imprecisione delle domande di estradizione;
- 2) la paura del governo di legittimare le richieste di estradizione jugoslave e degli altri paesi richiedenti;
- 3) il mutamento di atteggiamento di Stati Uniti e Regno Unito in funzione della politica di ricostruzione della Germania occidentale, anche a scopi antisovietici³¹⁴.

Secondo parte della dottrina³¹⁵, è più corretto suddividere la prima fase repressiva in due fasi: una prima fra il 1947 e il 1949 ed una seconda fra il 1950 e il 1951. Lo spartiacque sarebbe dato dalla nascita, nel 1949, della Repubblica Federale di Germania, che portò a una minore incisività della fase repressiva italiana. In ciascuna di queste fasi sarebbero ricompresi 5 processi.

Indipendentemente dalle sottoclassificazioni, la prima fase repressiva conosce ufficialmente la sua battuta d'arresto il 14 gennaio 1960, quando il Procuratore generale militare della Repubblica, Enrico Santacroce, ordina la "provvisoria archiviazione" dei fascicoli (istituto inesistente nel nostro diritto processuale). La motivazione ufficiale recita: «nonostante il lungo tempo trascorso dal fatto, non si sono avute notizie utili per l'accertamento della responsabilità». E' un provvedimento illegale, sia nel contenuto che per la carenza di legittimazione del suo autore³¹⁶.

Il Consiglio della magistratura militare, che ha potuto indagare sul fenomeno negli anni '90, ha concluso affermando il concorso di responsabilità degli organi

³¹⁴ Cfr. Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione di Minoranza*, cit., 156, *ivi* anche per riferimenti alla politica successiva fra Italia e Germania.

³¹⁵ F. FOCARDI, *Giustizia e ragion di Stato*, cit., 511. Sul tema anche F. FOCARDI, *Criminali di guerra in libertà. Un accordo segreto tra Italia e Germania federale, 1949-1955*, Roma, Carocci 2008.

³¹⁶ Cfr. B. COSTANTINI, *Il processo contro il caporale delle SS Michael Seifert*, in L. BALDISSARA - P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire*, cit. 267 - 274, 270.

governativi e dei titolari della Procura generale militare, in quella che fu una vera e propria operazione di insabbiamento³¹⁷.

6.2.2 Le caratteristiche della prima fase

Cercando di valutare questa prima fase repressiva, si giunge a riflettere sul ruolo che la giurisdizione dei tribunali militari ha avuto in relazione agli scarsi risultati ottenuti. Nella dottrina della giustizia di transizione, si ritiene che la giustizia militare possa costituire spesso un fattore di impunità³¹⁸, soprattutto in ragione del pericolo di corporativismo (c.d. *esprit de corps*). Autorevole dottrina riconosce come tuttavia, nella maggior parte dei casi, l'impunità sia determinata per la maggior parte da cause di tipo fattuale e solo in minima parte da cause normative³¹⁹. Fra queste ultime vengono in particolare annoverate:

- 1) la mancata previsione di un vaglio di legittimità delle sentenze militari da parte di un giudice ordinario (nel nostro ordinamento ciò è avvenuto solo con la legge 7 maggio 1981, n. 180, che ha soppresso il Tribunale supremo militare e ha previsto il ricorso per Cassazione);
- 2) i criteri di composizione (si critica in particolare la presenza, fra i giudici, di ufficiali in servizio attivo; tuttavia nel nostro ordinamento, se da un alto solo la riforma del 1981 ha esteso ai magistrati militari le stesse garanzie di quelli civili ed ha previsto un organo di autogoverno, dall'altro il r.d. 28 novembre 1935, n.2397, convertito con legge 6 aprile 1936, n.818, aveva già istituito il Corpo degli ufficiali in congedo della Giustizia militare);

³¹⁷ Parte della relazione è riportata *ibidem*. Il testo integrale della Relazione approvata dal Consiglio della Magistratura Militare in data 23 marzo 1999 è disponibile in appendice a R. RICCI, "Processo alle stragi naziste? Il caso ligure. I fascicoli occultati e le illegittime archiviazioni", in *Storia e Memoria*, n. 2, 1998, 119 - 178. Sul tema e sull'influenza del contesto politico, M. FRANZINELLI, *Le stragi nascoste*, cit.; F. GIUSTOLISI, *L'armadio della vergogna*, Roma, Nutrimenti 2004; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit. 228 e ss.; P. PEZZINO, "Sui mancati processi in Italia ai criminali di guerra tedeschi", 9 e ss.

³¹⁸ In questo senso K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc 1999, 191, ma il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, in particolare, *ex multis*, si veda UN-ECOSOC-CHR, 199°, § 402.

³¹⁹ Cfr. *ivi*, 192.

- 3) la mancata pubblicità delle udienze (nel nostro ordinamento un problema si è posto invece, in anni recenti³²⁰, con riguardo alla mancanza di partecipazione delle vittime in qualità di parti civili);
- 4) l'ampiezza della rilevanza scriminante attribuita all'ordine del superiore (è il fattore di maggiore impunità nella prima fase di repressione dei crimini commessi dai tedeschi; tuttavia più che un fattore prettamente normativo, esso deriva dal formante giurisprudenziale e dall'interpretazione attribuita alla scriminante dalla magistratura militare).

E' dunque lecito affermare che l'impunità della prima fase repressiva italiana dei crimini tedeschi commessi in Italia è data da un combinato disposto di quest'ultima causa normativa e di diverse cause fattuali che riguardano in primo luogo il piano politico nazionale ed internazionale (il fattore politico è invece dirimente ed esclusivo nel caso della mancata persecuzione dei crimini italiani commessi all'estero).

Da ultimo, fra tali cause fattuali, va annoverato anche quell'*esprit de corps*, che rappresenta «la causa strutturale dell'impunità nella giustizia militare»³²¹. Da questo punto di vista si può tuttavia far sommamente notare l'interessante singolarità del fatto che l'*esprit de corps* costituisca un fattore di impunità anche nel caso italiano. I casi analizzati dalla summenzionata dottrina, infatti, si riferiscono alle transizioni latinoamericane, dove i giudici militari erano chiamati a giudicare una parte del proprio corpo di appartenenza, ossia quei vertici militari del proprio Paese

³²⁰ Cfr. *infra*, Cap. I, § 6.2.5.

³²¹ Cfr. K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, cit., 196. L'Autore richiama anche alcuni criteri per valutare la giustizia militare, così come formulati da alcune istituzioni. Nella fattispecie, la *Defensoría del Pueblo* del Perù ha proposto:

- 1) la ricorribilità delle decisioni avanti alla giustizia ordinaria;
 - 2) la limitazione dell'ambito di applicazione soggettiva del diritto penale militare ai soli militari in servizio;
 - 3) una tipizzazione dei delitti militari compatibile con il principio di tassatività;
 - 4) l'applicazione alla magistratura militare degli stessi requisiti di indipendenza della magistratura ordinaria;
 - 5) l'assoggettamento del diritto penale militare ai principi cardine del diritto penale comune.
- Il Gruppo di Lavoro sulle Detenzioni Arbitrarie del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite ha invece previsto le seguenti regole in relazione alla giustizia militare: essa non deve
- 1) giudicare civili;
 - 2) giudicare i militari nel caso in cui le vittime siano civili;
 - 3) giudicare né civili né militari nel caso di ribellione o altri delitti commessi contro lo Stato;
 - 4) applicare la pena di morte (cfr. *ivi*, 227).

che avevano avuto un ruolo centrale nelle dittature in funzione anticomunista. Nel caso italiano invece la giustizia militare conosceva di fatti compiuti da militari appartenenti a una nazione nemica, responsabile di gravissimi crimini contro i concittadini e contro lo Stato dei giudicanti. Non era quindi scontato aspettarsi un *self-restraint* fondato sull'*esprit de corps*; ci si sarebbe anzi potuti aspettare semmai un eccesso di rigore repressivo.

6.2.3 La stasi (1960 - 1994)

Dal 1960 al 1994 si registra un fase di stasi³²², interrotta solo da tre importanti iniziative della giustizia ordinaria. Si tratta di processi in cui viene applicato il diritto penale ordinario e che vengono attivati anche su impulso delle vittime, costituitesi poi parti civili. In tutti e tre i casi i processi sono contumaciali. Ci si riferisce in primo luogo al processo celebrato nel 1976 davanti alla Corte di assise di Trieste³²³ (con conferma in appello nel 1978), a carico di Joseph Oberhauser e August Allers

³²² Si deve inoltre dar conto di due sentenze della giustizia italiana degli anni '60, che non riguardano la punizione di crimini nazisti commessi in Italia, bensì che impediscono la persecuzione da parte dei tribunali tedeschi. In particolare nel 1963 nel caso *Kroger* la Corte d'Appello di Bologna, applicando l'ampia nozione soggettiva di delitto politico contenuta all'art. 8 c.p., rifiuta l'extradizione verso la Repubblica Federale di Germania di un cittadino tedesco imputato di genocidio (per l'uccisione di 2.245 ebrei e di altre 800 persone), «trattandosi di delitto soggettivamente politico, poiché si inserisce nella lotta antiebraica condotta dal regime nazionalsocialista e si adegua ai sistemi da tale regime adottati per la soluzione finale del problema ebraico, soluzione di natura squisitamente politica» (cfr. Corte d'Appello di Bologna, Sezione Istruttoria, 11 gennaio 1963, in *Giustizia penale*, 1964, II, col. 64 e ss. con nota critica di A. GALANTE GARRONE, "Delitti politici e delitti contro l'umanità"). Una siffatta sentenza ovviamente poteva avvenire nel previgente regime dell'art. 26 Cost., prima che la l. cost. 21 giugno 1967, n.1 disponesse che l'ultimo comma dell'art. 10 e l'ultimo comma dell'art. 26 della Costituzione non si potessero applicare ai delitti di genocidio. Nel 1961 la Cassazione, nel caso *Zind*, aveva già parimenti rifiutato l'extradizione, sulla base della nozione di delitto politico, di un cittadino tedesco imputato di oltraggio e profanazione della memoria dei defunti, perché, discutendo sulla politica di Hitler, aveva commentato favorevolmente la lotta antiebraica e la soluzione finale (Cass., 5 aprile 1961, in *Giurisprudenza italiana*, 1964, II, col. 64). Sul tema M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, Jovene 2000, 40; S. APRILE, *art. 8*, in E. DOLCINI - G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, 2° ed., Milano, Ipsoa 2006, 156 e ss.. Per il tema della sovrapposizione fra diritto politico e crimini internazionali, E. NICOSIA, "No all'indulto per Priebke: L'eccidio delle Fosse Ardeatine non fu un delitto politico (Nota a Cass., 27 giugno 2003, Priebke)", in *Foro Italiano*, 2005, 82 - 136.

³²³ La sentenza di primo grado della Corte d'Assise di Trieste relativa alla Risiera di San Sabba è pubblicata in due inserti speciali nei numeri di aprile e giugno 1976 della rivista *Triangolo Rosso*, disponibili al seguente link: <http://www.deportati.it/triangolorosso/1976/triangolo-rosso-inserto-speciale-la-sentenza-del-processo-sul-caso-della-risiera.html>.

(decaduto nelle more del procedimento), avente ad oggetto gli omicidi compiuti contro ebrei e partigiani nel lager della Risiera di San Sabba . Negli anni '80 viene invece celebrato un processo davanti alla Corte di assise di Bologna, nei confronti di Alois Schintelholzer e Erwin Fritz, colpevoli di aver trucidato 33 civili italiani. Infine nel 1994, poco prima della scoperta dell'Armadio della Vergogna e della seconda fase repressiva, la Corte di assise di Santa Maria Capua Vetere condanna all'ergastolo Richard H.W. Lehnigk Emden per la strage di Caiazzo³²⁴.

La scelta della giurisdizione ordinaria a Trieste si è basata sulla qualificazione dei crimini (non si trattava di crimini di guerra, bensì dello sterminio operato nel lager diretto dall'imputato). Al contrario per il processo di Bologna, dopo la condanna in primo grado il fascicolo viene trasmesso al Tribunale Militare di Verona, dove il processo prosegue e si conclude nel 1989³²⁵. Infine la ritenuta giurisdizione della magistratura ordinaria nel processo di Santa Maria Capua Vetere è stata criticata come una «risoluzione stravagante (e peraltro isolata)»³²⁶; tuttavia, avendo gli imputati deciso di non proporre appello, essa non è stata più messa in discussione³²⁷.

6.2.4 L'Armadio della Vergogna

La nuova fase repressiva ha inizio nel 1994 con la casuale scoperta del c.d. *Armadio della Vergogna*, un armadio con le ante rivolte verso il muro presso Palazzo Cesi in Roma, sede della procura generale militare presso la Corte militare di appello. Si tratta di 695 fascicoli documentanti crimini di guerra nazifascisti commessi sul territorio italiano dal 1943 - 1945³²⁸. Una scoperta casuale, che avviene

³²⁴ Si veda A. SCALPELLI (a cura di), *San Sabba. Istruttoria e processo per il lager della Risiera*, Milano, Lint 1995; G. SCHREIBER, 'L'eccidio di Caiazzo e le miserie della giustizia tedesca', in *Italia contemporanea*, n. 201, 1995, 661 - 685; P. ALBANO - A. DELLA VALLE, *La strage di Caiazzo. 13 ottobre 1943. La caccia ai criminali nazisti raccontata dal pubblico ministero*, Milano, Mursia 2013.

³²⁵ La sentenza di condanna all'ergastolo del Tribunale Militare di Verona è pubblicata in *Rassegna della giustizia militare*, n. 5, 1989, 344.

³²⁶ Cfr. M. DE PAOLIS, op. cit. 89.

³²⁷ La sentenza è pubblicata in *Rassegna della giustizia militare*, nn. 4-5-6, 2001, 141.

³²⁸ Tutta la documentazione contenuta nei 695 fascicoli è stata digitalizzata e dal 16 gennaio 2016 è consultabile pubblicamente tramite il sito dell'Archivio storico della Camera dei deputati. Il link è il

in occasione delle indagini nel procedimento a carico di Erich Priebke. Tale processo si svolge davanti al Tribunale Militare di Roma nel 1996, dopo il ritrovamento dell'imputato in Argentina da parte del Simon Wiesenthal Center e del *network* BCC e l'extradizione in Italia nel 1995. In questo processo (che in seguito a diversi gradi si conclude nel 1998), superando il giudicato del processo Kappler, Priebke viene ritenuto responsabile per l'intero numero delle uccisioni nell'eccidio delle Fosse Ardeatine³²⁹. Il processo *Priebke* è inoltre un processo, che attira una grande attenzione mediatica, riportando l'attenzione sulla persecuzione giudiziaria dei crimini nazisti.

La scoperta dell'*Amadio della Vergogna* porta alla costituzione di una Commissione mista, composta da membri dell'ufficio della Procura generale militare presso la Corte d'appello e da membri dell'ufficio della Procura generale militare presso la Suprema Corte di Cassazione. Il compito della Commissione consiste nell'analisi della copiosa documentazione rinvenuta, che contiene estratti di rapporti di intelligence americana e britannica, fotografie e altro materiale investigativo. Alla Commissione spetta anche di ripartire i fascicoli in funzione della competenza territoriale e di escludere documenti non contenenti notizie rilevanti per eventuali indagini. La ripartizione dei fascicoli, in ragione del *locus commissi delicti*, è dunque la seguente: 2 fascicoli alla Procura militare di Palermo, 4 fascicoli alla Procura militare di Bari, 32 fascicoli alla Procura militare di Napoli, 87 fascicoli alla Procura militare di Padova, 108 fascicoli alla Procura militare di Verona, 119 fascicoli alla Procura militare di Torino, 129 fascicoli alla Procura militare di Roma e 214 fascicoli alla Procura militare di La Spezia³³⁰.

La prima indagine sull'occultamento dei 695 fascicoli viene promossa dal Consiglio della Magistratura Militare, che nel 1996 istituisce un'apposita commissione d'inchiesta, la quale approva una relazione finale il 23 marzo 1999. Nel 2001 la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati delibera un'indagine conoscitiva sul tema, che si conclude auspicando l'istituzione di un'apposita

seguinte: <https://archivio.camera.it/desecretazione-atti/commissione-parlamentare-inchiesta-sui-crimini-nazifascisti-leg-XIV/list>.

³²⁹ Su tale sentenza, G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, "Judicial "Truth" and Historical "Truth", cit. 856 e ss.

³³⁰ Cfr. M. DE PAOLIS, op. cit. 112.

commissione d'inchiesta. Con legge 15 maggio 2003, n. 107 viene dunque istituita la Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause dell'occultamento di fascicoli relativi a crimini nazifascisti, con il compito di indagare sul contenuto di tali fascicoli, sulle ragioni per cui essi sono stati ritrovati a Palazzo Cesi, sulle cause che avrebbero portato all'occultamento dei fascicoli e le eventuali responsabilità, sulle cause della eventuale mancata individuazione o del mancato perseguimento dei responsabili di atti e di comportamenti contrari al diritto nazionale e internazionale. La Commissione è composta da 15 senatori e da 15 deputati³³¹, nominati rispettivamente dal Presidente del Senato della Repubblica e dal Presidente della Camera dei deputati, in modo da rappresentare tutti i gruppi costituiti in almeno un ramo del Parlamento, in proporzione alla loro consistenza numerica. La Commissione svolge indagini e esami con i medesimi poteri e le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria. Alla Commissione, limitatamente all'oggetto dell'indagine di sua competenza, non può inoltre essere opposto il segreto di Stato, d'ufficio e professionale.

Al termine dei lavori, nel 2006, la Commissione approva una relazione di maggioranza (in data 08.02.2006) ed una di minoranza (in data 24.01.2006)³³². La prima, votata dalla maggioranza di centro-destra e presentata dall'on. Raisi di Alleanza Nazionale, spiega l'occultamento, pur sempre classificato come illegittimo, attraverso un comportamento negligente dei vertici della procura generale militare dell'epoca. In particolare si parla di «profonda inerzia», legata a una considerazione tecnica data dall'impossibilità sopravvenuta di ottenere l'extradizione di cittadini tedeschi. Ciò sia in seguito all'entrata in vigore dell'art. 16 della Legge Fondamentale tedesca del 1949³³³, sia per il ripristino del trattato di estradizione e

³³¹ Nella fattispecie dai deputati Tanzilli (Presidente), Verdini (Vicepresidente), Bocchino, Colasio (Segretari), Abbondanzieri, Arnoldi, Banti, Bondi, Carli, Damiani, Delmastro delle Vedove, Perlini, Raisi, Russo Spina, Stramaccioni, e dai senatori: Guerzoni (Vicepresidente), Brunale, Corrado, Eufemi, Falcier, Frau, Marino, Novi, Pellicini, Rigoni, Sambin, Servello, Vitali, Zancan, Zorzoli.

³³² Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione Finale*, cit., approvata l'08.02.2006, disponibile al seguente link: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/301476.pdf>;
Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione di Minoranza*, cit., disponibile al seguente link: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/203175.pdf>.

³³³ Si tratta dell'articolo che nega in generale l'extradizione per tutti i cittadini tedeschi.

assistenza giudiziaria del 1942³³⁴, che vietava l'extradizione verso l'Italia per delitti politici. Al contrario la relazione di minoranza del centro-sinistra, presentata dall'on. Carli dei Democratici di Sinistra, pur non riuscendo ad individuare responsabilità individuali, fa proprie e sviluppa le conclusioni della commissione d'inchiesta del Consiglio della Magistratura Militare e denuncia le direttive governative sui suddetti procuratori generali, soprattutto in funzione della nuova politica nei confronti della Germania occidentale. Anche in ragione della mancanza di indipendenza della magistratura militare dell'epoca dall'esecutivo, a differenza di quella ordinaria, la relazione di minoranza basa le sue conclusioni su una «contiguità fra il mondo politico e la giurisdizione militare»³³⁵.

Come è stato evidenziato in dottrina, «va tuttavia rilevato come tali approfondimenti non siano stati seguiti da concreti provvedimenti di carattere generale che abbiano in qualche modo prodotto effetti significativi. In sostanza, ci si limitò ad una semplice presa d'atto, preceduta da un'analisi che potesse spiegare le origini e le cause del fenomeno, senza però voler intervenire con atti e provvedimenti di carattere organizzativo idonei a creare i presupposti per risolvere la grave situazione di emergenza giudiziaria che si era venuta a creare con la emersione di centinaia di procedimenti per strage che le Procure militari della repubblica avrebbero dovuto istruire»³³⁶.

6.2.5 La seconda fase della persecuzione (1994 - 2002)

L'ulteriore conseguenza della scoperta dell'*Armadio della Vergogna* è dunque la riapertura di centinaia di processi penali da parte delle procure militari su altrettanti fatti di strage per crimini di guerra, sulla base del Codice penale militare di guerra. Tale fase è tuttavia condizionata negativamente dalle difficoltà organizzative,

³³⁴ Trattato approvato con legge 18 ottobre 1942, n. 1344. Cfr. Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione Finale*, cit., 67.

³³⁵ Cfr. Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione di Minoranza*, cit., 423. Si osservi che lo stesso Consiglio della magistratura militare è stato istituito solo con la legge 30 dicembre 1988, n. 561.

³³⁶ Cfr. M. DE PAOLIS, op. cit. 115.

soprattutto per la procura militare di La Spezia³³⁷. Dal 1994 al 2002 vengono istruiti solo cinque processi: due a Torino³³⁸, uno a Roma³³⁹, uno a Napoli³⁴⁰ e uno a Verona³⁴¹.

In questa prima fase tuttavia, già nel processo *Priebke*, si ha una svolta procedurale importantissima per la futura fase repressiva: si fa riferimento alla possibilità per il danneggiato di esercitare l'azione civile in sede penale militare, mediante la costituzione di parte civile. In assenza di tale istituto nell'ambito del processo penale militare, la Corte Costituzionale era già stata chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità dell'art. 270 c.p.m.p.³⁴² nel 1989 ed aveva

³³⁷ Il maggior numero di fascicoli ad essa destinati si spiega sia in ragione del fatto che la maggior parte dei crimini vennero commessi nel territorio occupato dai nazisti e dove era presente la RSI, sia perché, prima della sua soppressione, essa aveva la più vasta giurisdizione territoriali fra le procure militari (corrispondente a Toscana, Emilia Romagna, parte della Liguria e delle Marche). La procura militare di La Spezia, così come quelle di Bari, Cagliari, Padova, Palermo e Torino, è stata soppressa dall'art. 2 cc. 603-612 della legge finanziaria 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244), assieme ai rispettivi Tribunali militari. Oggi pertanto esistono solamente tre Tribunali militari (Roma, Napoli, Verona), con le relative procure.

³³⁸ Vengono condannati all'ergastolo il capitano delle SS Theodor Emil Saevecke (per l'esecuzione di quindici partigiani in piazzale Loreto a Milano il 10 agosto 1944; sentenza Tribunale militare di Torino, 09 giugno 1999, n. 570), Siegfried Engel (conosciuto come "il boia di Genova", responsabile delle stragi della Benedicta, del passo del Turchino, di Portofino e di Carvasco; sentenza Tribunale militare di Torino, 15 novembre 1999, n. 44); in entrambi i casi la condanna è all'ergastolo. Per i procedimenti giudiziari nei confronti di Engel ad Amburgo, conclusi nel 2004 con una sentenza di non luogo a procedere, nonché per quello ad Osnabrück a carico di Saevecke, conclusosi nel 2000 in seguito alla morte dell'imputato, F. FOCARDI, *Giustizia e ragion di Stato*, cit., 533-534.

³³⁹ Il processo nei confronti del maresciallo delle SS Emil Schreiber, accusato dell'omicidio del maggiore dei Carabinieri Pasquale Infelisi, terminò con una sentenza di assoluzione (Tribunale militare di Roma, 22 settembre 2006, n. 44).

³⁴⁰ Il processo a carico del capitano della Wehrmacht Otto Galle, accusato dell'omicidio di quattro religiosi a Mugnano, terminò con un'assoluzione (Tribunale militare di Napoli, 5 novembre 1999, n. 649).

³⁴¹ Nei confronti di Michael Seifert, conosciuto come "la bestia del lager di Bolzano", con condanna all'ergastolo del 24 novembre 2000. Individuato in Canada nello stesso anno, viene estradato in Italia nel 2008, dove ha scontato la pena, nel carcere militare di Santa Maria Capua Vetere, fino alla sua morte il 6 novembre 2010. Tribunale Militare di Verona, 24 novembre 2000, n. 97; confermata da Corte militare di appello, sez. Verona, 18 ottobre 2001, n. 252. Su questo procedimento, B. COSTANTINI, *Il processo contro il caporale delle SS Michael Seifert*, cit.

³⁴² Il quale stabiliva: «nei procedimenti di competenza del giudice militare, l'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno non può essere proposta davanti ai tribunali militari. Il giudizio su di essa è sospeso fino a che sull'azione penale sia pronunciata, nella istruzione, la sentenza di proscioglimento non più soggetta a impugnazione, o, nel giudizio, la sentenza irrevocabile, ovvero sia divenuto esecutivo il decreto di condanna».

dichiarato l'infondatezza della questione³⁴³, anche in considerazione del fatto che la giurisdizione militare sarebbe «istituita esclusivamente per la tutela della disciplina e del servizio militare, non avrebbe né motivo né capacità per l'apprezzamento di questioni di carattere patrimoniale». La *ratio* della decisione del 1996 è stata invece fortemente condizionata dall'entrata in vigore del nuovo Codice di procedura penale, per il giudizio ordinario, nonché dalla riapertura di procedimenti relativi ai crimini di guerra, dove centinaia sono le persone offese e sono coinvolte anche parti civili istituzionali. Chiamata nuovamente a pronunciarsi sull'art. 270 c.p.m.p., nell'ambito del processo *Priebke*, con sentenza n. 60 del 22 febbraio 1996 la Corte dichiara l'incostituzionalità del suddetto articolo per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. Essa non rinviene nell'esclusione della parte civile una tutela di interessi considerati preminenti (come accade invece nel processo penale minorile), che giustifichino la lesione del legittimo interesse della posizione del danneggiato. L'importanza della decisione è «enorme, poiché con essa cambia volto il processo penale militare, che si avvicina in tutto e per tutto a quello comune, gettando altresì le basi per un positivo successivo sviluppo degli altri processi»³⁴⁴.

6.2.6 La terza fase della persecuzione (dal 2002)

In questa fase si svolgono davanti al Tribunale di La Spezia, fino alla sua soppressione nel 2008, alcuni fra i più importanti processi penali della storia del diritto penale militare. Essa si caratterizza per:

- 1) la mutata considerazione della questione dell'esecuzione dell'ordine del superiore gerarchico³⁴⁵: la giurisprudenza del Tribunale militare di La Spezia

³⁴³ Corte Costituzionale, 22 febbraio 1989, n. 78. Sul tema A. SPERANZONI, *Problematiche relative alle parti eventuali nei processi italiani per crimini di guerra*, in S. BUZZELLI - M. DE PAOLIS - A. SPERANZONI, *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia. Questioni preliminari*, cit., 207 - 287.

³⁴⁴ Cfr. M. DE PAOLIS, op. cit. 123.

³⁴⁵ Per l'evoluzione del ruolo di tale causa di esclusione della responsabilità penale nell'ambito del diritto penale internazionale, E. AMATI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale*, in E. AMATI - M. COSTI - E. FRONZA - P. LOBBA - E. MACULAN - A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, Giappichelli 2016, 215 - 249, nonché E. MEZZETTI, "Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte internazionale penale", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, 246 e ss.; D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, Padova, Cedam 2011; N. SELVAGGI, *Dubbio sulla criminalità dell'ordine e responsabilità penale*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale*. Vol. II.

relativa alle stragi di Sant'Anna di Stazzema, Marzabotto, Civitella etc., innova totalmente rispetto alla giurisprudenza della prima fase repressiva (*Kappler, Wagener, Schmalz, Strauch*). Precedentemente infatti si procedeva solo nei confronti dei superiori, ritenendo che gli esecutori materiali, in quanto sottoposti, dovessero sempre andare esenti da responsabilità. Ciò in virtù di una logica di deresponsabilizzazione dei soldati, fondata sul dovere di obbedienza. In questa nuova fase invece si compie un'analisi più dettagliata dei fatti e una più approfondita analisi delle norme sul concorso e della scriminante dell'adempimento di un dovere. Vengono dunque imputati soggetti ignorati nei precedenti procedimenti (ad esempio il sottotenente SS Paul Abers ed il maresciallo SS Hubert Bichler, entrambi già testimoni nel processo *Reder* del 1950 per le stragi di Marzabotto e San Terenzo; per quei fatti vengono condannati all'ergastolo rispettivamente dal Tribunale militare di La Spezia nel 2007 e da quello di Roma nel 2009)³⁴⁶. Il mutamento è dovuto a due ordini di considerazioni.

In primo luogo si è esclusa l'efficacia scriminante dell'ordine illegittimo in quanto manifestamente criminoso. Ciò peraltro era stabilito anche dal previgente art. 40 c.p.m.p. (il quale non cessa di essere applicato solo per l'applicabilità del Codice penale militare di guerra). Esso disciplinava la scriminante dell'adempimento di un dovere e costituisce il corrispettivo dell'art. 51 c.p.³⁴⁷ L'ultima parte dell'art. 40 c.p.m.p stabiliva

Studi, Torino, Giappichelli 2010. Per un confronto con l'applicazione di tale scriminante con riferimento agli autori italiani, G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 350 - 368. Si segnala come anche nell'ordinamento tedesco «in tutti i processi la giurisdizione avente per oggetto i crimini internazionali ha dovuto combattere due opposte ma correlate battaglie, contro la neutralizzazione della responsabilità di comando, volta a scagionare i vertici, e contro la dottrina dell'obbedienza agli ordini ricevuti, volta invece a scagionare la base della piramide del terrore. L'Imt - (Tribunale Militare Internazionale, *n.d.r.*) aveva quanto meno indicato la direzione di marcia, ricorrendo al costrutto del complotto per dilatare la responsabilità di comando e accettando l'argomento della gerarchia come elemento a discarico in modo estremamente restrittivo» (cfr. P.P. PORTINARO, *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Milano, Feltrinelli 2010, 105).

³⁴⁶ Si veda per Monte Sole/Marzabotto, Tribunale Militare di La Spezia, 13 gennaio 2007, n. 1, confermata da Corte militare di appello di Roma, 7 maggio 2008, n. 25; per San Terenzo/Vinca, Tribunale Militare di Roma, 26 giugno 2009, n. 25, confermata da Corte militare di appello di Roma, 20 aprile 2011, n. 37.

³⁴⁷ Su tale disposizione, D. BRUNELLI - G. MAZZI, *Diritto penale militare*, cit., 75 - 84. Esso è stato poi abrogato dall'art. 22 legge 11 luglio 1978 ed infine la materia è oggi disciplinata all'art. 1349 del Codice dell'ordinamento militare.

infatti che «risponde del fatto anche il militare che ha eseguito l'ordine quando l'esecuzione di questo costituisce manifestamente reato» (si tratta del c.d. *sindacato sostanziale*); analoga disposizione era rinvenibile al § 47 del Codice penale militare di guerra del Reich del 1940³⁴⁸. E' evidente quindi che la precedente interpretazione restrittiva non può che essere riflesso di fattori extragiuridici, basati su una diversa concezione del dovere di obbedienza nelle gerarchie militari e soprattutto su una difficoltà a percepire la strage come manifestamente criminosa. Siamo cioè di fronte ad una «concezione morale che rappresenta la strage come “fatalità della guerra”»³⁴⁹.

Una volta qualificato dunque l'ordine di commettere un eccidio di civili come manifestamente criminoso e stabilito perciò che esso non ha efficacia scriminante, si deve poi distinguere fra i vari livelli dei sottoposti per stabilire quando vi sia partecipazione nel reato. Si tratta di una questione centrale in riferimento ai crimini internazionali e centrale anche in tutta l'evoluzione del diritto penale internazionale. Infatti, anche davanti ai tribunali *ad hoc* per l'ex-Jugoslavia e per il Ruanda e alla Corte penale internazionale è tuttora al centro della discussione il tema dei requisiti minimi, oggettivi e soggettivi, per aversi partecipazione nel reato³⁵⁰. Ciò a prescindere dalla presenza di un modello concorsuale differenziato rispetto a quello unitario proprio dell'ordinamento italiano ed alle conseguenti

³⁴⁸ Legge del 16 ottobre 1940, n. 181; sul tema M. DE PAOLIS, op. cit. 134- 135.

³⁴⁹ Cfr. M. BATTINI, *La mancata Norimberga italiana*, cit. 45.

³⁵⁰ Si veda M. COSTI M., *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 84 - 132, 106 e ss.; per un dibattito recente con riferimento al Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia, alla forma di partecipazione dell'*aiding and abetting* e alla presenza o meno del requisito della *specific direction*, si vedano le seguenti opinioni divergenti: K.J. HELLER, “Why the ICTY’s “Specifically Directed” Requirement is Justified”, in *Opinio Juris*, 2 giugno 2013, disponibile al seguente link: <http://opiniojuris.org/2013/06/02/why-the-ictys-specifically-directed-requirement-is-justified/>; J.G. STEWART, ““Specific Direction” is Indefensible: A Response to Heller on Complicity”, in *Opinio Juris*, 12 giugno 2013, disponibile al seguente link: <http://opiniojuris.org/2013/06/12/specific-direction-is-indefensible-a-response-to-heller-on-complicity/>.

Per lo sviluppo di questo tema nella giurisprudenza tedesca, con riferimento al caso specifico dei campi di sterminio, G. WERLE - B. BURGHARDT, “La punibilità del complice nelle uccisioni di massa nei campi di sterminio nazisti - Il caso Demjanjuk nel contesto della giurisprudenza federale tedesca” (“Zur Gehilfenstrafbarkeit bei Massentötungen in nationalsozialistischen Vernichtungslagern - Der Fall Demjanjuk im Kontext der bundesdeutschen Rechtsprechung”), in *Ius17@unibo.it*, vol. 2, 2015, in pubblicazione.

questioni sui confini fra l'autoria e le altre forme di partecipazione. Tornando al caso italiano, a fronte della prova del nesso causale fra l'azione del militare e l'evento delittuoso, si ritiene dunque che la partecipazione alle attività con un ruolo tattico (ufficiale di ordinanza, aiutante maggiore di reggimento etc.) o di comando (comandante di plotone, di squadra etc.) renda quel militare concorrente nel reato. In tali casi è ritenuta sufficiente la prova di aver ricoperto l'incarico, pur senza la prova della partecipazione diretta al massacro, in quanto il reato si perfeziona nel momento in cui, ricevuto l'ordine manifestamente criminoso, lo si accetta e si pongono in essere le condotte organizzative che concorrono alla sua riuscita³⁵¹. La sentenza di riferimento è quella relativa alla strage di Sant'Anna di Stazzema (caso *Sommer*)³⁵². Per i meri esecutori materiali invece, non avendo essi partecipato alle attività preparatorie, la responsabilità non può essere desunta dalla semplice partecipazione all'operazione, perché gli ordini, illegittimi e manifestamente criminosi, erano impartiti al momento e sul posto. È quindi necessaria la prova della diretta e individuale partecipazione alla realizzazione dell'evento.

- 2) La riconosciuta ammissibilità della chiamata in giudizio di uno Stato estero (nella fattispecie la Repubblica Federale di Germania) quale responsabile civile in ordine ai danni civili provocati con la commissione di crimini di guerra o contro l'umanità da parte di ex militari appartenenti alle forze armate di quello Stato. Ciò avviene per la prima volta nel 2006, nel corso del processo per la strage di Civitella in Val di Chiana davanti al Tribunale militare di La Spezia. Si tratta di un *novum* sia per la giurisprudenza penale militare che per quella ordinaria. Ammessa nel giudizio in primo grado, alla prima udienza dibattimentale dd. 13 gennaio 2006, tale istanza viene confermata anche nei successivi gradi di giudizio, che affermano la sussistenza della giurisdizione italiana in relazione alla domanda risarcitoria promossa in sede penale nei confronti di uno Stato straniero per i danni

³⁵¹ Cfr. M. DE PAOLIS, op. cit. 128.

³⁵² Tribunale militare di La Spezia, 22 gennaio 2005, n. 45; confermata da Corte militare di appello di Roma, 21 novembre 2006, n. 65 e da Cass., 6-8 novembre 2007, n. 1362, pubblicata in *Cassazione penale*, 2008, 4040 e ss.

cagionati alla popolazione civile da crimini contro l'umanità commessi in Italia da propri militari durante la seconda guerra mondiale³⁵³.

In seguito a tali decisioni, la Germania ha adito la Corte internazionale di giustizia dell'Aia, opponendo la violazione del principio dell'immunità degli Stati dalle giurisdizioni internazionali. Con pronuncia del 03 febbraio 2012, la Corte Internazionale di Giustizia accoglie le ragioni della Germania³⁵⁴. Lo Stato italiano si è prontamente conformato al dettato della Corte, sia con le successive sentenze della Cassazione, che hanno annullato le decisioni di merito, sia con l'art. 3 della legge 14 gennaio 2013, n. 5, che consente espressamente l'impugnabilità per revocazione delle sentenze già passate in giudicato che siano in contrasto con la sentenza della Corte internazionale di giustizia.

Tuttavia il Tribunale di Firenze, con ordinanza dd. 21 gennaio 2014, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 2 e 24 Cost., sia della nuova legge che delle norme nazionali che impongono l'adeguamento alle sentenze della Corte internazionale di giustizia³⁵⁵. Con sentenza del 23 ottobre 2014, n. 238, la Corte Costituzionale accoglie la questione sollevata, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle norme di diritto interno che impediscono al giudice italiano di accertare l'eventuale responsabilità civile di un altro Stato per la commissione di crimini internazionali nel territorio nazionale a danno di cittadini italiani. Si afferma espressamente che il principio di immunità degli Stati «non opera nel nostro ordinamento, qualora riguardi comportamenti illegittimi di uno Stato

³⁵³ Cass., 21 ottobre 2008, n. 1072. Tale principio era già stato tuttavia precedentemente affermato dalle Sezioni Unite civili in un caso di sottoposizione a lavoro coatto di un cittadino italiano in Germania fino all'aprile del 1945; in quel caso si trattava tuttavia di un'azione esercitata in sede civile e non in sede penale. Si tratta della nota sentenza *Ferrini* (Cass., S.U. civ., 11 marzo 2004, n. 5044) con la quale si era affermato che l'immunità riconosciuta agli Stati dal diritto internazionale non ha carattere assoluto, ma trova un limite ove le condotte, pure esercizio della sovranità statale, siano tali da integrare crimini contro l'umanità. Per un approfondimento sul tema A. SPERANZONI, *Problematiche relative alle parti eventuali nei processi italiani per crimini di guerra*, cit.

³⁵⁴ *Ibidem* il testo della decisione e un commento critico. Si veda anche B. FAEDI DURAMY, *Making Peace with the Past: The Federal Republic of Germany's Accountability for World War II Massacres Before the Italian Supreme Court: the Civitella Case*, in K.J. HELLER - G. SIMPSON (a cura di), *The Hidden Histories of War Crimes Trials*, Oxford, Oxford University Press 2013, 215 - 228.

³⁵⁵ Sul punto, B. COSTANTINI, *I processi per crimini di guerra davanti ai tribunali militari*, cit. 152 e ss.

qualificabili e qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona garantiti dalla Costituzione».

Merita sottolineare inoltre come la vicenda abbia provocato, nel 2008, una crisi diplomatica fra Italia e Germania, in particolare con critiche in Germania nei confronti del Presidente della Repubblica, Napolitano³⁵⁶. La crisi viene superata in un vertice a Trieste fra il premier italiano Berlusconi e la Cancelliera tedesca Merkel e i rispettivi ministri degli esteri, che porta all'istituzione di una Commissione mista italo-tedesca, composta di dieci storici, investita del compito di occuparsi «del passato di guerra italo-tedesco ed in particolare del destino degli internati militari in Germania, al fine di contribuire alla creazione di una cultura della memoria comune ai due paesi». La Commissione ha presentato il suo rapporto nel 2012³⁵⁷.

Oltre che per i suddetti aspetti, i procedimenti di questa terza fase si caratterizzano per elementi ulteriori. Un tratto distintivo è il ruolo centrale delle persone offese, sia in sede di esame delle parti civili, che quali testimoni³⁵⁸. Un

³⁵⁶ Si veda F. FOCARDI, *Giustizia e ragion di Stato*, cit., 491.

³⁵⁷ Il rapporto della commissione e la documentazione relativa sono disponibili sul sito dell'Associazione vittime eccidi nazifascisti di Grizzana Marzabotto Monzuno, al seguente link: <http://www.eccidiomarzabotto.com/RAPPORTO%20ITALIAGERMANIA%202012.php>. Composta da 5 membri tedeschi e 5 membri italiani, essa aveva il mandato di elaborare un'analisi critica della storia e dell'esperienza comune durante la seconda guerra mondiale. A seguito delle raccomandazioni avanzate dalla Commissione nel dicembre 2012, a conclusione dei suoi lavori, il Governo della Repubblica Federale Tedesca si è poi impegnato a finanziare una serie di iniziative per la valorizzazione della memoria italo-germanica relativa al secondo conflitto mondiale, con l'istituzione presso il Ministero federale degli affari esteri di un Fondo italo-tedesco per il futuro. Fra tali iniziative vi è una ricerca scientifica, che ha portato a definire un quadro completo degli episodi di violenza contro i civili commessi dall'esercito tedesco e dai suoi alleati fascisti in Italia tra il 1943 e il 1945. Ne è conseguita l'elaborazione dell'Atlante delle stragi naziste e fasciste. Esso si compone di una banca dati e dei materiali di corredo (documentari, iconografici, video) correlati agli episodi censiti ed è liberamente consultabile online all'indirizzo www.straginazifasciste.it.

³⁵⁸ Sul tema, A. SPERANZONI, *Il testimone della disumanizzazione nei processi italiani per crimini di guerra*, in S. BUZZELLI - M. DE PAOLIS - A. SPERANZONI, *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia. Questioni preliminari*, cit., 157 - 206. Sul ruolo delle parti civili e dei testimoni nel processo per l'eccidio di Monte Sole/Marzabotto, si veda il documentario *Lo stato di eccezione* di Germano MACCIONI, Italia 2009. Va ricordato che i crimini commessi si concretavano anche in una espulsione radicale dalla comunità «non solo tramite la morte, ma attraverso qualcosa di più intimo e terribile: la cancellazione assoluta della vita della *polis* mediante la politica del terrore [...] la natura delle azioni di repressione e di sterminio di civili implica pertanto la scomparsa del concetto stesso di diritto soggettivo e dei principi di protezione giuridica del soggetto. [...] Quanto emerso dall'esperienza giudiziaria italiana ha dunque posto la collettività nazionale innanzi a una richiesta di ascolto da parte dei numerosi testimoni, che, almeno in parte, travalica le sole esigenze ricostruttive del fatto e della prova del danno civile derivante da reato. Permeava questa richiesta di ascolto nella

ulteriore fenomeno inedito per il processo penale, non solo militare, è il ruolo ricoperto dallo storico quale consulente³⁵⁹. Egli viene coinvolto sia ai fini della ricostruzione della dinamica dei fatti, sia dell'elemento soggettivo, alla luce della specifica cornice ideologica e materiale. Il fine è quello di comprendere e motivare l'adesione soggettiva dell'imputato a un piano complessivo, ad un'opera generale di pianificazione delle attività militari, riconducibile a precise scelte dei vertici, da un lato, e al fanatismo delle truppe tedesche dall'altro (il c.d. sistema degli ordini del feldmaresciallo Kesserling, basato sulla lotta alle bande e, parallelamente, sulla "guerra ai civili")³⁶⁰.

Infine vi è un'ulteriore caratteristica comune a questi processi, mediante i quali, nel giro di quindici anni, sono stati comminati più di 60 ergastoli nei confronti di cittadini tedeschi ancora in vita. È quella di essere stati tutti (con le uniche eccezioni di quelli a carico di Priebke, Hass e Seifert) celebrati *in absentia*, o meglio in contumacia. Ciò è dovuto al fatto che l'ordinamento tedesco, in base ai principi sull'irretroattività delle norme penali, non consente l'applicazione retroattiva della norma che ha abrogato il divieto di estradizione dei cittadini tedeschi. La norma è precedente ai giudizi in parola, ma successiva ai fatti³⁶¹. Si è parlato quindi di processi aventi natura meramente simbolica o tesa a ricostruire un frammento di verità, in quanto aventi per imputati uomini molto avanti negli anni, assenti e che in ogni caso non sarebbero stati puniti. Si è usata anche l'espressione "giudizio agli ectoplasmii"³⁶². A ciò si aggiunga che l'accertamento frammentario della responsabilità tende a coincidere con la longevità degli autori e che i sottoposti

più parte dei casi una sorta di 'risarcimento poetico-narrativo' che si traduceva nell'esigenza di "sanare il tempo" [...]. Infatti, a fronte dell'espulsione delle vittime dalla comunità che il crimine contro l'umanità compie, l'esperienza della giustizia aspira a realizzare la ricomposizione di una frattura all'interno di ciascun individuo e della collettività» (Cfr. A. SPERANZONI, *La difesa delle vittime nei processi per crimini nazifascisti in Italia. Tra ricostruzione dei fatti e «irrisolto» risarcitorio*, in G. FOCARDI - C. NUBOLA (a cura di), *Nei tribunali*, cit., 335 - 350, 340 - 344).

³⁵⁹ Confronta P. PEZZINO, *Lo storico come consulente*, in G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare*, cit. 83 - 112.

³⁶⁰ Sul punto M. DE PAOLIS, op. cit. 130 - 131. L'espressione "guerra ai civili" è di P. PEZZINO - M. BATTINI, *Guerra ai civili. Occupazione tedesca e politica del massacro: Toscana 1944*, Venezia, Marsilio 1997.

³⁶¹ Cfr. *supra*, Cap. I, § 6.2.4.

³⁶² Cfr. A. INTELISANO, *Giustizia e storia: metodologie a confronto*, in G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare*, cit. 73 - 81.

devono per forza (per evitare di incorrere nella prescrizione) essere puniti con l'ergastolo (qualificando il fatto come omicidio volontario plurimo) e, quindi, in maniera più grave dei pochi comandanti giudicati a pochi anni dai fatti³⁶³. A detta dello stesso Procuratore militare presso il Tribunale militare di Roma e poi Procuratore generale militare presso la Corte di Cassazione, Antonino Intelisano, «più che di processi in senso stretto, si tratta della ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia, anche con l'apporto dell'opera di storici, con la valenza polimorfa della ritualità civile, storicamente invertevasi anche in passato per altre vicende»³⁶⁴. Ciò invita a riflettere sulla natura di questi processi tardivi, celebrati nella consapevolezza dell'impossibilità di punire, che paiono avere alcuni elementi in comune (ma altri ben differenti) con i c.d. *Juicios por la Verdad* argentini, più o meno coevi³⁶⁵.

7. Il quadro nella Seconda Repubblica

Verranno esposti compiutamente nel terzo capitolo gli effetti che le scelte transizionali italiane hanno avuto sul paradigma memoriale italiano durante la c.d. Prima Repubblica³⁶⁶. In particolare si vedrà come questa fase della storia

³⁶³ Questo paradosso si è verificato anche in Germania, dove nel 1955 la Repubblica Federale di Germania stipula con le ex potenze Alleate il Trattato per la regolamentazione delle questioni sorte dalla guerra dall'occupazione. Esso impedisce la persecuzione penale da parte delle corti tedesche nel caso vi fosse già un giudicato del Tribunale di Norimberga o dai tribunali militari di una delle tre potenze occupanti. Si impedisce anche la revisione delle sentenze. La conseguenza è che mentre la maggior parte dei condannati a Norimberga vedono la pena di morte commutata in ergastolo e vengono graziati, molti loro subordinati, precedentemente non scoperti e non perseguiti dagli Alleati, a partire dagli anni '60 vengono condannati a pene detentive elevate e spesso all'ergastolo (si veda H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 128).

³⁶⁴ Cfr. *Ivi*, 80 - 81.

³⁶⁵ Sul tema D. PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina*, in E. FRONZA - G. FORNASARI (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente*, cit., 99 - 175; E. MACULAN - D. PASTOR, *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi 2013.

³⁶⁶ Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.5. Sul concetto di passaggio dalla Prima alla Seconda Repubblica, cfr. *supra*, Cap. III, § 6. Si anticipano già alcuni riferimenti bibliografici al riguardo: U. GENTILONI SILVERI, "Italy's unfinished transition: between domestic dynamics and international change" in *Journal of Modern Italian Studies*, vol. 20, n. 2, 189 - 201; G. PASQUINO, "Teorie della transizione e analisi del sistema politico: il caso italiano" in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, n. 2, 2001, 313 - 328; A. CENTO BULL, "The Italian transition and national (non)reconciliation", cit.; M.J. BULL, "The Italian transition that never was" in *Modern Italy*, vol. 17, n. 1, 2012, 103 - 118.

repubblicana sia stata caratterizzata da un perpetuarsi delle categorie fascista/antifascista e come tale divisione abbia impedito il riconoscimento, al di là della memoria ufficiale, della formazione di una memoria condivisa del fascismo e del secondo conflitto mondiale³⁶⁷. Al contrario, ha lasciato memorie divise e basate essenzialmente sull'appartenenza partitica: esse possono essere banalmente riassunte in un'adesione o meno al "mito della Resistenza".

Si accennerà in seguito alla possibilità di imputare la stasi del caso italiano a diversi fattori, fra cui anche al fatto che, negli anni in cui tutto ciò sarebbe potuto avvertire, l'Italia si trovava a dover affrontare nuovi conflitti sociali e politici, anche con degenerazioni armate. Si tratta di conflitti che hanno radici postbelliche che non possono qui essere analizzati. Evidenziando qui alcuni elementi di continuità, non si vuole però assolutamente proporre una semplificazione (che sarebbe non solo viziata da una lettura militante, ma anche semplicistica ed erronea da un punto di vista storico e politologico) che spieghi tutti gli avvenimenti della Prima Repubblica sulla base del fallimento dell'epurazione e della giustizia di transizione dal fascismo. Si fa qui riferimento a quell'atteggiamento complottista tratteggiato con acuta ironia in un recente romanzo³⁶⁸, ambientato, non a caso, all'epoca di Tangentopoli e del passaggio dalla Prima alla Seconda Repubblica. Ivi si legge di un personaggio, con il quale l'Autore propone una lettura volutamente ironica del complottismo e delle semplificazioni operate da una parte della società italiana. Tutti i fatti narrati dal personaggio sono veri, il complottista interviene invece sulla connessione³⁶⁹. Si

³⁶⁷ Sul tema G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore. Le memorie di un'Italia divisa*, Milano, Feltrinelli 2011, 169 e ss.; sull'evoluzione delle celebrazioni del 25 aprile nei primi 50 anni di storia repubblicana, si veda il documentario *25 Aprile: la memoria inquieta*, di Guido CHIESA e Giovanni DE LUNA, Italia 1995; sul 70° anniversario del 25 Aprile si veda V. ROGHI, *Non c'è Liberazione senza antifascismo*, in *Internazionale*, 25 aprile 2015, disponibile al seguente link: <http://www.internazionale.it/opinione/vanessa-roghi/2015/04/22/25-aprile-resistenza-liberazione>.

³⁶⁸ Cfr. U. ECO, *Numero Zero*, Milano, Bompiani 2015.

³⁶⁹ Si tratta del personaggio di Braggadocio (nome che, non a caso, in inglese significa "millantatore", "spacccone"). Egli ritiene che Mussolini sia stato sostituito da un sosia prima della fucilazione e che il vero Mussolini si trovi in Argentina, da dove controlla gli eventi italiani per il tramite dell'associazione segreta Gladio, in particolare orchestrando il tentativo di golpe organizzato nel 1970 dal generale Junio Valerio Borghese, già figura di spicco sia del regime fascista che della RSI: «L'ombra di Mussolini, - dice Braggadocio - dato per morto, domina tutti gli eventi italiani dal 1945 direi a oggi, e la sua morte reale scatena il periodo più terribile della storia di questo paese, coinvolgendo stay-behind, CIA, NATO, Gladio, la P2, la mafia, i servizi, gli alti comandi militari, ministri come Andreotti e presidenti come Cossiga, e naturalmente buona parte delle organizzazioni terroristiche di estrema sinistra, dovutamente infiltrate e manovrate. Per non dire che Moro è stato rapito e assassinato perché sapeva qualcosa e avrebbe parlato» (*ivi*, 186). Ancora, spiega il

premette quindi sin d'ora l'intenzione di rifuggire un atteggiamento di questo tipo, volendo solo più avanti³⁷⁰ limitarsi a constatare, come durante la Prima Repubblica si registri un uso, nelle diverse fazioni, delle stesse categorie (fascismo, antifascismo, partigiani, banditi) proprie del secondo conflitto mondiale. Parole e concetti non vengono usati però in chiave di continuità storica, bensì in funzione dei conflitti del presente e di delegittimazione dell'avversario o di auto legittimazione.

Si possono ora già anticipare alcuni elementi di questa fase. In particolare si nota che l'Italia, a differenza di altri Paesi, con riferimento alle responsabilità dei propri connazionali oggetto di amnistia, non conosce istanze di c.d. *transitional justice postponed*³⁷¹. Se infatti è vero che, come è stato sostenuto, «la cosa più urgente dopo una guerra è dimenticare la guerra»³⁷² e quindi non è raro che esigenze di pacificazione prevalgano su quelle di giustizia, altrove è accaduto che lo stato democratico successore del regime dittatoriale, trascorsi diversi anni e assicuratosi una posizione di stabilità e forza, abbia proceduto a una *remise en cause* delle amnistie precedentemente adottate. Ciò è stato ottenuto a mezzo di interventi di abrogazione retroattiva o declaratorie di inefficacia per contrasto con le costituzioni democratiche o con norme di diritto internazionale³⁷³ (trasformando così le amnistie

collegamento affermando: «ancor prima della fine della guerra i servizi alleati avevano fatto firmare a Borghese e agli uomini della sua Decima Mas un impegno a collaborare in futuro per opporsi a una invasione sovietica, e i vari testimoni affermavano tutti con candore che era naturale che per un'operazione come Gladio non si potessero arruolare che ex fascisti - e d'altra parte si vedeva come in Germania i servizi americani avessero garantito l'impunità persino a un boia come Klaus Barbie» (ivi, 210).

³⁷⁰ Cfr. *infra*, Cap. III, § 3.

³⁷¹ Espressione di R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 188.

³⁷² Cfr. J. CERCAS, *L'impostore*, Modena, Guanda 2015, 97.

³⁷³ Tali esempi verranno discussi più approfonditamente in seguito. A titolo esemplificativo, si menzionano alcuni casi. In Cile, dove il governo democratico si insedia nel 1990, il summenzionato processo avviene ad opera della magistratura. Negli anni '90 i giudici di merito iniziano ad applicare la cosiddetta "dottrina Alwyn", elaborata dall'omonimo Presidente, il primo democraticamente eletto. In base a tale interpretazione, la vigenza dell'autoamnistia (adottata nel 1978 dalla dittatura di Pinochet con il decreto legge n. 2191) non può impedire lo svolgimento dei processi e l'attribuzione delle responsabilità; ciò in virtù del preminente vincolo costituzionale del Cile di applicazione della Convenzione di Ginevra, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e della Convenzione americana dei diritti umani (CADU). Tale posizione viene accolta dalla Corte suprema solo nel 1998 nel caso *Poblete*, che ha escluso l'applicazione dell'amnistia per gli atti lesivi delle regole umanitarie imposte dalla Convenzione di Ginevra. Nel 2006 inoltre nel caso *Almonacid Arellano e altri c. Cile*, la Corte di San José ha ritenuto l'incompatibilità dell'applicazione dell'amnistia con le norme della CADU.

transizionali in istituti “ad efficacia provvisoria”³⁷⁴). In altri casi si è proceduto quantomeno a sottoporre al voto popolare la questione del mantenimento della loro vigenza³⁷⁵. In altri casi ancora, pur a fronte di un’amnistia ancora in vigore, vi sono

In Argentina il passaggio alla democrazia avviene nel 1983. Negli anni '90 si ha l'esperienza dei *Juicios por la Verdad*, nella vigenza dei provvedimenti di amnistia e di indulto, in particolare della *Ley de punto final* (legge 26 dicembre 1986, n. 23492) e della *Ley de Obediencia debida* (legge 9 giugno 1987, n. 23521), oltre agli indulti successivi, approvati dal governo Menem. La svolta avviene il 6 marzo 2001, quando da una parte un giudice del Tribunale di Buenos Aires, Gabriel Cavallo, dichiarò l'incostituzionalità delle due leggi suddette, dall'altra la Corte Interamericana dei Diritti Umani, con la storica sentenza nel caso *Barrios Altos c. Perù*, dichiarò l'inefficacia di qualsiasi disposizione di diritto interno che ostacoli la condanna per gravi violazioni di diritti umani. Pur producendo tale sentenza effetti solo nei confronti del Perù, essa avrà un impatto su tutti i Paesi latinoamericani. Il passo decisivo viene compiuto tuttavia dal potere legislativo. Il parlamento, su impulso del presidente Nestor Kirchner, con la legge del 2 settembre 2003, n. 25779 annulla la *Ley de punto final* e la *Ley de obediencia debida*.

In Perù, l'autoamnistia emanata da Alberto Fujimori con la legge del 14 giugno 1995, n. 26479, viene, come detto, ritenuta incompatibile con la CADU dalla Corte di San José.

Sul tema G. FORNASARI, *Giustizia di transizione*, cit.; sull'Argentina: P. ENGSTROM - G. PEREIRA, *From Amnesty to Accountability: The Ebb and Flow in the Search for Justice in Argentina*, in F. LESSA - L.A. PAYNE (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability. Comparative and International Perspectives*, cit., 97 - 122.

³⁷⁴ E' stato affermato che «da un regime in cui l'amnistia governava il decorso del tempo siamo passati ad un regime in cui è proprio il decorso del tempo a governare l'istituto dell'amnistia [...]. Un simile capovolgimento si spiega alla luce del fatto che il tempo svolge un ruolo inverso nel caso dei crimini più gravi. Al contrario di lenire e di sommergere, riacutizza il dolore delle vittime, impedendo di fatto una separazione dal lutto». Cfr. G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Padova, Cedam 2011, 261 e ss. In questa nuova forma l'amnistia viene a svolgere una funzione opposta a quella della prescrizione, laddove «quest'ultima fornisce una finestra di opportunità per le parti al fine di far valere i propri diritti, dopodiché essi non possono più essere fatti valere. Al contrario le amnistie precludono l'esercizio dei diritti nell'immediato. Mentre nella loro intenzione tale preclusione deve durare per sempre, nella pratica molte amnistie pospongono solamente l'esercizio» come nel caso argentino e cileno (cfr. R. SLYE, “The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law”, in *Virginia Journal of International Law*, 2002, 173 - 247, 234).

³⁷⁵ Ci si riferisce al caso dell'Uruguay. La dittatura militare adottò diversi provvedimenti di amnistia, in particolare la *Ley de pacificación nacional* del 1984 e, successivamente al passaggio alla democrazia nel 1985, si approvò la *Ley da caducidad de la pretensión punitiva del Estado* del 1986. Tale ultima legge supera positivamente il vaglio di costituzionalità della Corte Suprema del 1988; nel 1989 supera anche il giudizio di un referendum popolare, che decide per la sua vigenza. Dopo una parziale riapertura dei processi penali, sulla base di una diversa interpretazione della legge di amnistia, e dopo la vittoria elettorale di Pepe Mujica, ex membro del movimento guerrigliero dei *Tupamaros* (il gruppo per la cui repressione era sorta e si era autolegittimata la dittatura militare), nel 2009 si tiene un secondo referendum. Esso conferma nuovamente il mantenimento dell'amnistia. La questione resta tuttavia aperta, poiché nel 2009 la Corte suprema, nel caso *Sabalsagaray*, dichiara l'incostituzionalità della suddetta legge (e tuttavia, nell'ordinamento uruguayano, la declaratoria di incostituzionalità ha effetto solo per il caso *a quo*). Ancora, nel 2001 la Corte Interamericana dei Diritti Umani, nel caso *Gelman c. Uruguay* condanna l'Uruguay all'abrogazione della legge, per incompatibilità con la CADU. La legge del 2011, che non abrogava l'amnistia, ma di fatto ne eliminava gli effetti disponendo un “*restablecimiento de la pretención punitiva*” e dichiarando inapplicabile la

state spinte sociali e politiche che hanno portato a provvedimenti differenti dal ritorno alla persecuzione penale³⁷⁶.

Non è tuttavia vero che alla fine della Guerra Fredda, quando anche in Italia gli equilibri sociali e politici sono stati scossi e il paradigma memoriale della Prima Repubblica ha perduto il suo significato, l'Italia non abbia avuto a che fare con un riemergere del passato ed una nuova valutazione dello stesso. Nel terzo capitolo³⁷⁷ si illustrerà come in tutta Europa lo scenario post '89 rimetta in discussione la «innaturale e insostenibile frontiera fra passato e presente nella memoria pubblica europea»³⁷⁸ costruita all'indomani della guerra. Dagli anni '90 ci si avvia verso una sorta di «interregno, un momento fra miti in cui le vecchie versioni del passato sono

prescrizione, è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte suprema nel 2013 per violazione del divieto di irretroattività. Si veda G. FORNASARI, *Giustizia di transizione*, cit., 111 - 122; G. FORNASARI, *Dittatori alla sbarra. Il caso «Bordaberry» come pietra miliare della giustizia di transizione in Uruguay*, in G. FORTI - M. BERTOLINO - L. EUSEBI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene 2011, 2283 - 2308; F. LESSA, *Barriers to Justice: The Ley de Caducidad and Impunity in Uruguay*, in F. LESSA - L.A. PAYNE (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability. Comparative and International Perspectives*, cit., 123 - 151; P. GALAIN PALERMO, *Mecanismos políticos y jurídicos aplicados durante la transición uruguayana para la superación del pasado*, in A.L. SABADELL - J.M. SIMON - D. SIMOULIS (a cura di), *Jusitiça de Transiçao. Das Anistias as Comissões de Verdade*, Sao Paolo, Revista do Tribunais 2014, 101 - 150.

Si evidenzia tuttavia sin d'ora come una tale soluzione non sia prospettabile nel nostro ordinamento, per espresso divieto di referendum abrogativo sulle leggi di amnistia, sancito all'art. 75 c.2 della Costituzione.

³⁷⁶ Da un lato si pensi alle molte e differenti esperienze di commissioni della verità "tardive", come nel caso del Brasile. Ivi il passaggio alla democrazia è avvenuto nel 1985 e la *Comissão Nacional da Verdade* è stata istituita solo nel 2011 ed ha presentato il suo rapporto nel 2014. Si veda K. AMBOS - E. ROMERO, "The Report oh the Brazilian Truht Commission: Late Truth without Justice", in *EJIL:Talk!*, 19 gennaio 2015, disponibile al seguente link: <http://www.ejiltalk.org/12892/>. Dall'altro si pensi a provvedimenti legislativi di natura inedita, come la *Ley de Memoria Histórica de España* (Ley 55/07 del 26 dicembre 2007) adottata dal parlamento spagnolo sotto la presidenza socialista di José Luis Zapatero. Tale legge ha lo scopo di riconoscere e ampliare i diritti di coloro che hanno subito persecuzioni o violenze per ragioni politiche, ideologiche o di credo religioso, durante la Guerra Civile e la Dittatura, promuoverne la riparazione morale e il recupero della memoria personale e familiare, e adottare misure complementari intese a eliminare elementi di divisione tra i cittadini, il tutto al fine di promuovere la coesione e la solidarietà tra le diverse generazioni di spagnoli attorno ai principi, ai valori e alle libertà costituzionali, favorendo al tempo stesso i valori e i principi democratici, facilitando la conoscenza dei fatti e delle circostanze che si verificarono durante la Guerra Civile e la Dittatura e garantendo la conservazione dei documenti relativi a tale periodo storico, depositati in archivi pubblici. Cfr. A. GIL GIL, op. cit., 75 e ss.

³⁷⁷ Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.4.

³⁷⁸ Cfr. T. JUDT, *The Past Is Another Country: Myth and Memory in Postwar Europe*, in I. DEAK - T. GROSS - T. JUDT (a cura di), *The Politics of Retribution in Europe: World War II and its Aftermath*, 294 - 323, 294.

ridondanti o inaccettabili, e delle nuove versioni devono ancora apparire»³⁷⁹. È sulla base di tale contesto di decostruzione che, progressivamente, emerge un improvviso interesse per la rilettura del passato. L'Italia è da un lato accumulata al resto d'Europa in tale percorso. Anche qui, fra il crollo dell'«antifascismo ufficiale»³⁸⁰ con gli eventi post '89 e l'avvento delle politiche memoriali della *Shoah* all'inizio del XXI secolo, si è ha un «intermezzo» di «antifascismo smarrito»³⁸¹, accentuato dal fatto che «in quel “biennio” sparirono, letteralmente sparirono, tutti i principali contraenti del “patto memoriale” fondativo della nostra Repubblica»³⁸². Verrà tuttavia approfondito anche un altro aspetto: come la situazione italiana³⁸³ presenti molte peculiarità, a cominciare dal fatto che, parallelamente a studi storici che in questo periodo godono di maggiore libertà³⁸⁴, si registrano i fenomeni del revisionismo³⁸⁵ e della c.d. “defascistizzazione retroattiva” del regime³⁸⁶.

Si avrà modo dunque di soffermarsi sui due tratti principali di tale mutato scenario. Essi coincidono in primo luogo con la «sacralizzazione dell'Olocausto»³⁸⁷, con la *Shoah* presentata come male assoluto, *unicum* nella Storia e talmente brutale da essere quasi estraneo ad essa³⁸⁸. In secondo luogo si individuerà un nuovo ruolo delle vittime all'interno del paradigma memoriale³⁸⁹. Il primo riconoscimento legislativo del mutato scenario viene fatto coincidere con l'approvazione della

³⁷⁹ *Ivi*, 315.

³⁸⁰ Su tale concetto cfr. *infra*, Cap. III, § 3.

³⁸¹ Cfr. G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit., 46.

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.5.

³⁸⁴ Lo storico statunitense JUDT parla di studi storici sul fascismo e sulla resistenza, che beneficiano di maggiore libertà di studio proprio in virtù del declino dell'antifascismo inteso come mito monopolizzato dal Partito Comunista Italiano (T. JUDT, *The Past Is Another Country*, cit., 306).

³⁸⁵ Per una genesi del fenomeno F. FOCARDI, *Rielaborare il passato*, cit.

³⁸⁶ Espressione di E. GENTILE, *Fascismo. Storia e interpretazione*, Bari, Laterza 2002, VII. Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.5.

³⁸⁷ Espressione di P. NOVICK, *The Holocaust in American Life*, New York, Houghton Mifflin 1999.

³⁸⁸ Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.4.

³⁸⁹ *Ibidem*.

Legge 20 luglio 2000, n. 211, istitutiva del «“Giorno della Memoria” in ricordo dello sterminio e delle persecuzioni del popolo ebraico e dei deportati militari e politici italiani nei campi nazisti». Nel breve testo di tale legge³⁹⁰ non viene mai menzionata la parola “fascismo”. Quanto alla data, viene scartata la proposta originaria del sen. Furio Colombo, che la collocava il 16 di ottobre, giorno del rastrellamento del ghetto di Roma (16 ottobre 1943), episodio che collegava la *Shoah* alle responsabilità nazionali. Viene invece preferito il 27 gennaio, data di liberazione del campo di sterminio di Auschwitz, riferimento di per sé distante e asettico rispetto all’esperienza italiana³⁹¹.

Parallelamente, con legge 30 marzo 2004, n. 92, viene istituito il «“Giorno del Ricordo” in memoria delle vittime delle foibe, dell’esodo giuliano-dalmata, delle vicende del confine orientale e concessione di un riconoscimento ai congiunti degli infoibati». Nel testo di tale legge non si fa mai riferimento a precedenti responsabilità italiane nei confronti della popolazione jugoslava. La data prescelta è quella del 10 febbraio, giorno della firma del Trattato di Pace italiano di Parigi del 1947. Ciò propone implicitamente una chiave di lettura (portata avanti negli anni dal Movimento Sociale Italiano) che vede il Trattato di Pace come una punizione dei vincitori sui vinti e pare dunque suggerire una parzialità del paradigma memoriale postbellico³⁹².

³⁹⁰ «Art. 1.: La Repubblica italiana riconosce il giorno 27 gennaio, data dell’abbattimento dei cancelli di Auschwitz, "Giorno della Memoria", al fine di ricordare la Shoah (sterminio del popolo ebraico), le leggi razziali, la persecuzione italiana dei cittadini ebrei, gli italiani che hanno subito la deportazione, la prigionia, la morte, nonché coloro che, anche in campi e schieramenti diversi, si sono opposti al progetto di sterminio, ed a rischio della propria vita hanno salvato altre vite e protetto i perseguitati. Art. 2.: In occasione del "Giorno della Memoria" di cui all’articolo 1, sono organizzati cerimonie, iniziative, incontri e momenti comuni di narrazione dei fatti e di riflessione, in modo particolare nelle scuole di ogni ordine e grado, su quanto è accaduto al popolo ebraico e ai deportati militari e politici italiani nei campi nazisti in modo da conservare nel futuro dell’Italia la memoria di un tragico ed oscuro periodo della storia nel nostro Paese e in Europa, e affinché simili eventi non possano mai più accadere».

³⁹¹ Sul tema A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria nazionale si fa legge*, in A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, Jovene 2013, 439 - 456. E’ stato in proposito affermato che sussiste il rischio che la giornata della memoria diventi un giorno di «esonero della memoria delle colpe italiane» (cfr. L. KLINKHAMMER, “Die “Achse” im Krieg: Protokoll einer Podiumsdiskussion zur Erinnerungskultur und Geschichtspolitik in Italien und Deutschland”, in *Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken*, 86, 656 - 695, 661, citazione contenuta in R. NATTERMANN, *Italian Commemoration of the Shoah*, cit., 204).

³⁹² F. FOCARDI, *Rielaborare il passato*, cit.

Il passaggio dalla scomparsa del concetto di antifascismo alla creazione del nuovo concetto di antitotalitarismo³⁹³, che include nazismo e comunismo, è completato dalla istituzione nel 2005 del “Giorno della libertà”, «quale ricorrenza dell’abbattimento del muro di Berlino, evento simbolo per la liberazione di Paesi oppressi e auspicio di democrazia per le popolazioni tuttora soggette al totalitarismo»³⁹⁴. Non trovano invece seguito la proposta di legge n. 1845 del 23 ottobre 2006 dei Comunisti Italiani, a firma dell’on. Jacopo Venier, per l’istituzione di un «Giorno della Memoria in ricordo delle vittime africane durante l’occupazione coloniale italiana», né la n. 1982 del 2006 per una giornata della memoria delle vittime del fascismo.

Non viene approvato neppure il disegno di legge del 2003 proposto da Alleanza Nazionale, finalizzato a equiparare i militanti della RSI, in veste di “militari belligeranti”, ai soldati degli eserciti regolari coinvolti nel conflitto³⁹⁵. Stesso destino hanno la proposta di legge del 2008 del Partito della Libertà per la creazione dell’onorificenza “Ordine del Tricolore”. da attribuire a tutti i combattenti italiani della seconda guerra mondiale, nonché il disegno di legge costituzionale del 2011, n. 2651, del sen. Cristiano de Eccher, finalizzato ad abolire la disposizione costituzionale che vieta la ricostituzione del Partito Fascista³⁹⁶. Clamore viene tuttavia suscitato da iniziative volte alla celebrazione di personaggi del fascismo³⁹⁷.

³⁹³ Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.3. Sulla mancanza di natura totalitaria del regime fascista, H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi 1951; *contra*, E. GENTILE, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Roma, Carocci 1995. Segue la tesi del c.d. *totalitarismo imperfetto*, P. CORNER, *Italia fascista. Politica e opinione popolare sotto la dittatura*, Roma, Carocci 2015.

³⁹⁴ Cfr. art. 1 Legge 15 aprile 2005, n. 61.

³⁹⁵ Disegno di legge n. 2244, *Riconoscimento della qualifica di militari belligeranti a quanti prestarono servizio militare dal 1943 al 1945 nell’esercito della RSI*, presentato in Senato il 9 maggio 2003.

³⁹⁶ Proposta di legge n. 1360, *Istituzione dell’Ordine del tricolore e adeguamento dei trattamenti pensionistici di guerra*, presentata alla Camera il 23 giugno 2008.

³⁹⁷ Oltre alle summenzionate onorificenze conferite in occasione del Giorno del Ricordo, il caso più eclatante è costituito dal già menzionato monumento realizzato in onore del generale Graziani a spese della Regione Lazio, sotto la presidenza di Renata Polverini (cfr. *supra*, Cap. I, § 4.2.3). Nel 2016 fa discutere la proposta di realizzare, con ingenti finanziamenti governativi, un grande “Museo del fascismo” a Predappio, nei pressi della tomba di Benito Mussolini; si veda E. CAPELLI, “Predappio, per il museo del fascismo 4,5 milioni di euro pubblici” in *La Repubblica*, 16 febbraio 2016, disponibile al seguente link:

In ambito strettamente penalistico, va menzionata la legge 16 luglio 2016, n. 115, con cui si introduce una disposizione che penalizza il fenomeno del negazionismo³⁹⁸, a titolo di circostanza aggravante della discriminazione razziale³⁹⁹. Essa è innestata sulla Legge Reale-Mancino⁴⁰⁰, così come da ultimo modificata nel

http://bologna.repubblica.it/cronaca/2016/02/16/news/forli_per_il_museo_del_fascismo_4_5_milioni_di_euro_pubblici-133550245/?ref=fbpr.

Per un commento al riguardo, L. BALDISSARA, “Un museo del fascismo a Predappio?”, in *Il Mulino*, 29 febbraio 2016, online, disponibile al seguente link:

<http://www.rivistailmulino.it/item/3139>.

³⁹⁸ La prima proposta, c.d. proposta Mastella, del gennaio 2007, si basava su due nuovi artt. 414 *bis* e *ter* c.p., contenenti una forma aggravata di istigazione: «se il fatto è commesso negando, in tutto o in parte, l'esistenza di genocidi e di crimini contro l'umanità per i quali vi sia stata una sentenza definitiva di condanna dell'autorità giudiziaria italiana o internazionale». Nel 2012 una nuova proposta, a firma della sen. Amati, prevedeva una fattispecie autonoma di reato inserita nell'art. 3, comma 1 della Legge Mancino, alla lettera *b-bis*; essa puniva: 1) l'apologia dei «crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra», come definiti dallo Statuto della Corte Penale Internazionale e dallo Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga; 2) la negazione de «la realtà, la dimensione o il carattere genocida degli stessi». La punibilità era subordinata alla verifica che i comportamenti fossero «idonei a turbare l'ordine pubblico o [che] costituiscano minaccia, offesa o ingiuria». Nel 2013, anche sulla spinta emotiva dei disordini seguiti alla morte di Erich Priebke, la stessa senatrice formulò una nuova proposta, che subiva diverse modificazioni in sede di Commissione Giustizia. Infine è stato elaborato un art. 3 bis della Legge Mancino che introduce un'aggravante comune per i reati di cui al comma 1, lettere a) e b), e al comma 3, «se la propaganda, la pubblica istigazione e il pubblico incitamento si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah ovvero dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte Penale Internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232». Approvato al Senato l'11 febbraio 2015, il testo è stato poi approvato alla Camera con modificazioni il 15 ottobre 2015. In particolare era stata aggiunta una seconda parte che recita «..., tenendo conto dei fatti accertati con sentenza passata in giudicato, pronunciata da un organo di giustizia internazionale, ovvero da atti di organismi internazionali e sovranazionali dei quali l'Italia è membro». Il 3 maggio 2016 il Senato ha approvato il testo con modificazioni, prevedendo la pena della reclusione da due a sei anni, prevedendo come condotte «la propaganda, l'istigazione e l'incitamento» (non più pubblico), ma aggiungendo il requisito per cui le condotte devono essere commesse «in modo che derivi concreto pericolo di diffusione». Sul tema, anche per riferimenti bibliografici relativi alle singole proposte, E. FRONZA, “L'introduzione dell'aggravante di negazionismo. Note a margine della l. 115 del 16 giugno 2016”, in *Diritto Penale e Processo*, 2016, in pubblicazione; E. FRONZA, “Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, 1016 - 1033, 1026.

³⁹⁹ Per un commento alla nuova disposizione, E. FRONZA, “L'introduzione dell'aggravante di negazionismo”, cit.; G. PUGLISI, “A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica”, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 luglio 2016, online.

⁴⁰⁰ L'art. 3, comma 1, lettere a) e b) e comma 3 della l. 13 ottobre 1975, 654, come modificato, incrimina chi «propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale» o «istiga a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi» e chi «incita al compimento di atti per motivi razziali, religiosi, nazionali ed etnici».

2006⁴⁰¹, riguardante i delitti di propaganda razzista, istigazione e incitamento ad atti di discriminazione commessi per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Il nuovo comma 3 bis afferma: «Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232». Essa dunque, nell'individuare le categorie di crimini la cui negazione viene punita, accanto a un criterio normativo-giuridico (le definizioni dello Statuto della Corte penale internazionale permanente e quelle dell'art. 6 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga) prevede un criterio fattuale: la Shoah⁴⁰².

Non si analizzerà qui la scelta di penalizzare o meno il fenomeno negazionista. Tuttavia una ricognizione della transizione italiana non può esimersi da menzionare tale recente introduzione normativa. La questione del negazionismo come reato suggerisce inoltre spunti di riflessione, se si considera il bene giuridico tutelato. A questo riguardo, va rilevato come la questione sia molto dibattuta⁴⁰³. Se tuttavia, come sostiene autorevole dottrina, le norme sul negazionismo si giustificano in virtù di una difesa di valori fondanti un ordinamento da un punto di vista storico e costituzionale⁴⁰⁴, può essere interessante valutare il rapporto fra la tutela penalistica

⁴⁰¹ Legge 24 febbraio 2006, n. 85.

⁴⁰² Si tratta del c.d. negazionismo originario. Al riguardo, E. FRONZA, Voce *Negazionismo (diritto penale)*, in *Annali dell'Enciclopedia del Diritto*, Volume VIII, Milano, Giuffrè 2015, 633 - 658, nonché G. INSOLERA, "Negazionismo e controllo penale", in *Ius17@unibo.it*, 2014, 25 e ss.

⁴⁰³ Si veda E. FRONZA, Voce *Negazionismo (diritto penale)*, cit.; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, Giuffrè 2012, in particolare 133 e ss.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè 2007, 95 e ss.

⁴⁰⁴ In questo senso M. MATUSCHECK, *Erinnerungsstrafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot 2012. L'Autore usa concetti quali «diritto penale memoriale» e «diritto penale identitario», da intendersi, in tali ipotesi, come «diritto costituzionale applicato». Si tratta di una ricostruzione già prospettata da LAGODNY, DURKHEIM E JAKOBS, ma in una versione moderna ed ibrida, perché tutela subordinatamente anche interessi individuali (*ivi*, 144 e ss.). Parla invece di negazionismo come «tutela penale del consenso» E. FRONZA, "Criminalizzazione del dissenso", cit.

“privilegiata” della memoria della *Shoah* e l’unità antifascista come collante e mito fondante della nostra Costituzione⁴⁰⁵.

Con ciò non si intende qui esprimersi a favore o contro la scelta di criminalizzare il fenomeno negazionista. Ci si vuole invece sommessamente limitare ad evidenziare un apparente paradosso con riferimento al caso italiano. La transizione italiana infatti non è caratterizzata solo da una punizione incompiuta, ma anche da amnesie e da un paradigma memoriale selettivo, a lungo dipendente dalle divisioni ideologiche della Prima Repubblica e poi modificato negli anni ’90. Ad oggi tuttavia, nella società italiana, la memoria del fascismo e del secondo conflitto mondiale è frammentaria e ancora complessa, anche con riferimento ai fatti storici e al significato dei valori che sono a fondamento della Costituzione⁴⁰⁶. Occorrerà interrogarsi sulla finalità della tutela penale della memoria della *Shoah*, sanzionando penalmente la negazione della stessa⁴⁰⁷. Il contenuto specifico del concetto di “*Shoah*” e, quindi, della negazione della stessa, non è determinato. Ad esempio, in relazione all’oggetto della ricerca, ci si può chiedere, se costituisca o meno negazionismo la condotta di chi attribuisca le responsabilità della *Shoah* esclusivamente ai tedeschi, negando un ruolo degli italiani della RSI. Ci si dovrà poi in generale chiedere perché solo determinati fatti certi relativi alla seconda guerra mondiale (la *Shoah*) non possano essere negati senza conseguenze penali, mentre altri (ad esempio i delitti compiuti dai membri della RSI, le stragi di partigiani ovvero gli eccidi nazisti ai danni della popolazione civile) sì.

Una menzione merita infine il nuovo ruolo di “pedagogia della memoria”⁴⁰⁸ svolto dalla Presidenza della Repubblica. In particolare con i Presidenti Carlo Azeglio Ciampi e Giorgio Napolitano⁴⁰⁹, tale istituzione ha visto iniziative

⁴⁰⁵ Cfr. *infra*, Cap. III, § 3. Sul rapporto fra reato di negazionismo e antifascismo, nonché fra paradigma della memoria e paradigma della responsabilità, D. BIFULCO, *Negare l’evidenza. Diritto e storia di fronte alla “menzogna di Auschwitz”*, Milano, Franco Angeli 2012.

⁴⁰⁶ Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.

⁴⁰⁷ Sul tema E. FRONZA, “Criminalizzazione del dissenso”, cit., 1024 e ss.

⁴⁰⁸ Cfr. F. FOCARDI, *Rielaborare il passato*, cit. 264. A tale riguardo anche ID., *Il cattivo tedesco e il buon italiano*, cit. 186 e ss.

⁴⁰⁹ *Ibidem*. Va tuttavia ricordato che una prima attività in questo senso, nei confronti dell’Etiopia, era stata compiuta anche dal Presidente Scalfaro, primo Presidente della Repubblica a recarsi in visita in Etiopia, nel 1997, e ad ammettere le colpe degli italiani, disponendo inoltre la restituzione

significative nel costruire nuovi spazi di memoria collettiva, sia con riferimento alla transizione dal fascismo (come l'incontro nel 2010 a Trieste con il presidente sloveno Danilo Türk), che con riferimento al terrorismo dei c.d. Anni di Piombo.

dell'obelisco di Axum. Nel 2016, durante una visita in Etiopia, il Presidente Mattarella ha stretto la mano agli ultimi partigiani etiopi viventi ed ha deposto una corona in ricordo delle vittime della repressione italiana. Cfr. "Scalfaro chiede scusa all'Etiopia", in *La Repubblica*, 25 novembre 1997, disponibile al seguente link:

<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1997/11/25/scalfaro-chiede-scusa-all-etiofia.html>;

N. GRAZIANI, "Scalfaro: non chiedo scusa all'Etiopia, ecco perché", in *Agi.it*, 25 novembre 1997, disponibile al seguente link:

http://archivio.agi.it/articolo/27e28644524538b57619a45a5bf19f8a_19971126_scalfaro-non-chiedo-scusa-all-etiofia-ecco-perche/;

P. VERONESE, "Il viaggio di ritorno dell'obelisco di Axum2", in *La Repubblica*, 21 febbraio 1998, disponibile al seguente link:

http://www.repubblica.it/online/cultura_scienze/arte/obelisco/obelisco.html;

"Mattarella in piazza Arat Kilo, stretta di mano con i partigiani etiopi e una corona in ricordo dei caduti", in *La Stampa*, 15 marzo 2016, disponibile al seguente link:

<https://www.lastampa.it/2016/03/15/italia/politica/mattarella-in-piazza-arat-kilo-stretta-di-mano-ai-partigiani-etiofia-e-una-corona-in-ricordo-dei-caduti-5Jh35EEeVd7Z07EDmyB9IL/pagina.html>.

Per un'analisi dei nuovi spazi di memoria e del ruolo della Presidenza della Repubblica, F. CORTESE, "Memoria e diritto. Contributo per un approccio non necessariamente centripeto (tra storia, giustizia e letteratura)", in *Rassegna Di Diritto Pubblico Europeo*, 2013, 19 - 45.

CAPITOLO II

L'AMNISTIA TOGLIATTI

1. L'amnistia Togliatti come paradigma della transizione italiana

Dal complesso quadro delineato è possibile isolare alcuni aspetti. Se si guarda alla transizione italiana dal punto di vista della numero di autori di crimini internazionali perseguiti penalmente ovvero del numero di pene concretamente irrogate, è difficile non ritenere che emerga un dato di impunità⁴¹⁰. Autorevole dottrina ha proposto la seguente distinzione delle forme di manifestazione dell'impunità: *impunità normativa* (trae origine diretta e immediata dall'applicazione di norme giuridiche, in particolare da provvedimenti di amnistia e di indulto) e *impunità di fatto* (vi è una sanzione penale, ma la persecuzione e la punizione sono impossibili per ragioni fattuali)⁴¹¹. Entrambe queste forme possono essere rinvenute nel caso italiano. Lo stesso concetto di *impunità normativa* nel caso italiano non include solo interventi positivi (amnistia), quanto anche, in negativo, mancati interventi sull'impianto normativo derivato dal vecchio regime. Venendo in particolare alla punizione dei delitti fascisti, si può notare che l'impunità è data sì da un fattore normativo, cui tuttavia si aggiungono anche elementi fattuali (nella

⁴¹⁰ Così K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, cit., 33. Secondo AMBOS «il concetto di impunità non descrive una situazione giuridica che si possa definire in senso stretto, quanto un fenomeno di dimensioni legali, sociali, culturali, psicologiche e perfino economiche. In termini generali, si può definire l'impunità come “non punibilità” o “assenza di castigo”» (*ibidem*).

⁴¹¹ *Ibidem*, 34. L'Autore propone successivamente una seconda distinzione fra

1) *impunità giuridico-materiale* (quando l'impunità si riferisce alla stessa punibilità dei fatti);

2) *impunità processuale* (quando essa è collegata alle tappe del procedimento penale).

Quanto alla prima delle due categorie, si può distinguere fra due tipi di impunità giuridico-materiale: 1a) *in senso ampio* (quando essa si estende alla mancata persecuzione di fatti che appartengono alla criminalità comune);

1b) *in senso stretto* (quando essa è legata solo alla violazione dei diritti umani universalmente riconosciuti). Quanto alla seconda categoria, l'Autore si richiama (*ivi*, 39) alla ripartizione dell'impunità processuale proposta da T. GUTIÉRREZ (cfr. T. GUTIÉRREZ, *Reflexiones sobre la impunidad*, in AA. VV., *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos: Justicia, Derechos Humanos y Impunidad*, Bogotá, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos 1991, 219 - 251, 234), il quale distingue fra:

2a) *impunità di fatto* (per mancanza di denuncia dei fatti punibili);

2b) *impunità investigativa* (per mancanze nell'attività di indagine);

2c) *impunità per congestione* (dovuta al sovraccarico del sistema giudiziario);

2d) *impunità legale* (dovuta a norme processuali o a leggi speciali);

2e) *impunità delittuosa* (dovuta all'esercizio di attività delittuose nei confronti delle parti processuali).

fattispecie l'attivismo della magistratura). A difesa dell'amnistia, ragionando a livello ipotetico, si potrebbe tuttavia argomentare che l'intervento di *impunità normativa* fosse determinato dal tentativo di frenare altre forme più vaste di impunità, come *l'impunità di fatto* che si sarebbe avuta in caso di un golpe antidemocratico⁴¹². La mancanza di un tale intervento normativo avrebbe anche potuto portare a forme di *impunità processuale*, come ad esempio *l'impunità per congestione*.

Quanto all'*impunità di fatto* nel caso italiano, va tuttavia riconosciuto che nella maggior parte dei casi in cui essa opera, dal punto di vista formale non lo fa in maniera espressa. Con ciò si vuole far notare quanto segue: da un lato è possibile effettivamente parlare di *impunità di fatto* con riferimento all'attivismo della magistratura. In taluni casi infatti, le interpretazioni in fatto o in diritto della giurisprudenza forzano talmente le (pur) ampie maglie dell'amnistia, da arrivare ad essere nella sostanza *contra ius*. Dall'altro tuttavia, esse si caratterizzano per il costante tentativo formale di legittimare le assoluzioni o le applicazioni dell'amnistia sulla base del diritto (anche quando sono evidenti le distorsioni sostanziali per assicurare l'impunità).

Ben differenti sono, invece, il caso della mancata persecuzione dei crimini dei militari italiani commessi all'estero ai danni di popolazioni civili straniere, nonché il caso nell'insabbiamento dei 695 fascicoli nell'*Armadio della Vergogna*, nel 1960. Qui, pur a fronte della presenza di norme incriminatrici, non si procede all'instaurazione di processi solamente in virtù di una scelta istituzionale determinata

⁴¹² Si è già citato il pericolo di "putsch militare-monarchico" come definito da Pietro Nenni (cfr. H. WOLLER, *I conti con il fascismo*, cit., 269); ne fa menzione anche M. BRACCI, "Come nacque l'amnistia", cit., 1100. Nel 1946 CALAMANDREI sottolineava inoltre come «certo è che in questi due anni gli alleati non hanno fatto molto, all'interno, per incoraggiare i fautori della democrazia e della repubblica: talvolta è sembrato perfino che facessero qualcosa per scoraggiarli (non si dimentichi che proprio da loro è stato introdotto il metodo, che poi si è rivelato causa di tanti inconvenienti, della epurazione per categorie in tutti i gradi; e che proprio sotto le loro pressioni è nata, così affrettata e piena di contraddizioni, la legge del 27 giugno 1944), hanno lasciato che la monarchia, esponente responsabile del fascismo, continuasse, dietro lo schermo del luogotenente, a tenere i posti di comando [...] è sembrato quasi che vi fosse anche negli alleati il disegno di lasciar passare tempo, molto tempo, affinché il risentimento del popolo italiano contro la monarchia responsabile di tante sciagure si allontanasse e si placasse e lasciasse il posto al malcontento più recente ed immediato contro la impotenza governativa dell'esarchia, cioè contro i partiti democratici e antifascisti, in modo che gli Italiani, prima di decidersi per la democrazia, potessero sperimentare per due anni gli inconvenienti peggiori di un regime pseudo democratico improvvisato con mezzi di fortuna, e potesse rinascere, dagli inevitabili errori degli antifascisti, una reazione *anti-antifascista*, ossia neofascista» (cfr. P. CALAMANDREI, "I primi passi", in *Il Ponte*, 1946, II, 581 - 598, 586).

da fattori di fatto, extragiuridici. Ci sembra dunque più consono per tali due ipotesi, più che *impunità di fatto*, adoperare addirittura un termine più forte: “barbarie”⁴¹³. Un Autore tedesco afferma infatti che «un’ammnistia dà espressione anche a una coscienza giuridica. Rinuncia, è vero, alla punizione, ma non a un giudizio di disvalore. Si può deplorare l’ammnistia come “lapide sulla tomba del diritto” [...]; quella lapide rimanda tuttavia a un’ingiustizia passibile di pena e, nel far questo, conferma la fondamentale validità del diritto. Cade nella barbarie non chi persegue o condona un’ingiustizia grave e palese compiuta dai propri sostenitori, ma chi la ignora. In tal caso le vittime non sono soggetti giuridici e disonorarle o ucciderle non produce conseguenze giuridiche»⁴¹⁴.

La giustizia di transizione interviene in «momenti iper-politicizzati»⁴¹⁵, in cui «il diritto è chiamato a mantenere l’ordine e al tempo stesso a consentire una trasformazione»⁴¹⁶ e pertanto anche il diritto penale (e con esso gli altri meccanismi adottati) viene ad assumere un ruolo «costituente» e «costruttivista»⁴¹⁷. Uno studio dell’ammnistia alla luce delle lenti della giustizia di transizione impone dunque che l’analisi non si limiti a valutazioni basate solo sui parametri del diritto penale, pena un’incompletezza dei risultati ottenuti.

Nel seguente capitolo si proporrà una valutazione dell’esperienza transizionale italiana nel suo complesso. In particolare ci si interrogherà su come la scelta fra persecuzione e impunità influisca su altri fattori del processo transizionale

⁴¹³ Cfr. H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 60.

⁴¹⁴ Cfr. *ivi*. L’espressione “lapide sulla tomba del diritto” è di Wilhelm KAHL. Ricorda a questo proposito PORTINARO che «in una posizione intermedia tra l’oblio giuridicamente amorfo che collettivisticamente cancella ogni differenza e il trattamento giudiziario che scevera tra le responsabilità sta la soluzione offerta dall’ammnistia, che configura una disciplina giuridica del dimenticare» (cfr. P.P. PORTINARO, *Introduzione. L’ammnistia tra esigenze di giustizia in ragion di Stato*, in *ivi*, 5 - 41, 26). All’opposto dell’ammnistia stanno quei casi in cui, in assenza di tale «disciplina giuridica del dimenticare», la persecuzione penale non avviene, sulla base di elementi *de facto*. In questi casi è parlato anche di “ammnistia fredda”, con riferimento in particolare alla mancata persecuzione penale dei crimini nazisti da parte dei tribunali della Germania occidentale dopo il 1945. Tale periodo è caratterizzato da un freno alle indagini, dalla revisione dei risultati dei processi alleati sui crimini di guerra e dalla rimozione e riluttanza ad avviare nuovi procedimenti; una situazione che durò fino alle indagini di Fritz Bauer e, di fatto, fino al processo di Francoforte (sul tema, anche per dati numerici, P.P. PORTINARO, *I conti con il passato*, cit., 99 e ss.).

⁴¹⁵ Cfr. R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 4.

⁴¹⁶ *Ivi*, 150.

⁴¹⁷ *Ivi*, 181.

e si relazioni con essi. Tuttavia, al fine di poter svolgere tale analisi, è necessario preliminarmente concentrarsi sulla summenzionata scelta e, quindi, sull'ammnistia. In particolare oggetto della nostra è indagine sarà l'*ammnistia Togliatti* (con riferimento ai delitti fascisti), poiché ci pare che costituisca la cartina di tornasole, al fine di un giudizio sulla transizione nel suo complesso.

Si ribadisce preliminarmente che non pare corretto ritenere l'impunità come conseguenza diretta ed esclusiva delle disposizioni contenute nell'*ammnistia Togliatti*. Essa infatti si realizza per un combinato disposto dell'intervento normativo con le sue imperfezioni tecniche (il cui carattere, doloso o colposo, è dibattuto fra gli storici⁴¹⁸) e dell'applicazione data da una magistratura ben poco epurata e legata al ventennale regime fascista. Questo secondo fattore non va dimenticato. Chi infatti pretendesse di ricostruire lo scenario italiano limitandosi ad una lettura del solo testo normativo, trascurando la distanza fra questo e l'applicazione pratica che ne seguì, incorrerebbe in un grave errore. Già prima della svolta politica del 1947, infatti, il diritto *in action* era molto diverso da quello *on the books*.

Dopo l'uscita del PCI dal governo nel 1947 (confermata dalla sconfitta elettorale nel 1948), interviene nuovamente l'*impunità normativa*. L'esempio più significativo, come detto⁴¹⁹, pare essere il D.P.R. 19 dicembre 1953, n. 922⁴²⁰, il quale, si distingue nettamente dall'*ammnistia Togliatti* per il suo carattere ampio e incondizionato, che palesa un'evidente finalità di impunità e di liberazione di quanti erano ancora detenuti; tale finalità è confermata dai molti interventi di clemenza individuale coevi⁴²¹. Oltre all'ampiezza della misura del 1953, va rilevato che i

⁴¹⁸ Cfr. *infra*, Cap. II, § 7.1.4.1.

⁴¹⁹ Cfr. *supra*, Cap. I, § 3.2.3.

⁴²⁰ Oltre all'ammnistia, di cui all'art. 1, tale provvedimento introduce all'art. 2 un indulto per i «delitti politici ai sensi dell'art. 8 del Codice penale e i reati connessi» e per i «reati inerenti a fatti bellici commessi da coloro che abbiano appartenuto a formazioni armate» dopo l'8 settembre 1943 e prima del 18 giugno 1946. L'indulto commuta l'ergastolo in reclusione per dieci anni e le pene superiori ad anni venti sono ridotte a due anni, mentre quelle inferiori vengono condonate interamente. Sull'ampiezza riconosciuta in sede giurisprudenziale al concetto di delitto politico, P. POMANTI, *I provvedimenti di clemenza. Amnistia, indulto, grazia*, Milano, Giuffrè 2008, 74.

⁴²¹ Non occorre tuttavia dimenticare quanto già affermato, che «fino al 1968 amnistie e indulti, e relative polemiche, si sarebbero riferiti ad azioni legate alla Resistenza, quasi a correggere la giurisprudenza che aveva sancito la "giustizia dei vincitori"» (cfr. F. COLAO, *Il volto della nazione nelle amnistie politiche del Novecento*, in K. HÄRTER - C. NUBOLA (a cura di), *Grazia e giustizia*, cit., 463 - 488, 487).

benefici da esso introdotti possono cumularsi con quelli concessi dai precedenti provvedimenti di clemenza e che l'amnistia si estende inoltre anche a chi si trova in stato di latitanza⁴²². Essa è stata applicata in 36.080 casi e 12.221 detenuti sono stati liberati⁴²³.

Se è dunque sbagliato ritenere che l'impunità sia una conseguenza della sola *amnistia Togliatti*, essa costituisce tuttavia il passaggio fondamentale, l'apparente «contraddizione della storia»⁴²⁴, il momento che segna (anche al di là delle intenzioni del ministro firmatario) la svolta nel processo transizionale.

Perché dunque studiare l'amnistia? Nella giustizia di transizione, indipendentemente dai differenti approcci all'istituto dell'amnistia, si ritiene che le scelte transizionali - relative alla scelta di punire o meno - abbiano conseguenze sia sui diritti umani che sulla democrazia⁴²⁵. Riemerge, quindi, il già menzionato valore costituente delle scelte transizionali.

2. *Transizione e amnistia: riflessioni preliminari*

Una premessa si rende doverosa. Nelle pagine che seguono si deve necessariamente affrontare⁴²⁶ un tema molto attuale, sia in dottrina che in giurisprudenza, quale la legittimità delle amnistie per gravi violazioni dei diritti umani. A partire dalla seconda fase della giustizia di transizione⁴²⁷, i teorici della *Age of accountability* e della *Justice Cascade*⁴²⁸ affermano l'illegittimità in generale di provvedimenti di amnistia riguardanti gravi violazioni dei diritti umani. Tale

⁴²² Inoltre a coloro che siano stati liberati durante gli eventi bellici e poi nuovamente arrestati o che si costituiscano in carcere entro tre mesi dalla data del decreto, viene altresì condonata metà del periodo di pena durante il quale sono rimasti in libertà.

⁴²³ Cfr. M. FRANZINELLI, *l'Amnistia Togliatti*, cit., 138.

⁴²⁴ Così Umberto ECO, che fa dire al suo personaggio, Braggadocio: «contraddizioni della storia, i fascisti riabilitati dai comunisti, ma forse Togliatti aveva ragione, bisognava tornare a ogni costo alla normalità» (cfr. U. ECO, *Numero Zero*, cit., 40).

⁴²⁵ Cfr. *infra*, Cap. III, § 3.

⁴²⁶ Cfr. *infra*, Cap. II, § 7.2.4.

⁴²⁷ Cfr. *supra*, Cap. I, § 1.

⁴²⁸ Espressioni di K. SIKKINK, *The Age of Accountability*, cit., 19 - 41.

illegittimità sarebbe derivata, a seconda delle ricostruzioni, da disposizioni di convenzioni e trattati postbellici o da fonti di diritto internazionale quali la consuetudine o i principi generali di diritto. Allo stato dell'arte dunque, in relazione a questo tipo di amnistie, è possibile distinguere una divisione in dottrina⁴²⁹ fra

- 1) approccio contrario (*challenger approach*);
- 2) approccio favorevole (*proponent approach*)⁴³⁰;
- 3) approccio possibilista (*contingent approach*).

Quest'ultimo orientamento dottrinale, intermedio, accetta che le amnistie, a certe condizioni, possono sia portare benefici, sia comunque non essere da ostacolo al processo di attribuzione di responsabilità. Si ammettono quindi amnistie temporanee, amnistie condizionate, ovvero amnistie abbinate ad altri strumenti di attribuzione della responsabilità individuale, come le commissioni per la verità.

⁴²⁹ Tale ripartizione è proposta da T.D. OLSEN ET AL., L.A. PAYNE, A.G. REITER, *Conclusion. Amnesty in the Age of Accountability*, in F. LESSA - L.A. PAYNE (a cura di), op. cit., 336 - 357.

⁴³⁰ Si è detto, ad esempio, che l'amnistia "costituisce una base per la democrazia più forte degli sforzi di perseguire una parte o l'altra o entrambe" (cfr. T. PUTNAM, *Human Rights and Sustainable Peace*, in S.J. STEDMAN, D. ROTHCHILD, E.M. COUSENS (a cura di), *The Implementation of Peace Agreements*, Boulder, Lynne Rienner 2002, 237 - 272, 241); secondo FREEMAN, «invece di essere poste come antitesi della giustizia di transizione, le amnistie diventano ciò che la consente, in quanto potenzialmente aprono la strada, sul piano nazionale, ad una maggiore verità, riparazione e a riforme in relazione alle passate violazioni, oltre che a maggiore democrazia, pace e giustizia nel lungo periodo» (cfr. M. FREEMAN, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, New York, Cambridge University Press 2009, 19). Anche WERLE e JESSBERGER, pur non ammettendo le c.d. *blanket amnesties*, affermano che «il diritto penale internazionale non può bloccare completamente un'amnistia che sia necessaria per riportare la pace» (cfr. G. WERLE - F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, 3° ed, Oxford, Oxford University Press 2014, 89). Una soluzione intermedia è offerta da SLYE, il quale propone un divieto di amnistia, lasciando però alle procure un esercizio discrezionale dell'azione penale, che consenta anche di posticipare l'esercizio dell'azione penale sulla base della limitatezza delle risorse o per permettere la pace e la riconciliazione sociale. L'azione penale potrebbe così essere esercitata successivamente, anche in ragione del fatto che i crimini più gravi sono imprescrittibili (R. SLYE, "The Legitimacy of Amnesties...", cit., 189). «Potremmo concludere che a uno Stato non sia *richiesto* di perseguire i sospettati di gravi violazioni dei diritti umani, ma al tempo stesso che a uno Stato non sia *permesso* di usare un'amnistia, in senso positivo, per proteggere un individuo dalla persecuzione penale o da altre forme di attribuzione di responsabilità» (*ibidem*). Possibilista anche NINO, il quale sostiene che invece di un obbligo di persecuzione penale (*duty to prosecute*) bisognerebbe pensare a un "obbligo di salvaguardia dei diritti umani e di prevenzione di violazioni future da parte di agenti statali e di altre parti". Alla luce di tale diversa prospettiva, non si può quindi non considerare come il contesto fattuale possa frustrare i tentativi di persecuzione penale ovvero quest'ultima possa condurre al rischio di nuove violenze e di ritorno a forme di governo non democratiche (C.S. NINO, *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press 1996, 188; per un commento a tale Autore, A.L. BORAINÉ, *South Africa's Amnesty revisited*, in C. VILLA-VICENCIO - E. DOXTADER (a cura di), *The provocations of amnesty*, Trenton - Asmara, Africa World Press 2003, 165 - 180, 168).

Quanto alla prassi degli Stati e all'adozione di provvedimenti di amnistia, è utile analizzare i dati forniti da un'Autrice⁴³¹, la quale ha elaborato un *Amnesty Law Database*. Nella supposta *Age of accountability*, «fra gennaio 1979 e dicembre 2010, sono state emanate in media 12,25 amnistie l'anno»⁴³², con un significativo aumento dopo la fine della Guerra Fredda nel 1989, in seguito al collasso dell'U.R.S.S. e della Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia. «Negli ultimi trent'anni l'adozione di tali leggi ha proseguito con un tasso costante. Inoltre, in tale periodo, nonostante il numero di nuove amnistie che escludono i crimini internazionali sia aumentato, è aumentato anche il numero delle amnistie che li includono»⁴³³. Sembra quindi che l'uso delle amnistie sia cresciuto invece che diminuito e tuttavia ciò può essere interpretato anche come un segno che, per i vertici degli Stati, la minaccia della persecuzione penale assume sempre maggiore concretezza⁴³⁴. Considerando il periodo che va dall'arresto di Pinochet nel 1998, punto di avvio di un'ipotetica *Age of accountability*, fino al 2012, si nota come solo due Paesi abbiano proceduto ad una transizione senza amnistia (Serbia e Sierra Leone), mentre quattro hanno adottato amnistie (Algeria, Guinea-Bissau, Niger e Nigeria) e sei sono rimasti in uno stato di impunità qualificabile come *amnistia di fatto* (Armenia, Costa d'Avorio, Croazia, Lesotho e Senegal)⁴³⁵.

Gli approcci più intransigenti negano qualsiasi operatività alle amnistie in relazioni ai crimini internazionali e parlano di corrispondenti obblighi di punire gravanti sullo Stato⁴³⁶. Tali orientamenti tuttavia si fondano su trattati, consuetudini o principi generali di diritto successivi al secondo conflitto mondiale; non interessano perciò il caso italiano. Al contrario, nel periodo storico del secondo dopoguerra così come negli anni precedenti, «dopo un conflitto armato internazionale le amnistie

⁴³¹ Fra gli altri L. MALLINDER, *Amnesties' Challenge to the Global Accountability Norm? Interpreting Regional and International Trends in Amnesty Enactment*, in F. LESSA - L.A. PAYNE (a cura di), op. cit., 69 - 96; ID., *Exploring the Practice of States in Introducing Amnesties*, in K. AMBOS ET AL. (a cura di), *Building a Future on Peace and Justice*, cit., 127 - 174.

⁴³² Cfr. L. MALLINDER, *Amnesties' Challenge to the Global Accountability Norm?*, cit., 79.

⁴³³ *Ivi*, 95.

⁴³⁴ T.D. OLSEN ET AL., *Conclusion.*, cit., 345.

⁴³⁵ *Ivi*, 346.

⁴³⁶ Cfr. *infra*, Cap. II, § 7.2.1.

erano diventate così comuni che si era formata un'aspettativa normativa sul fatto che esse fossero incluse in ogni accordo di pace. A livello domestico, le amnistie erano una delle opzioni politiche standard per fare i conti con il periodo successivo a violenze politiche e lotte civili - anche se lo schema era meno uniforme, in quanto esecuzioni legali ed extralegali, persecuzioni dei capi ribelli o di precedenti governanti, nonché l'esilio forzato rimasero modi diffusi di liberarsi degli oppositori sconfitti. Le amnistie che seguivano guerre civili e violente ribellioni all'interno degli Stati-nazione indipendenti vennero concesse da quegli Stati nell'esercizio della loro autorità sovrana. Il diritto internazionale non fece nessun tentativo di controllare tali scelte»⁴³⁷.

L'amnistia, come la grazia⁴³⁸, deriva infatti da quella clemenza sovrana che è caratterizzazione tipica della sovrano. «Il potere di dare la grazia è infatti compreso fra le “vrayes marques de Souveiraineté”, le prerogative del potere sovrano descritte nella *République*» di Jean Bodin»⁴³⁹. E' pertanto fuori discussione pensare che, all'epoca dei fatti oggetto del presente lavoro, vigesse un divieto di amnistia. Non si tratta infatti di porsi il problema, sorto a Norimberga ovvero più di recente con riferimento alla Guerra di Spagna⁴⁴⁰, di rinvenire nel diritto internazionale disposizioni da cui far discendere la responsabilità penale individuale in relazione ai

⁴³⁷ A. DU BOIS-PEDAIN, *Transitional Amnesty in South Africa*, New York, Cambridge University Press 2007, 302.

⁴³⁸ Sulla collocazione costituzionale dell'istituto della grazia, G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profilo costituzionali*, Milano, Giuffrè 1974, 175. Per una ricostruzione storica dell'istituto e per ulteriori rimandi bibliografici, C. NUBOLA, *Giustizia, perdono, oblio*, cit.

⁴³⁹ Cfr. D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Bari, Laterza 2004, 64. BODIN tuttavia raccomanda al sovrano «di essere largo di grazia e misericordioso per ciò che riguarda la sua legge, severo e inflessibile per ciò che riguarda la legge di Dio» (*ibidem*, citazione da M. ISNARDI PARENTE, *Signoria e tirannide nella «République» di Jean Bodin*, in D. FELICE (a cura di), *Dispotismo. Genesi e sviluppo di un concetto filosofico-politico*, vol. I, Napoli, Liguori 2001, 75). Egli scrive, dunque: «molti principi sovrani commettono un errore nel ritenere che la grazia da essi concessa sia tanto più grata a Dio quanto più il crimine è detestabile. Per mio conto, salvo diverso miglior giudizio, ritengo che il principe sovrano non possa far grazia a nessuno della pena stabilita dalla legge di Dio, così come non può dispensare se stesso dalla legge di Dio» (*ibidem*, citazione da J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, vol. I (a cura di M. ISNARDI PARENTE), Torino, Utet 1988, 519).

⁴⁴⁰ A. GIL GIL sostiene che nel diritto bellico dell'epoca non è possibile rinvenire nessuna tipizzazione penale ed inoltre esso non si applica al caso spagnolo, in quanto riferibile solo ai conflitti internazionali (A. GIL GIL, *La justicia de transición en España*, cit., 2009, 159). Della stessa opinione K. AMBOS nella prefazione della stessa opera (*ivi* 14), nonché il procuratore Javier Zaragoza nel suo ricorso del 20 ottobre 2008 contro l'Auto del giudice Baltasar Garzón.

fatti. Al contrario, si tratterebbe di ipotizzare l'esistenza di un obbligo di punire ed un corrispondente divieto di amnistia gravante sullo Stato, in virtù del diritto internazionale dell'epoca. Tale scenario, dibattuto quanto al presente, è senza dubbio da escludere con riferimento al 1946.

Gli interventi di clemenza della transizione italiana possono dunque considerarsi legittimi dal punto di vista del diritto internazionale. Occorre ora analizzare l'amnistia nei profili penalistici e della giustizia di transizione, al fine di comprenderne il significato e il ruolo nel processo di transizione nel suo insieme.

3. *L'uso dell'amnistia nel Regno d'Italia*

Prima di analizzare l'*amnistia Togliatti*, nonché la natura giuridica di tale strumento, è opportuno ripercorrere in via preliminare l'uso dell'amnistia durante il Regno d'Italia, fino al 1946. Tale *excursus* ha l'obiettivo di verificare se l'intervento di Togliatti si ponga in continuità, ovvero, invece, presenti delle anomalie rispetto agli esempi precedenti.

Il Regno d'Italia sembra confermare la massima secondo cui l'area del perdono generale ha finito nei fatti per rappresentare «l'ultimo asilo dove si è trincerato il potere arbitrario»⁴⁴¹. E' stato evidenziato come, sia nel periodo albertino che nell'esperienza repubblicana, «la prassi ultracentenaria dello Stato unitario abbia convalidato un modello teleologicamente deformato di clemenza collettiva, sensibile alle esigenze contingenti delle classi di governo, refrattario alla sua (idealtipica) funzione di 'strumento di correzione del diritto' e veicolo di pretese di composizione paternalistica dei conflitti; in definitiva, discontinuo rispetto al ruolo meramente residuale che dovrebbe svolgere». Prosegue l'Autore indicando come la prassi applicativa di tale istituto in Italia si sia dimostrata in continuità con la categoria medievale delle prerogative regie, in quanto tali provvedimenti «si sono mostrati teleologicamente 'liberi', non giustificati da alcuna effettiva pretesa di tutela. Unica *ratio essendi* è sembrata quella immanente alla sfera decisionale del ceto politico di governo»⁴⁴². Si può al riguardo parlare di una «radicalizzazione potestativa»⁴⁴³. E'

⁴⁴¹ Cfr. J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, X, Paris, Taylor et Francis 1830, 105 citato in V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane 2007, 226.

⁴⁴² *Ivi*, 228.

inoltre nota l'espressione di Gaetano Salvemini: «Italia paese delle amnistie»⁴⁴⁴. Nel 1990, quando viene adottato l'ultimo provvedimento di amnistia⁴⁴⁵, si contano 333 provvedimenti dall'Unità d'Italia. Di questi, 103 sono amnistie generali per reati comuni, 93 per reati militari, 68 per reati tributari, numerose amnistie per reati specifici o commessi in determinate zone; ben 37 sono le amnistie relative a reati politici⁴⁴⁶.

Da un punto di vista della competenza, nel periodo albertino la prassi opera nel senso di ricomprenderla nell'ambito della competenza regia, sulla base dell'art. 8 dello Statuto, che attribuisce al sovrano il potere di grazia. Parte della dottrina riteneva che il potere di amnistiare dovesse essere più correttamente fatto rientrare nell'ambito dell'art. 6, che interdiceva al re il potere di sospensione e di dispensa dall'osservanza della legge. Tale interpretazione viene tuttavia riacquisita dal Consiglio di Stato con parere del 4 luglio 1856, che accoglie una nozione ampia del potere di grazia e pertanto esclude le Camere dalla procedura di adozione dell'amnistia⁴⁴⁷. L'interpretazione del Consiglio di Stato viene poi accolta dal Codice di procedura

⁴⁴³ *Ivi*, 229.

⁴⁴⁴ Cfr. G. SALVEMINI, "Anno Santo e amnistia", in *Il Ponte*, 5, 1949, 1434 - 1435.

⁴⁴⁵ Secondo INSOLERA, a partire da questa data la clemenza non scompare, bensì si ha un «passaggio del potere di clemenza dal Parlamento alla frammentata geografia di singoli uffici», mediante il trasferimento della funzione clemenziale sull'istituto della prescrizione (cfr. G. INSOLERA, "Le clemenze "anomale"", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 settembre 2014, online, 7). Si tornerà sul tema *infra*, Cap. III, § 6.2.

⁴⁴⁶ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Perdono e clemenza di Stato nella giustizia penale italiana*, in K. HÄRTER - C. NUBOLA (a cura di), *Grazia e giustizia*, cit., 575 - 590, 579. Si veda anche L. VIOLANTE, *Delinquere, perdonare, punire*, in L. VIOLANTE (a cura di), *La criminalità (Storia d'Italia. Annali, 12)*, Torino, Einaudi 1997, XXIX; P. POMANTI, *I provvedimenti di clemenza*, cit., 66 e ss.

⁴⁴⁷ Cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 64. Sul dibattito in dottrina e le posizioni di FILANGIERI, MANZINI e BECCARIA, contrarie alla prerogativa regia, P. POMANTI, *I provvedimenti di clemenza*, cit., 62. La Costituzione del 1948, all'art. 79, individuava originariamente le Camere quale organo titolare del potere di amnistia, a mezzo di una legge di delegazione, che assumeva poi la forma del Decreto del Presidente della Repubblica (si veda al riguardo G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, cit., 137 e ss.; G. GEMMA, *Principio costituzionale di uguaglianza e remissione della sanzione*, Milano, Giuffrè 1983, 129 e ss.). Tale articolo è stato successivamente modificato con legge costituzionale 6 marzo 1992, n. 1 ed attualmente esso non prevede più un ruolo nella procedura del Presidente della Repubblica. Amnistia e indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale. Il dato più significativo è costituito proprio dall'introduzione di una maggioranza qualificata, volta a scoraggiare l'eccessivo ricorso alle amnistie (sul tema *ID.*, "Amnistia ed indulto dopo la revisione dell'art. 79 Cost.", in *Legislazione penale*, 1992, 349 e ss.).

penale del 1865, in base al quale «l'amnistia si concede per decreto reale, sopra proposta del Ministro di grazia e giustizia, udito il Consiglio dei Ministri»⁴⁴⁸. Tale quadro normativo incide anche sull'*amnistia Togliatti*, la quale, essendo successiva al venir meno della monarchia, ma precedente sia all'elezione del primo Capo provvisorio dello Stato che alla Costituzione, segue il previgente regime statutario e viene adottata dal Presidente del Consiglio, in virtù dei poteri di Capo provvisorio dello Stato, conferitigli dall'art. 2 del d.lgs.lt. 16 marzo 1946, n. 98⁴⁴⁹. Una riflessione va quindi formulata. E' innegabile che l'amnistia è adottata da un governo che rappresenta tutte le forze cielleniste (c.d. esarchia) ed è firmata dal segretario del partito messo fuori legge dal precedente regime e rappresentativo del nucleo più importante della Resistenza. Va tuttavia fatto presente che la sua adozione coinvolge esclusivamente il governo. In base a tale procedura non vi è stato cioè né coinvolgimento democratico diretto (attraverso il referendum), né indiretto (attendendo le elezioni e la formazione di un parlamento). Non si è neppure scelto di includere l'Assemblea Costituente nel procedimento.

3.1 L'età giolittiana

Un primo profilo di confronto con l'*amnistia Togliatti* si riferisce ai casi in cui delle condotte penalmente rilevanti vengono amnistrate in ragione del loro carattere politico. Si impone quindi un'analisi dello spazio che tale carattere politico va a ricoprire nei singoli provvedimenti di amnistia e di quali tecniche normative vengano utilizzate per tradurre tale "politicalità" dell'illecito in disposizioni di diritto positivo. Alla base del senso della giustizia di transizione c'è infatti proprio il carattere politico del delitto, un concetto di non facile definizione e che ha subito una significativa evoluzione nel nostro ordinamento⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Sul tema A. LEVI, *Amnistia-indulto*, in *Digesto italiano*, III, Torino, Utet 1895, 93 e ss. Va inoltre ricordato che su tale competenza incise poi l'art. 6 della l. 24 dicembre 1925, n. 2263, il quale, stabilendo che «nessun oggetto può essere messo all'ordine del giorno di una delle due camere, senza l'adesione del capo del governo», consegnava di fatto la titolarità del potere di amnistia a Mussolini.

⁴⁴⁹ Sul tema A. BATTAGLIA, "A proposito dell'amnistia. Una cattiva legge ed una indebita circolare", in *Rivista penale*, 1946, I, 852.

⁴⁵⁰ Basti pensare che nel codice del 1889 il carattere politico del delitto è un elemento che non opera *contra reo*. Nel Ventennio invece esso si trasforma in un elemento aggravante la pena o addirittura fondante l'incriminazione (Così F. COLAO, *Delitto politico e amnistia*, in A. SANTOSUOSSO - F. COLAO, *Politici e amnistia*, cit., 15 - 20, 16). Sui dibattiti giurisprudenziali in tema di nozione di

Il XIX secolo termina con un periodo di repressione, cui seguirono le elezioni del 3 marzo 1900 e il regicidio. Il Novecento porta invece una svolta con il ministero della giustizia affidato a Zanardelli e quello degli Interni a Giolitti. Nel 1901, con il voto di fiducia al governo anche da parte del gruppo socialista, si apre il c.d. periodo giolittiano, caratterizzato da un uso massiccio dell'ammnistia come corollario di una politica di pace sociale. Essa viene utilizzata per eliminare le conseguenze sanzionatorie più lievi o comunque connesse ai reati più diffusi, soprattutto in momenti di scontro con i lavoratori⁴⁵¹. Si tratta in ogni caso di un'apertura timida e timorosa delle classi dominanti verso le possibili conseguenze della nuova politica giolittiana. Lo si può notare dalla relativa parsimonia nell'uso della clemenza con riferimento ai moti del 1898, prima oggetto solo di indulto nel 1900⁴⁵² e poi inclusi in un'ammnistia⁴⁵³, ma con significative limitazioni oggettive e soggettive⁴⁵⁴. La parsimonia è confermata dall'esclusione, nelle amnistie precedenti al 1904, dei *delitti contro la libertà del lavoro* (artt. 165-167 c.p.), nonché dei reati più frequentemente addebitati ai lavoratori in sciopero.⁴⁵⁵

delitto politico in sede di applicazione delle amnistie ottocentesche, A. SANTOSUOSSO, *Dall'Unità alla prima guerra mondiale*, *ivi*, 21 - 46, 29. Sulla complessa evoluzione del reato politico si rimanda all'opera M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, Jovene 2000. In particolare sulla contrapposizione fra nozione oggettiva (propria della Scuola Classica) e soggettiva di reato politico (propria della Scuola Positiva), *ivi*, 28 - 37; sulla nozione codicistica dell'art. 8 c.p. e sul rapporto di tale norma con l'art. 26 Cost., *ivi*, 37 e ss.; sulla nozione di reato politico nella legislazione speciale fascista, *ivi*, 453. Per l'evoluzione del reato politico e per un'analisi del suo ruolo nel sistema costituzionale, AA. VV., *Il delitto politico. Dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, Sapere 2000 1984.

⁴⁵¹ Si veda N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale e i provvedimenti di clemenza. Profili di politica criminale e materiali per una ricerca storica*, Bologna, Lorenzini 1983, 40. «Anche per la contrapposizione tra la morte del sovrano e i moti interni del '98 il regicidio pareva risolversi in una "colossale opera di rimozione dalla memoria nazionale"; il modello costituzionale incarnato da Umberto, con la pretesa dell'esclusione dei partiti "estremi" dalla vita politica, risultava ormai anacronistico agli occhi dell'opinione pubblica liberale. [...] In questo orizzonte i regi decreti dell'11 novembre assumevano particolare valore simbolico, nell'ammnistiare per il genetliaco del re reati di stampa, di opinione, gli scioperi accompagnati da violenze» (Cfr. F. COLAO, *Il volto della nazione*, cit., 472).

⁴⁵² Art. 15, r.d. 11 novembre 1900, n. 366.

⁴⁵³ Artt. 2-3, r.d. 1 giugno 1901, n. 188.

⁴⁵⁴ Cfr. N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale*, cit., 41.

⁴⁵⁵ *Ivi*, 43.

Ci si deve dunque chiedere come l'elemento politico faccia il suo ingresso nei provvedimenti di amnistia. Ciò può avvenire con due modalità: attraverso il riferimento a uno specifico evento storico-sociale verificatosi, ovvero attraverso un elenco di reati individuati nel loro *nomen juris*. Caratteristica di questo secondo gruppo è una certa fissità; almeno fino al 1905 infatti sono inclusi sempre gli stessi reati⁴⁵⁶. Dopo il 1881 non viene mai⁴⁵⁷ scelta invece la tecnica normativa di amnistiare categorie generali di delitti se commessi «per fine politico». Fino al 1905 inoltre (con alcune limitate eccezioni⁴⁵⁸ nelle amnistie successive) si cerca sempre di escludere dal beneficio le condotte che ledono i beni della vita e della proprietà⁴⁵⁹. Nonostante il moderato uso per mitigare la repressione sociale, è stato sostenuto trattarsi in sostanza di provvedimenti classisti, in quanto tutelano i detentori del potere⁴⁶⁰, come emerge da una lettura delle classi di delitti e contravvenzioni inclusi in ogni provvedimento. Nonostante l'evidente partecipazione di tali amnistie a un disegno politico (soprattutto dal 1905 in poi in funzione di un'auspicata «collaborazione» fra le classi sociali⁴⁶¹), formalmente esse sono sempre presentate come amnistie celebrative, legate a fauste ricorrenze. Ammettere un significato politico dell'amnistia, al di là della dizione formale, non è in contrasto con la constatazione generale di arbitrarietà cui si è fatto cenno ed in base alla quale «le spinte alla produzione clemenziale sorgono [...] nel segno della parzialità dell'azione di governo [...] al servizio di un modello plebiscitario [...] - in un - uso improprio del potere di clemenza, la sua finalizzazione ad obiettivi estranei alla forma 'deontologica' - o, se si preferisce, soltanto 'idealtipica' - della sua razionalità, vale a dire quella 'interessata' a 'dialogare' con una 'realistica' prospettiva di politica

⁴⁵⁶ Reati di stampa; delitti contro la libertà del lavoro; delitti di duello; delitti commessi per imprudenza o negligenza o per imperizia nell'arte o professione o per inosservanza di regolamenti, ordini o discipline; furti di legna commessi nei boschi, oltre ad alcune contravvenzioni. *Ivi*, 44.

⁴⁵⁷ Tranne nel caso del r.d. 4 febbraio 1909, n. 34. Un'ulteriore eccezione è il r.d. 29 dicembre 1914, n. 1408, che non rimanda al fine politico, ma si estende a «tutti i reati commessi in occasione di sciopero, conflitti di lavoro, moti popolari, pubbliche dimostrazioni e tumulti».

⁴⁵⁸ *Ivi*, 48.

⁴⁵⁹ *Ivi*, 47.

⁴⁶⁰ Così *ivi* 49.

⁴⁶¹ *Ivi* 52.

criminale»⁴⁶². L'amnistia partecipa quindi sì ad un programma di politica criminale, nel senso che diviene uno strumento dell'esecutivo per allentare le asprezze repressive dello stato liberale («vanificando l'efficacia delle legge penale positiva»⁴⁶³). Esse hanno una funzione di «paternalistica rassicurazione»⁴⁶⁴ da parte del ceto dominante alle classi subalterne. Si coglie quindi, già in questa prima fase, il senso della nota definizione dell'amnistia come «cattiva coscienza del legislatore»⁴⁶⁵.

Caratteristico di questa fase è anche il ruolo importante della giurisprudenza nello stabilire la concreta operatività dell'amnistia; emerge chiaramente «come la portata di un provvedimento di clemenza possa essere, in concreto, determinata dagli organi giudiziari»⁴⁶⁶. Si può ipotizzare una consapevolezza del legislatore in tal

⁴⁶² Cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 229.

⁴⁶³ Cfr. F. COLAO, *Dal primo dopoguerra all'«Amnistia del Ventennale»*, in A. SANTOSUOSSO - F. COLAO, *Politici e amnistia*, cit. 47 - 102, 50.

⁴⁶⁴ Cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 248. Lo stesso Autore parla anche di «'ipocrisia istituzionale', perseguita da uno Stato che mistifica la complessa problematicità delle questioni sociali comunicando l'illusorio convincimento che la relativa soluzione possa provenire dal piano 'magico' di una o più remissioni sanzionatorie» (*ivi*, 251). COLAO definisce il profluvio di amnistie giolittiane come «spia dell'incapacità dell'Italia liberale a rimuovere il disagio», con un'ambiguità politica che si acutizza fra il 1915 e il 1922, con norme sempre più repressive da una parte e sempre più ampie amnistie dall'altro (F. COLAO, *Il volto della nazione*, cit., 474). LUCCHINI parlava nel 1921 di «esautorazione completa dello Stato» a mezzo di continue amnistie (cfr. L. LUCCHINI, «Ancora e sempre amnistie», in *Rivista penale*, 1921, 488; L. LUCCHINI, «Cronaca. Esautorazione completa dello Stato», *ibidem*).

⁴⁶⁵ Cfr. G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, Giappichelli 1961, 224. Nella prima Repubblica l'uso dell'amnistia sarà tale, che si parlerà di «percezione strisciante di un "pentimento" dello Stato nei confronti delle sue stesse leggi; l'attestazione dell'impotenza dello strumento penale; l'attestazione dell'impotenza dello strumento penale» (cfr. G. ALESSI, *Lo scandalo della grazia nell'orizzonte contemporaneo*, in K. HÄRTER - C. NUBOLA (a cura di), *Grazia e giustizia*, cit., 591 - 603, 595). COLAO evidenzia però la particolarità delle amnistie politiche rispetto a tale definizione generale, nel senso che esse «avevano anche un altro senso: disegnavano la storia d'Italia con le parole dei decreti, delle relazioni dei guardasigilli, della giurisprudenza, della giuristica, dell'opinione pubblica, a vario titolo impegnati nella presa di distanza dal passato per dare una nuova immagine del presente, per costruire una sempre precaria verità storica. La dimenticanza del diritto, specie quello politicamente sensibile, rivestiva un efficace potere comunicativo; nella dialettica esclusione-inclusione delegittimava un "modo politico" precedente di gestire il conflitto per legittimarne uno nuovo» (Cfr. F. COLAO, *Il volto della nazione*, cit., 465).

⁴⁶⁶ N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale*, cit., 47. Del resto, anche al di là dell'ambito specifico della clemenza, la magistratura gioca un ruolo decisivo nello Stato liberale ed in particolare la Cassazione finisce «per risultare funzionale alle esigenze del potere politico ed economico pur senza esserne direttamente condizionata» (cfr. C. STORTI, *Lavoratori ribelli e giudici eversivi. Sciopero e licenziamento collettivo nella giurisprudenza di cassazione tra 1900 e 1922*, in L. LACCHÈ (a cura di), *Il diritto del Duce*, cit., 3 - 29, 5), con «responsabilità non irrilevanti del ceto giuridico» (*ivi*, 8); in particolare «la pretesa neutralità dell'interprete delle leggi rappresentò uno degli strumenti

senso, in quanto i testi dei provvedimenti di amnistia sono strutturati in una logica di dialogo e di «collaborazione volta ad adattare a seconda delle circostanze concrete (e nel modo più opportuno) il contenuto dei decreti di amnistia»⁴⁶⁷. Un esempio è dato dai reati di stampa, dove si impone una determinata interpretazione giurisprudenziale di quali fossero i reati di stampa amnistiabili; «il fatto, poi, che gli organi titolari della potestà di clemenza non abbiano provveduto, nelle amnistie successive [...], a precisare esattamente quali fossero i reati di stampa di volta in volta amnistiati, può significare una certa loro fiducia nell'operato della magistratura [...] e cioè: la indicazione dei “reati di stampa” nei primi provvedimenti di amnistia del '900 rimane sempre volutamente generica, in quanto l'operato della magistratura è condiviso dagli organi titolari del potere di clemenza: e la indicazione generica lascia, al contempo, sempre la possibilità di un mutamento dell'indirizzo giurisprudenziale, se e quando le circostanze lo renderanno opportuno»⁴⁶⁸.

Sotto questo profilo, giova volgere lo sguardo all'Ottocento, prima cioè che il carattere politico dei reati amnistiati venisse previsto con le due tecniche normative sopradette (il riferimento ad eventi particolari ovvero l'indicazione, mediante il *nomen juris*, di reati aventi di per sé caratterizzazione politica), bensì mediante il ricorso a formule generali quali «tutti i reati politici di stampa» ovvero «in occasione di dimostrazioni politiche». In mancanza di una definizione nel Codice penale e a fronte di amnistie ottocentesche dalle maglie molto larghe, in giurisprudenza si affermò un orientamento restrittivo, che ridusse significativamente la portata della

“pacifici” più efficaci, per il conseguimento di tale risultato e, come appare chiaramente nel diritto del lavoro, di sovente le ragioni della giustizia furono invocate contro quelle della legge: gli ostacoli all'attuazione delle libertà statutarie [...] continuavano a persistere, anzi risultavano sempre più insuperabili» (*ibidem*). L'Autrice citata, nell'evidenziare il ruolo della giurisprudenza nell'ambito della repressione penale dello sciopero, sottolinea come anche in tale settore vi fosse un dibattito. Da una parte vi sono i socialisti, che imputano alla magistratura la responsabilità di disapplicare le norme speciali in favore del delitto più grave di violenza privata. Dall'altra vi è chi, come il MANZINI, accusa il legislatore di aver predisposto una tutela penalistica inappropriata della libertà del lavoro, esponendo quindi la magistratura alle critiche dell'opinione pubblica e scaricando su di essa la responsabilità (*ivi*, 17). L'Autrice punta tuttavia il dito proprio contro la magistratura, in particolare dopo la svolta degli anni precedenti all'ascesa del fascismo: «a guardar bene, quella stessa concezione di legalità che, durante il fascismo, finì per essere incardinata negli articoli 12 e 15 delle *Disposizioni sulla legge in generale* premesse al codice civile del 1942, offrì alla stessa Cassazione l'argomento fondamentale per ritardare, dopo la liberazione, l'attuazione dei principi costituzionali della Repubblica democratica» (*ivi*, 29).

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

⁴⁶⁸ *Ibidem*.

clemenza. Alcune aperture interpretative della Cassazione si registrano a inizio Novecento, ma rappresentano tuttavia casi isolati e “sospetti”, poiché si trattava di applicare l’amnistia a condotte poste in essere da membri della classe dominante, relative a corruzione o brogli elettorali⁴⁶⁹. Proprio l’accoglimento di tale nozione ristretta spiega l’esigenza, per il legislatore, di abbinare nei provvedimenti la nozione del delitto politico al riferimento a determinati fatti o tumulti popolari, che altrimenti sarebbero restati esclusi da tale nozione.⁴⁷⁰ L’atteggiamento restrittivo nell’applicazione dell’amnistia da parte della giurisprudenza resta costante anche successivamente, a fronte del profluvio di amnistie emanate nel primo dopoguerra. In tale fase, pur a fronte di una tecnica normativa basata su indicazione del *nomen juris*, la Cassazione da un lato si irrigidisce sul divieto di analogia, dall’altro, in diversi casi, fornisce una qualificazione dei fatti totalmente «discrezionale»⁴⁷¹, al fine di escludere l’applicazione dell’amnistia ai reati che costituiscono il principale strumento di lotta sociale, quali l’invasione di terreni, la violenza o minaccia per costringere all’astensione dal lavoro⁴⁷². L’esclusione dell’applicazione alle agitazioni agrarie da parte della giurisprudenza appare quasi *contra legem* rispetto al r.d. 23 ottobre 1921, n. 1419⁴⁷³.

La finalità di pacificazione delle amnistie di questo periodo è esplicita⁴⁷⁴, prevale infatti l’influenza sul legislatore della scuola positiva, che tende ad

⁴⁶⁹ Cfr. A. SANTOSUOSSO, *Dall’Unità alla prima guerra mondiale*, cit., 32.

⁴⁷⁰ Si veda *ivi*, 40. Lo stesso CARRARA, al pari della maggior parte della dottrina precedente all’introduzione del Codice Zanardelli, identifica la nozione di “delitto politico” con quella di “delitto contro la sicurezza dello Stato”, quindi, in pratica, con i due reati di *perduellio* (insurrezione) e di *cospirazione* (*ibidem*).

⁴⁷¹ Cfr. F. COLAO, *Dal primo dopoguerra all’«Amnistia del Ventennale»*, cit., 61.

⁴⁷² *Ibidem*. Si tratta di un atteggiamento equivalente a quello della giurisprudenza della Repubblica di Weimar, al punto che «taluni giustificano l’ampio ricorso alla clemenza da parte dei ministeri di Weimar proprio come un tentativo esplicito di vanificare la drastica repressione delle forze politiche di sinistra operata dalle corti di giustizia in Germania. L’attività giurisdizionale della repubblica di Weimar sembra caratterizzata dal fenomeno dei giudici che sfuggono ai limiti posti dal legislatore [...]; un’opposizione preconcepita proprio nei confronti del regime repubblicano» (*Ivi*, 54).

⁴⁷³ Cfr. *ivi*, 60.

⁴⁷⁴ «Vogliamo che entro i confini del nostro Stato [...] suoni la parola Pace» (Relazione al Re del Presidente del Consiglio Orlando in relazione alle amnistie del 21 febbraio 1919). Del resto anche la dottrina dell’epoca rileva che «nel principio della pacificazione sociale, si assommano in armonia perfetta le ragioni etiche, politiche, giuridiche che legittimano l’istituto della grazia sovrana» (cfr. G.

amnestiare sulla base di fattori soggettivi, piuttosto che in riferimento al disvalore oggettivo dei fatti, con un conseguente abbandono della tecnica del *nomen juris*, caratteristica del periodo giolittiano. Anche le esclusioni dell'amnistia non si basano più sulla gravità del fatto, bensì si riferiscono a determinate categorie di soggetti considerati, *juris et de jure*, pericolosi⁴⁷⁵.

Nonostante l'ampio uso dell'amnistia pacificatrice, con l'aggravarsi della crisi sociale e politica, la Cassazione adotta un indirizzo rigoristico consistente nel negare qualsiasi attenuante ai reati collettivi⁴⁷⁶, «mostrando al contrario un atteggiamento di ferma opposizione nei confronti dei movimenti e delle concezioni politiche e sociali che entrano in conflitto col sistema liberale e con la sua ideologia [...] a difesa della struttura politico-sociale [...] in misura maggiore dello stesso potere politico»⁴⁷⁷.

Un elemento emerge dunque chiaramente, che non poteva essere sconosciuto al legislatore del 1946: «si consumava intorno a queste vicende la reciproca diffidenza tra potere politico e magistratura, che aveva segnato dal suo nascere la storia dell'Italia liberale: convinta, quest'ultima, che potesse meglio governare la devianza - anche quella politica - con le armi della discrezionalità e con gli antichi rimedi endogiurisprudenziali piuttosto che con l'intervento del legislatore; sempre dubbioso, il primo, dell'incisività di una giustizia ordinaria troppo inceppata da forme e regole alla fine paralizzanti»⁴⁷⁸.

3.2 Le amnistie durante il fascismo

NAPPI, "L'amnistia della pacificazione", in *Scuola Positiva*, 1919, 15 e ss., 20). Sul punto N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale*, cit., 53).

⁴⁷⁵ *Ivi*, 56.

⁴⁷⁶ Cfr. F. COLAO, *Dal primo dopoguerra all'«Amnistia del Ventennale»*, cit., 63.

⁴⁷⁷ Cfr. *ivi*, 67. «L'avversione dimostrata in particolar modo dalla Cassazione [...] sembra nascere dalla propensione degli altri magistrati a riflettere le preoccupazioni di certi settori della società italiana nei confronti delle nuove dinamiche sociali» (*ibidem*). Ciò viene spiegato dall'Autrice da un lato come conseguenza del legame con l'esecutivo e della struttura gerarchica della magistratura (*ivi*, 68), dall'altro come conseguenza del dominio dell'indirizzo tecnico-giuridico. Esso avrebbe infatti sgombrato il campo dalle indagini sulle cause sociali del reato, traducendosi in un rafforzamento delle strutture punitive dello Stato come soluzione dei contrasti sociali.

⁴⁷⁸ G. ALESSI, *Lo scandalo della grazia*, cit., 593.

Con l'avvento del regime fascista si assiste immediatamente ad un uso partigiano dell'amnistia. Il r.d. 12 dicembre 1922, n. 1641, all'art. 1 concede amnistia per tutti i reati commessi «in occasione o per causa di movimenti politici o determinati da movente politico, quando il fatto sia stato commesso per un fine nazionale, immediato o mediato». Si tratta di un provvedimento tanto ampio quanto discriminatorio, in quanto fondato di fatto sull'appartenenza dell'agente ad un gruppo politico e finalizzato a sanare l'illegalismo fascista degli anni fra il 1920 e il 1922. L'elemento soggettivo ha quindi una prevalenza assoluta⁴⁷⁹.

La giurisprudenza, questa volta in sintonia con il nuovo legislatore, rivendica ad ogni modo un ulteriore spazio di discrezionalità. In particolare, con una sentenza del 1923⁴⁸⁰, la Cassazione si attribuisce, in tema di amnistia, anche la funzione di giudice del fatto. La giurisprudenza ne fa un'applicazione molto vasta, anche ai reati comuni legati solo occasionalmente al sovrapporsi di un movente politico. Dopo l'amnistia di parte diretta a premiare i vincitori, una volta stabilizzatosi il regime, è possibile un'amnistia pacificatrice che si applichi anche agli oppositori, al fine di recuperare il consenso (r.d. 31 ottobre 1923, n. 2278⁴⁸¹). Nelle amnistie fasciste

⁴⁷⁹ Il Ministro della Giustizia, Oviglio, chiarisce che per fine nazionale si intende un'ideologia «non contraria all'attuale ordinamento politico, o, per meglio dire [...] manifestazioni solo in apparenza ostili all'assetto statale, ma in sostanza ispirate a fini coincidenti con quelli dello stato» (cfr. *ivi*, 72). Si ritiene inoltre applicabile il decreto anche in caso di concorso fra fine nazionale e fine personale, il che di fatto consente anche l'applicazione ai reati comuni (*ivi*, 73). L'amnistia è infatti esclusa solo per il concorrente che abbia agito per motivi "esclusivamente" personali. E' esclusa l'applicazione allo sciopero nei pubblici servizi, oltre a determinate categorie ritenute socialmente pericolose (i destinatari di un provvedimento irrevocabile di sottoposizione alla vigilanza speciale o all'ammonizione giudiziale; coloro che hanno riportato più di una condanna per delitti contro la persona o la proprietà). Al contrario l'art. 1 c. 3 rende amnistiati tutti i reati commessi da militari, funzionari di pubblica sicurezza e da agenti della forza pubblica «nell'esercizio o in occasione delle loro funzioni e sempre in movimento o competizioni di carattere politico o provocati da cause o moventi politici». Ciò a prescindere dal requisito del fine nazionale (purché non vi abbiano concorso motivi personali). L'unica voce profondamente critica di tale provvedimento è quella di Giacomo Matteotti (si veda G. MATTEOTTI, "Un anno di dominazione fascista", in *Critica sociale*, 1924, 5 e ss.).

⁴⁸⁰ Cass., 25 giugno 1923, in *Giustizia Penale*, 1923, 482.

⁴⁸¹ Sono estinti «tutti i reati comunque determinati da movente politico e commessi in occasione di movimenti politici ovvero in agitazioni, competizioni, tumulti o conflitti dovuti a cause economico-sociali quando, per essi, sia stabilita una pena restrittiva della libertà personale, sola o congiunta a pena pecuniaria o ad altre pene accessorie, non superiore nel minimo a tre anni oppure sia comminata la sola pena pecuniaria» (art. 1). Il criterio di selezione in base al limite edittale della pena conosce tuttavia delle eccezioni; in esse «si palesa una certa "divergenza" tra le valutazioni dei governanti del periodo in questione e quelle del "vecchio" legislatore», autore del Codice penale (cfr. N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale*, cit., 70).

successive al 1925⁴⁸² scompare invece la figura del delitto politico, che verrà al contrario, nel Codice Rocco, ad assumere un significato negativo (declinato in chiave totalmente soggettivistica)⁴⁸³. Del resto anche la dottrina promuove un'inversione di tendenza, suggerendo di combattere il pericolo bolscevico non con l'impunità, bensì persuadendo i comunisti «della certezza, della inevitabilità della pena e della inutile speranza del perdono»⁴⁸⁴. La clemenza è ridotta quindi, dopo il 1925, a una forma poco rilevante di magnanimità sovrana, che incide solo relativamente sui delitti politici e sulla loro severa repressione. Prive di incidenza pratica e di significato normativo, le amnistie hanno un mero valore simbolico, collegate a momenti celebrativi.

3.3 Riflessi sull'istituto dell'amnistia

A questo punto della ricognizione storica, è possibile notare una simmetria fra l'uso della clemenza all'avvento del regime fascista e del regime repubblicano. In entrambi i casi l'amnistia pacificatrice, finalizzata all'inclusione e all'attrazione di consensi verso il nuovo regime, è «preceduta [...] da un provvedimento di clemenza a fini partigiani, diretto, cioè, a favorire i sostenitori e gli affiliati alle forze politiche che hanno conquistato il potere»⁴⁸⁵. Da un lato va riconosciuto che il regime

⁴⁸² Si fa riferimento all'amnistia emanata con r.d. 31 luglio 1925, n. 1277, ispirata ancora ad esigenze di pacificazione, come si legge nella Relazione al Re del Ministro Rocco pubblicata in *Giustizia penale*, 1925, 688. «Oltre che un mezzo deflattivo la clemenza era un efficace strumento comunicativo di auto rappresentazione: la “pacificazione di tutte le classi del popolo italiano”» (cfr. F. COLAO, *Il volto della nazione*, cit., 480). Tale decreto include espressamente anche reati in precedenza esclusi dalla giurisprudenza, come gli scioperi ferroviari e le invasioni di terre. La giurisprudenza mantiene tuttavia una forte rigidità nei confronti dei reati connessi all'attività comunista e anarchica (per alcuni esempi, F. COLAO, *Delitto politico e amnistia*, cit., 83).

⁴⁸³ Ciò avverrà però soprattutto nell'ambito della legislazione eccezionale delle c.d. “leggi fascistissime” (si veda *ivi*, 87).

⁴⁸⁴ Cfr. R. GAROFALO, “Criminalità e amnistia in Italia” in *Nuova Antologia*, 60, citato in N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale*, cit., 73.

⁴⁸⁵ Cfr. *ivi*, 13. In questo senso anche G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, cit., 12; nonché N. MAZZACUVA, “L'uso della clemenza in materia penale e la “nuova” politica criminale: le contraddizioni del D.p.R. 4 agosto 1978, n. 413”, in *Questione criminale*, 1978, 471 - 519, 484 e N. MAZZACUVA, “Il diritto penale come strumento di pacificazione e di risoluzione del conflitto sociale: l'impiego della clemenza collettiva”, in *Indice penale*, 2004, 7 - 25, 24. Ci si riferisce ai già menzionati provvedimenti di clemenza in favore dei partigiani che precedono l'*amnistia Togliatti* (r.d. 5 aprile 1944, n. 96; d.lgs.lt. 12 aprile 1945, n. 194; d.lgs.lt. 17 novembre 1945, n. 719). Nessuno di essi è tuttavia paragonabile all'ampiezza dell'amnistia del 1922, come dimostrano i molti interventi di

democratico non osa introdurre un'amnistia così discriminatoria e generale come quella del 1922; dall'altro con l'art. 6 del d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159, realizza però un'operazione inedita nella storia d'Italia, sia precedente che successiva: la revoca (tecnicamente solo inapplicabilità con riferimento ai reati oggetto del decreto) di tutte le amnistie ed indulti concessi dalla marcia su Roma in poi (mentre per le grazie si affidava all'Alto Commissario la competenza sulle proposte di revoca).⁴⁸⁶ Tale operazione tuttavia non avviene secondo la logica seguita da alcune Corti sudamericane⁴⁸⁷, ossia quella di ritenere tali provvedimenti illegittimi rispetto a norme sovraordinate ed in particolare rispetto ad un ipotetico obbligo punitivo ed un corrispondente divieto di amnistia. Al contrario, vi è un mero esercizio di potestà normativa da parte del regime successore, in funzione di delegittimazione del precedente. Tale esigenza è una delle prime preoccupazioni del nuovo regime democratico. Ciò implicitamente conferma la considerazione che si aveva dell'amnistia, quale provvedimento di natura squisitamente politica. A maggior ragione, ovviamente, dell'uso dell'amnistia fatto dal regime fascista.

La prassi del Regno d'Italia conferma dunque l'opinione prevalente in dottrina nel ritenere, come si dirà⁴⁸⁸, che l'amnistia sia un atto estraneo alla tutela dell'ordinamento giuridico e rispondente a ragioni di opportunità, pertinente «alla funzione esecutiva - rientrando fra quelle manifestazioni in cui si concreta - la

clemenza, collettiva e individuale, che si renderanno necessari negli anni successivi. «Le amnistie intese a incassare un “vantaggio pratico per il vincitore” erano anche strumento di autorappresentazione e legittimazione di una nuova Italia, quella fascista prima, quella liberata poi» (cfr. F. COLAO, *Il volto della nazione*, cit., 466). Secondo MAIELLO, pur ammettendo una simmetria sul piano tecnico-giuridico fra le amnistie dei vincitori (quella del '22 e quelle per i partigiani) e quelle pacificatrici successive (quella del '23 e l'*amnistia Togliatti*), tale «*reductio ad unum* lascerebbe inappagate le aspettative legate ad una ricostruzione ‘storicamente orientata’ di quei provvedimenti [...] non si può negare la vistosa differenza che corre tra ‘la presa fascista del potere’ (indirizzata al soffocamento di ogni spazio di democrazia) e la liberazione dell'Italia dall'occupazione tedesca e dalle incrostazioni liberticide di un regime autoritario (tendente alla costruzione di un assetto liberalsolidaristico di convivenze umana)» (cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 261). Si fa inoltre presente che anche in altri Paesi europei, come Austria (1945), Cecoslovacchia (1946) e Francia (1951) sono state adottate amnistie *ad hoc* per esonerare da responsabilità penale chi aveva partecipato alla Resistenza (al riguardo, G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, cit., 30 sub nota 67).

⁴⁸⁶ Per un commento, G. SABATINI, *Il sistema processuale per la repressione dei crimini fascisti*, cit., 487.

⁴⁸⁷ Cfr. *supra*, Cap. I, § 7.

⁴⁸⁸ Cfr. *infra*, Cap. II, § 7.1.

funzione politica -; l'amnistia risponde quindi a una funzione "diversa" dalla giustizia»⁴⁸⁹. Al legislatore del 1946 dunque l'amnistia appariva come un istituto prettamente politico e giuridicamente non vincolato nel suo contenuto, se non dalle logiche di politica criminale che intendeva di volta in volta perseguire⁴⁹⁰.

Quanto alle amnistie della pacificazione, da quelle giolittiane successive alla repressione di Umberto I in poi, esse paiono una costante⁴⁹¹. Anche esse non sfuggono a quel carattere paternalistico di cattiva coscienza della classe governante. In altre parole, a fronte dell'intento di pacificazione di volta in volta affermato, «l'Italia [...] non ha visto però la clemenza penale risolversi nella fondazione di una polis più inclusiva, conciliata con la sua storia. L'oblio politico è parso risolversi piuttosto in perdono imposto dalla ragion di Stato, in un atto assolutorio autodafé dei passati senza ravvedimento, in una perenne guerra della memoria, in un "confitto lasciato a covare sotto la cenere... armistizio momentaneo col passato"»⁴⁹².

4. I delitti fascisti

Prima di analizzare l'*Amnistia Togliatti*, è opportuno esaminare i singoli delitti che sanzionano le condotte dei fascisti, già brevemente esposti in precedenza⁴⁹³, nonché la loro applicazione nel breve periodo che precedette l'intervento dell'amnistia.

Si è già detto che l'applicazione degli artt. 2 e 3 fu senza dubbio pressoché irrilevante rispetto a quella dell'art. 5 del d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159. E' stato

⁴⁸⁹ Cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam 1931, 359.

⁴⁹⁰ Una natura che resterà tale anche nel regime costituzionale e che porta ancora oggi alcuni Autori a ritenere che l'amnistia sia caratterizzata proprio dalla «polivalenza» delle sue funzioni (cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, Zanichelli 2007, 776).

⁴⁹¹ «Le "amnistie della pacificazione" a conclusione della Grande guerra, mettevano in scena il contrastato sforzo dell'Italia giolittiana per l'oblio della "giustizia bellica", preludio all'ampliamento della base sociale nelle istituzioni del Regno. In un altro dopoguerra [...] sarebbe stata pensata in questo orizzonte l'amnistia Togliatti, pretesa "pacificazione", risoltasi nel "colpo di spugna sui crimini fascisti"» (cfr. F. COLAO, *Il volto della nazione*, cit., 466). Fini di pacificazione avranno inoltre, successivamente, le amnistie del 1968 e del 1970, relative rispettivamente ai reati commessi in occasione della contestazione studentesca e delle lotte sindacali del c.d. autunno caldo.

⁴⁹² *Ibidem*. La citazione è di O. KIRCHHEIMER, *La grazia nella persecuzione politica per via penale*, in O. KIRCHHEIMER, *Giustizia Politica* (a cura di R. RACINARO), Macerata, Liberilibri 2002, 69.

⁴⁹³ Cfr. *supra*, Cap. I, § 3.1.2.

affermato che nessuna disposizione, a eccezione di quella sul *collaborazionismo*, ha avuto a conti fatti effettiva applicazione, incluse le disposizioni sulla confisca dei patrimoni dei collaborazionisti e quelle sull'epurazione, che risulta fallita⁴⁹⁴. In dottrina si è soliti inoltre trattare separatamente gli artt. 2 e 3, rispetto al *collaborazionismo*, in quanto solo le prime due disposizioni «sono caratterizzate dal tentativo di supplire al mancato funzionamento di certi congegni di garanzia costituzionale e penale durante il periodo fascista: si considerò giustamente che certi comportamenti delittuosi non poterono essere perseguiti unicamente per il sovrapporsi degli istituti fascisti all'ordinamento statale e si cercò pertanto semplicemente di punirli secondo le leggi vigenti all'epoca dei fatti»⁴⁹⁵. Lo stesso Autore denota in questo un motivo di fallimento della persecuzione penale: «si erano volute trasferire sul piano della responsabilità penale le maggiori responsabilità politiche del fascismo, e si era voluto punirle con le formalità dei giudizi: ci si accorse troppo tardi della absurdità di questa pretesa. I veri quadri di comando dello Stato, e cioè le alte gerarchie burocratiche, erano rimaste immutate: e non potevano consentire un processo al passato che direttamente le colpiva».

4.1 L'art. 2 d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159: il delitto per i membri del governo e i gerarchi

Si è già indicata⁴⁹⁶ l'importanza simbolica dell'art. 2⁴⁹⁷, che ha il compito di sancire ufficialmente la responsabilità politica del fascismo agli occhi degli italiani e degli Alleati e di trasformare la stessa in responsabilità penale⁴⁹⁸. La disposizione

⁴⁹⁴ Così A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 76.

⁴⁹⁵ Cfr. P. BARILE - U. DE SIERVO, "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", cit., 544.

⁴⁹⁶ Cfr. *supra*, Cap. I, § 3.1.2.

⁴⁹⁷ Tale disposizione punisce con la pena di morte ovvero con l'ergastolo «i membri del governo fascista e i gerarchi del fascismo, colpevoli di aver annullato le garanzie costituzionali, distrutte le libertà popolari, creato il regime fascista, compromesse e tradite le sorti del Paese condotto alla attuale catastrofe».

⁴⁹⁸ In questo senso G. VASSALLI, "Intorno all'art. 2 della legge sulle sanzioni contro il fascismo", in *Giustizia penale*, 1947, II, 663 e ss., 665. Secondo BARILE e DE SIERVO, «si tratta di una norma, tecnicamente assai difettosa, volta a configurare una responsabilità penale di livello costituzionale: rientra fra quelle norme tipicamente di "giustizia politica"» (cfr. P. BARILE - U. DE SIERVO, "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", cit., 545). Il carattere prettamente politico della norma è spiegato da tali Autori raffrontandola con l'art. 3, che punisce espressamente «coloro che hanno promosso o

presenta diverse problematicità tecniche. La causa principale della sua quasi inesistente applicazione è data dal “gigantismo”⁴⁹⁹ delle condotte tipiche, richiedendone per di più l’integrazione cumulativa ai fini della sussistenza della responsabilità penale. Ciò la rende difficilmente applicabile ad altri se non a Mussolini stesso⁵⁰⁰. Il fatto tipico prevede per i gerarchi e i membri del governo delle condotte (aver annullato le garanzie costituzionali, aver distrutte le libertà popolari, aver creato il regime fascista, aver compromesse e tradite le sorti del Paese, aver condotto alla attuale catastrofe) che avrebbero dovuto essere piuttosto considerate quali eventi del reato. Interpretando così la disposizione, la responsabilità sarebbe però venuta a discendere direttamente dalla carica di membri del governo e di gerarchi. Nella scelta quindi se attribuire alle condotte funzione meramente illustrativa, ovvero distintiva⁵⁰¹, non solo viene scelta la seconda via, ma si ritiene necessario che l’imputato abbia integrato tutte le condotte (o meglio di fatto causato tutti gli eventi) indicati. Sulla scarsa applicazione incide anche la sopravvenuta ritenuta ammissibilità del ricorso per Cassazione, come già menzionato⁵⁰²; nella maggior parte dei casi ciò comporta quantomeno una degradazione dell’imputazione ex art. 2 al reato di cui al successivo art. 3⁵⁰³.

diretto l’insurrezione del 28 ottobre 1922». Tali ultimi soggetti sono dichiarati punibili ai sensi del Codice penale allora vigente in una logica di riaffermazione dell’ordinamento costituzionale violato dal fascismo; infatti si tratta di condotte già penalmente rilevanti sulla base del suddetto Codice, «mentre non lo erano le ipotesi connesse alla scomparsa dell’ordinamento statuario ed alla sua trasformazione in senso dittatoriale» (*ibidem*).

⁴⁹⁹ Espressione di S. SEMINARA, “Die Aufarbeitung...”, cit., 13.

⁵⁰⁰ Ritenendo che lo Stato democratico-liberale abbia cessato di esistere il 3 gennaio 1925 (data del discorso di Mussolini alla Camera dei deputati in relazione al delitto Matteotti, ritenuto l’atto costitutivo del fascismo come regime autoritario), si richiese innanzitutto che l’imputato avesse svolto attività prima di tale data (Alta Corte di giustizia, 20 giugno 1945, *Biagi*). Si pretese poi che vi fosse la prova di un nesso causale fra l’attività dell’imputato e la distruzione delle libertà popolari, l’annullamento delle garanzie costituzionali, la creazione del regime fascista e l’aver compromesso le sorti del Paese (Cass., 19 luglio 1947, *Orano*; Cass., 30 aprile 1947, *Cremigni*; Corte d’Assise di Roma, 16 maggio 1947, *Giuriati*; Cass., 6 dicembre 1947, *Bottai*; Corte d’Assise di Roma, 25 novembre 1947, *Bastianini*; Corte d’Assise di Roma, 1 dicembre 1947, *Grandi*), richiedendo a tal fine che, a prescindere dall’aver ricoperto una carica, si sia concorso con fatti concreti al conseguimento dei fini proposti dal fascismo (*ibidem*).

⁵⁰¹ Si veda A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 78.

⁵⁰² Cfr. *supra*, Cap. I, § 3.2.1.

⁵⁰³ Cfr. M. DONINI, “La gestione penale...”, cit., 203.

4.2 L'art. 3 d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159: atti rilevanti

Il fatto tipico del delitto di cui all'art. 3⁵⁰⁴ può essere schematizzato come segue:

- 1) organizzazione di squadre fasciste che abbiano compiuto atti di violenza o di devastazione;
- 2) promozione e direzione del colpo di Stato del 28 ottobre 1922;
- 3) promozione e direzione del colpo di Stato del 3 gennaio 1925;
- 4) contribuzione, dopo il 3 gennaio 1925, con atti rilevanti a mantenere in vigore il regime fascista;
- 5) delitti commessi per motivi fascisti o valendosi della situazione politica creata dal fascismo (per questa categoria viene prevista l'applicazione delle leggi vigenti all'epoca del fatto, mentre per le altre si applicano le disposizioni richiamate del Codice Zanardelli, anche per fatti commessi dopo l'entrata in vigore del Codice Rocco)⁵⁰⁵.

Anche tale reato viene depotenziato in sede interpretativa⁵⁰⁶. Analizzando nello specifico la giurisprudenza relativa alle diverse fattispecie sopra descritte:

- 1) si ritiene che la nozione di "squadre fasciste" debba essere interpretata in senso formale e stretto, qualificando come tali solo le «formazioni organizzate al servizio del partito fascista e facenti capo agli organi responsabili del medesimo»⁵⁰⁷;

⁵⁰⁴ «Coloro che hanno organizzato squadre fasciste, le quali hanno compiuto atti di violenza o di devastazione, e coloro che hanno promosso o diretto l'insurrezione del 28 ottobre 1922 sono puniti secondo l'art. 120 del Codice penale del 1889.

Coloro che hanno promosso o diretto il colpo di Stato del 3 gennaio 1925 e coloro che hanno in seguito contribuito con atti rilevanti a mantenere in vigore il regime fascista, sono puniti secondo l'art. 118 del Codice stesso.

Chiunque ha commesso altri delitti per motivi fascisti o valendosi della situazione politica creata dal fascismo è punito Secondo le leggi del tempo».

⁵⁰⁵ Si veda P. BARILE - U. DE SIERVO, "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", cit., 546.

⁵⁰⁶ Così M. DONINI, "La gestione penale...", cit., 204.

⁵⁰⁷ Cfr. Cass, 6 aprile 1946, *Fossati*.

- 2) e 3) l'applicazione giurisprudenziale è ridottissima, poiché si richiede che l'imputato abbia «spiegato un'attività di iniziativa e comando»⁵⁰⁸, quasi mai riscontrata; ciò si spiega anche a fronte della presenza della fattispecie seguente (c.d. reato di *atti rilevanti*), ritenuta più comprensiva e di facile prova⁵⁰⁹;
- 4) si tratta della fattispecie più importante dell'articolo. Il depotenziamento in sede ermeneutica avviene prima di tutto interpretando la nozione di “atti rilevanti” nel senso di richiedere una particolare efficienza causale fra la condotta dell'imputato e il mantenimento in vita del regime⁵¹⁰, con tutte le difficoltà che ciò presuppone, già sul piano di una valutazione storico-politica⁵¹¹. Si può tuttavia riconoscere che il rigore sul piano causale è in parte giustificabile proprio su tale ultimo piano. Troppi italiani infatti avevano sicuramente dato un contributo generico a mantenere in vigore il regime durante il Ventennio e non si poteva pretendere di sanzionare penalmente la maggioranza della popolazione⁵¹².

Una seconda spiegazione della scarsa applicazione del reato di *atti rilevanti* può essere ricercata in un'insofferenza dei giudici verso il

⁵⁰⁸ Cfr. Alta Corte di Giustizia, 20 giugno 1945, *Biagi*.

⁵⁰⁹ Così P. BARILE - U. DE SIERVO, “Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo”, cit., 546.

⁵¹⁰ Si veda in particolare Alta Corte di Giustizia, 20 giugno 1945, *Biagi e Chiavolini* e Alta Corte di Giustizia, 12 marzo 1945, *Suvich*. In particolare la summenzionata sentenza *Biagi e Chiavolini* propone una nozione ampia di “atti rilevanti” che comprende anche «i fatti di collaborazione per se stessi non di saliente importanza - e tuttavia - resi gravi dalla condizione della persona che li commise, o le azioni sia pure non esorbitanti dai limiti delle funzioni normalmente esercitate dai titolari degli uffici o delle cariche, ma compiute con la consapevolezza e la volontà di collaborare, dall'alto della propria situazione sociale, amministrativa o politica, per il rafforzamento del regime fascista». Tale concezione ampia viene inizialmente seguita anche dalla Cassazione (Cass., 6 settembre 1946, *Tagliabue*) e tuttavia non si consolida.

⁵¹¹ Si chiede BATTAGLIA: «ma quali sono le cose che mantengono in vita un regime e quali quelle che lo distruggono? Posto il problema sul terreno storico e della causalità materiale ciò che si era fatto di buono e di utile sotto la dittatura aveva certamente contribuito a rafforzarla; e quanto invece era stata fatto di cattivo, di ingiusto, o addirittura di delittuoso (come la lotta razziale per es., o le guerre di Spagna o di Grecia), aveva contribuito a indebolirla e a distruggerla. Sotto questo profilo gli atti più incriminabili sarebbero state le imprese migliori, e i meno incriminabili gli errori e i delitti fascisti» (cfr. A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 79).

⁵¹² In questo senso M. DONINI, “La gestione penale...”, cit., 204.

carattere retroattivo della fattispecie⁵¹³. Inizialmente la giurisprudenza opera una distinzione fra cariche create *ex novo* durante il fascismo e cariche tecniche e dunque fra attività svolta a vantaggio del fascismo come regime ovvero a vantaggio dello Stato italiano, come se le due entità non fossero coincise per vent'anni. In seguito si giunge a ritenere l'impossibilità, in generale, di far discendere la responsabilità semplicemente dalla carica rivestita, seppur di rango elevato⁵¹⁴. Vengono dunque richiesti due requisiti: una «personale attività faziosa e settaria»⁵¹⁵ da un lato e una «rilevante efficienza causativa pel mantenimento in vigore del regime»⁵¹⁶ dall'altro. Ciò porta di fatto ad escludere la responsabilità nella maggior parte dei casi, poiché si afferma che anche le attività di natura politica vanno considerate «in relazione alle esigenze del momento e alle condizioni ambientali cui non potevano non conformarsi tutti i partecipanti della vita pubblica del Paese»⁵¹⁷.

Infine, come si avrà modo di vedere⁵¹⁸, l'applicazione dell'amnistia a tale fattispecie sarà una questione particolarmente problematica e si risolverà in una «liquidazione definitiva del reato»⁵¹⁹.

Si giunge quindi alla paradossale conseguenza per cui, a leggere le sentenze della Cassazione, all'indomani della caduta del fascismo in Italia non si trovano più fascisti: «Il fascismo - ci insegna la Cassazione - non è stato, come ingenui avevamo creduto, il frutto amaro e inevitabile di molteplici responsabilità: esso è vissuto evidentemente di vita propria.

⁵¹³ Così A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 81.

⁵¹⁴ Vennero quindi assolti ministri, segretari nazionali del PNF, capi dell'OVRA; per i riferimenti giurisprudenziali, *ivi*, 80, nonché P. BARILE - U. DE SIERVO, "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", cit., 547.

⁵¹⁵ Corte d'Assise di Firenze, 26 gennaio 1946, *Ricciardi*.

⁵¹⁶ *Ibidem*. Si veda anche Tribunale di Roma, *Stracca*, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1943-45, 600.

⁵¹⁷ Cass., 6 dicembre 1947, *Bottai*.

⁵¹⁸ Cfr. *infra*, Cap. II, § 6.1.2.

⁵¹⁹ A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 81.

Forse per questo il regime ci appare illegittimo: perché nessuno gli è stato padre?»⁵²⁰.

5) tale ipotesi non comporta particolari problemi interpretativi⁵²¹.

4.3 Collaborazionismo: *il concetto*

A questo punto del ragionamento, è giunto il tempo di affrontare l'analisi, sinora rinviata, del reato che di fatto è stato pressoché l'unico strumento penale concretamente utilizzato dall'Italia per fare i conti con le responsabilità del fascismo: il c.d. *collaborazionismo* di cui all'art. 5.

Si è già ricordato nel primo capitolo⁵²² come il fascismo, affermatosi in Italia a partire dal 1922, diventato concretamente una dittatura dal 1925 e alleato storico della Germania nazista, abbia condotto alla commissione dei crimini più atroci nel periodo dal 1943 al 1945. In questi anni, nell'Italia centrosettentrionale occupata dalle truppe del Terzo Reich, veniva instaurata la Repubblica Sociale Italiana (RSI). Pur non essendo quest'ultima qualificabile come Stato dal punto di vista internazionale, essa godeva tuttavia di un discreto margine autonomia. Tale spazio consentiva in particolare alle diverse milizie gravitanti attorno alla RSI di commettere gravi crimini in maniera autonoma, nei confronti di partigiani, ebrei, ma anche in generale nei confronti della popolazione civile. Ciò con un'efferatezza⁵²³ che si distingue, per modalità e carattere, dai tratti di quella nazista. A ciò si aggiunge la partecipazione di tale milizie ai crimini nazisti, non sempre solo con funzione ausiliaria. Per un'analisi completa della questione, si rimanda all'opera storiografica già menzionata⁵²⁴.

A fronte della peculiarità del caso italiano, non può che emergere l'inadeguatezza, anche simbolica, della qualificazione della violenza repubblicana

⁵²⁰ Cfr. C. GALANTE GARRONE, "Guerra di Liberazione (dalle galere)", in *Il Ponte*, 1947, III, 1041 - 1066, 1045.

⁵²¹ In questo senso P. BARILE - U. DE SIERVO, "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", cit., 547.

⁵²² Cfr. *supra*, Cap. I, § 2.

⁵²³ Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle camere di tortura denominate "ville tristi".

⁵²⁴ T. ROVATTI, *Leoni vegetariani*, cit.

come *collaborazionismo*. L'impatto simbolico è reso ancora più forte dal fatto che, per il concorso dei già esposti fattori, tale disposizione è stata in pratica pressoché l'unica imputazione contestata. Sarebbe infatti ipocrita negare il valore simbolico-stigmatizzante che la giustizia penale ha in generale, ma soprattutto in contesti di transizione. Anche la scelta del capo di imputazione ha perciò un impatto rilevante⁵²⁵.

Il termine *collaborazionismo*, nel significato che qui interessa, nasce in quasi tutta Europa nel contesto della seconda guerra mondiale, in relazione all'occupazione tedesca. Esso deriva in particolare dall'esperienza francese della c.d. Repubblica di Vichy e nella fattispecie da un incontro fra Adolf Hitler e il Maresciallo Philippe Pétain, il 24 ottobre 1940. In tale sede quest'ultimo dichiarò «*Une collaboration a été envisagée entre nos deux pays*»; da qui un nuovo uso del vocabolo che, in diverse lingue, si riferisce comunemente alla collaborazione con l'occupante nazista da parte dei cittadini di Paesi occupati⁵²⁶. Nella fattispecie il termine *collaborazionismo* si riferisce a una serie di relazioni fra l'occupante e l'occupato, «mediato da una serie di istituzioni ufficiali esistenti [...], deve trattarsi di un fenomeno guidato dall'occupante - (*occupier-driven*) - [...] esso deve avere il consenso dell'occupante [...] ciò significa che il fatto che ci fosse un Hacha, un Quisling, un Pavelic, un Pétain o un Tiso era indicativo principalmente di una volontà tedesca, non della volontà dei francesi, dei cechi, dei croati, degli slovacchi o dei norvegesi. Parlando di collaborazionismo alludiamo quindi alla presenza di un apparato burocratico diffuso nel Paese, composto da popolazione locale e stabilito con il consenso dell'occupante»⁵²⁷. Secondo uno storico statunitense, «ciò che rese così unico il

⁵²⁵ Del resto gli studi sulla giustizia di transizione partono anche da questa consapevolezza, necessaria per poter controllare l'effetto simbolico-stigmatizzante della giustizia penale ed evitare che esso diventi il fine effettivo e principale del processo penale e trasformi quest'ultimo in un "teatro pedagogico" (espressione di M. OSIEL, *Politica della punizione, memoria collettiva e diritto internazionale*, in L. BALDISSARA - P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire*, cit., 105 - 117, 106). Sul simbolismo nei processi relativi a crimini internazionali, E. FRONZA, *Diritto penale del nemico e giustizia penale internazionale*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, Monduzzi 2007, 373 - 389.

⁵²⁶ Si veda J.T. GROSS, *Themes for a Social History of War Experience and Collaboration*, in I. DEAK - J.T. GROSS - T. JUDT (a cura di), *The Politics of Retribution in Europe: World War II and its Aftermath*, Princeton, Princeton University Press 2000, 15 - 36, 24; per un'analisi dell'evoluzione linguistica del termine, *ivi*, 34.

⁵²⁷ Cfr. *ivi*, 24-25.

fenomeno del sodalizio con l'occupante tedesco durante la seconda guerra mondiale (cioè ciò che trasformò questo sodalizio in collaborazionismo) è [...] lo iato, l'abisso fra i termini del sodalizio iniziale (per quanto potessero essere decifrati all'epoca) e il risultato finale cui, coloro che avevano seguito il nuovo ordine, si trovarono ad avere contribuito. Questa distanza non aveva precedenti ed è stata inoltre percorsa nella breve distanza di pochi anni. "Coloro" disse Hannah Arendt "che furono i primi complici dei nazisti e i loro migliori aiutanti, non sapevano veramente cosa stavano facendo e con chi avevano a che fare"»⁵²⁸.

Per comprendere chi sia un collaborazionista nel contesto francese, dove il termine *collaborazionismo* ha origine, e nel contesto dei Paesi europei occupati, l'analisi più completa cui rifarsi è quella del filosofo padre dell'esistenzialismo. Al contrario di chi vorrebbe i cittadini francesi condizionati dallo stato di occupazione e quindi di conseguenza meno responsabili delle azioni compiute, egli, già nel 1944, pubblica il celebre assunto per cui «non siamo mai stati tanto liberi quanto sotto l'occupazione tedesca»⁵²⁹. Prosegue l'Autore affermando che «poiché una polizia onnipotente cerca di costringerci al silenzio, ogni parola diventa preziosa come una dichiarazione di principio [...] questa responsabilità totale in una solitudine totale non è forse la scoperta stessa della nostra libertà? [...] ed è per questo che la Resistenza fu una vera democrazia»⁵³⁰. Nel 1945, il filosofo studia attentamente la figura del collaborazionista sotto profili psicologici, sociologici, antropologici e politici⁵³¹. Egli esordisce con un'affermazione dirimente per il presente studio: «sarebbe un errore confondere il collaborazionista con il fascista»⁵³². Il fenomeno collaborazionista in Francia ha infatti visto coinvolti «anche un certo numero di radicali, di socialisti e di pacifisti che hanno considerato l'occupazione come un male

⁵²⁸ Cfr. *ivi*, 29. La citazione di Hannah ARENDT proviene da H. ARENDT, *Organized Guilt and Universal Responsibility*, in H. ARENDT, *Essays in Understanding, 1930-1954*, New York, Harcourt, Brace & Co. 1994, 126.

⁵²⁹ J.P. SARTRE, "La République du silence", in *La République Française*, 9 settembre 1944, 1, ora in J.P. SARTRE, *Situations III*, Paris, Gallimard 2003, 11 - 13.

⁵³⁰ *Ibidem*.

⁵³¹ Si fa riferimento a J.P. SARTRE, "Qu'est-ce qu'un collaborateur?", in *La République Française*, agosto 1945, 14-17, ora in J.P. SARTRE, *Situations III*, Paris, Gallimard 2003, 43 - 61.

⁵³² *Ivi*, 44.

minore, ovvero che hanno pensato di fare buoni affari con i tedeschi»⁵³³; «il collaborazionismo è un fatto di disintegrazione ed è in ogni caso una decisione individuale, non una posizione di classe. Essa rappresenta il collante, attraverso forme collettive straniere, di elementi mal assimilati dalla comunità indigena [...]; il collaborazionista infatti viene reclutato fra gli elementi marginali dei grandi partiti politici [...], fra gli intellettuali che rigettano la borghesia, loro classe d'origine, senza avere il coraggio o la possibilità di aderire al proletariato [...], fra i falliti del giornalismo, delle arti, dell'insegnamento - ma anche - interi gruppi sradicati dalla collettività da una forza che opera su di loro: ad esempio è il caso dell'ultramontanismo, che spiega l'attitudine collaborazionista di certi membri della Chiesa [...]. Possiamo così spiegare il curioso paradosso per cui il collaborazionista è reclutato fra quelli che possiamo chiamare “anarchici di destra”»⁵³⁴. Il filosofo esistenzialista procede ad una vera e propria analisi della «psicologia del collaborazionista»⁵³⁵, che affonda le basi in una particolare forma di realismo, una «malattia intellettuale», che l'Autore definisce storicismo, unita ad altri fattori psicologici puntualmente individuati⁵³⁶. E' una ricostruzione complessa, che tuttavia

⁵³³ *Ibidem*.

⁵³⁴ Cfr. 46-48; con tale termine l'Autore si riferisce a coloro che «non accettano nessuna legge della Repubblica, si dichiarano liberi di evadere le tasse o di rifiutare la guerra, hanno utilizzato la violenza contro i loro avversari in spregio dei diritti riconosciuti dalla nostra Costituzione. E tuttavia essi hanno usato la loro indisciplina e la loro violenza in supporto di un ordine rigoroso: e nel momento in cui essi hanno offerto i loro servizi a una potenza straniera, è stata conseguenza naturale che essi si siano trovati sottomessi ad un regime dittatoriale» (*ivi*, 48 - 49).

⁵³⁵ *Ivi*, 50.

⁵³⁶ *Ivi*, 52. Il collaborazionista, partiva senza dubbio da una visione realista per cui riteneva che la Germania avrebbe vinto la guerra, tuttavia lo storicismo va oltre. Esso consiste in una «tendenza ad approvare l'evento realizzatosi semplicemente perché si è realizzato» (*ibidem*), confondendo la necessità di sottomettersi al fatto con un'approvazione morale dello stesso, in un'interpretazione secondo cui la marcia della storia si confonde con il progresso [...]. E' evidente per l'Autore come in realtà «il realismo dissimuli la paura di fare il mestiere dell'uomo [...] ed una fame mistica di mistero, una docilità nei confronti di un avvenire che si rinuncia a forgiare e che ci si limita ad augurarsi [...] si accetta la violenza perché tutti i grandi cambiamenti si sono basati sulla violenza e si conferisce alla forza una oscura virtù morale. Così il collaborazionista valuta i suoi comportamenti dalla prospettiva del futuro lontano: il suo aver pensato un avvicinamento alla Germania contro l'Inghilterra è per noi la rottura di un impegno [...]. Il collaborazionista invece, anche se vive nel nostro secolo, lo giudica dal punto di vista dei secoli futuri e pertanto perfettamente giusto, come lo storico giudica la politica di Federico II [...] un “cambio di alleanze”. [...] Si tratta evidentemente di una forma sublime di evasione [...] ma così dimentichiamo che la storia si vive e si fa ogni giorno. [...] Essi si sono posti nel futuro per giudicare l'oggi e hanno visto la vittoria nazista portare al mondo una pace tedesca, assimilabile alla famosa pace romana. [...] Il collaborazionista “realista” ha una morale inversa:

è essenziale per mostrarci, anche sul piano psicologico individuale⁵³⁷ oltre che su quello storico, la differenza fra gli episodi europei di *collaborazionismo* ed il caso italiano.

invece di giudicare il fatto alla luce del diritto, fonda il diritto sul fatto; la sua metafisica implicita identifica l'essere e il dover-essere. Tutto ciò che è, è bene; è bene ciò che è. Su tale principio egli fonda un'etica della virilità. [...] Per lui tutto ciò che non condivide il suo punto di partenza di una considerazione obiettiva della situazione, è solo una fantasticheria da donne [...] il culto del fatto particolare e il disprezzo del diritto, che significa universalità, lo conducono a sottomettersi a delle realtà rigorosamente individuali: un uomo, un partito, una nazione straniera [...] [...], se il maestro del pensiero dittatoriale è Machiavelli, il modello del collaborazionista è Talleyrand. [...]. La sua fedeltà alla Germania è soggetta a cauzione [...] alcuni considerano di soppiantare gli italiani nel loro ruolo di "brillanti secondi", altri pensano che la loro ora suonerà quando la Germania e l'America desidereranno una terza potenza per aprire delle trattative [...]. Il legame del collaborazionista con il suo maestro ha sicuramente un aspetto sessuale. [...] Il collaborazionista parla a nome della forza, ma egli non è la forza: è il calcolo, l'astuzia che si appoggia sulla forza, ma anche lo charme e la seduzione perché gioca sull'attrazione che la cultura francese esercita sui tedeschi. Mi sembra dunque che vi sia una curiosa mescolanza di masochismo e omosessualità. [...] Tuttavia, ciò che forse costituisce la migliore spiegazione psicologica del collaborazionismo è l'odio. Il collaborazionista sembra sognare un ordine feudale e rigoroso: abbiamo detto che si tratta del grande sogno di assimilazione di un elemento disintegrato dalla comunità [...] Ai collaborazionisti poco importa di essere schiavi di Hitler, se possono infettare l'intera Francia con questa schiavitù » (*ivi*, 53 - 59). L'Autore afferma che «mentre la tesi preferita del collaborazionista, come del fascista, è il realismo [...] all'opposto, la Resistenza, che ha finito col trionfare, ci ha mostrato che il ruolo dell'uomo è saper dire di *no* ai fatti, anche quando sembri di doverci sottomettere» (*ivi*, 61). Egli conclude con un monito: «il collaboratore che non abbia avuto l'occasione di manifestarsi come tale, è un nemico che le società democratiche portano perpetuamente in seno» (*ivi*, 60). Per un'analisi del rapporto della Francia democratica con il proprio passato e la Repubblica di Vichy, si rinvia a M. BATTINI, *La mancata Norimberga italiana*, Bari, Laterza 2003, 128 - 147.

⁵³⁷ Le parole di SARTRE sembrano semmai meglio descrivere l'adesione di molti italiani al primo fascismo, vent'anni prima dei fatti qualificati come *collaborazionismo*. Il collaborazionista di SARTRE ricorda infatti piuttosto quella figura che in chiave letteraria è stata tratteggiata da Alberto MORAVIA (e successivamente da Bernardo BERTOLUCCI) col nome di *conformista* (cfr. A. MORAVIA, *Il conformista*, Milano, Bompiani 1951; *Il conformista* di Bernardo BERTOLUCCI, Italia 1970). Inoltre nella stessa opera si può rinvenire la stessa metaforica chiave di lettura della sessualità con riferimento al personaggio protagonista Marcello Clerici. Egli, incapace di sentirsi parte della massa, tenta disperatamente di mischiarsi in essa fino a risultare invisibile. Da un lato è segretamente attratto dalla violenza e dalla forza, dall'altro è caratterizzato da una forte ambiguità sessuale, da tratti quasi femminili ed un'accennata omosessualità, costantemente repressa (esplicitata nella trasposizione cinematografica). Clerici si ritroverà incastrato nella macchina del fascismo, cui aveva aderito con leggerezza, affascinato dall'ordine e dall'omologazione, per poi ritrovarsi ad essere chiamato come sicario per l'omicidio di un dissidente politico in esilio.

Tale trasposizione letteraria non è del tutto incoerente con la lettura del fascismo fornita da Salvatore SATTA nel *De Profundis*. In una dimensione questa volta collettiva e non individuale, l'Autore spiega il fascismo come un fenomeno cui una nazione intera aveva aderito. Si tratta di un'immagine in netta contraddizione con la ricostruzione offerta dalle sinistre, basata su una contrapposizione fra dittatura fascista e Resistenza, quest'ultima spesso sovradimensionata in relazione all'aspetto numerico. Come spiega il filosofo BODEI, nella visione di SATTA "l'uomo tradizionale" italiano (termine che sta per "borghese"): «sorretto e garantito dallo Stato moderno e da Dio, dalla politica e dalla religione, [...] ha poi freddamente perseguito il proprio interesse, travestendo in forma giuridica i rapporti di forza esistenti. Allorché si è sentito minacciato dai

La prospettiva “micro” (sul piano della psicologia individuale) offerta dal filosofo, aiuta a comprendere l’inadeguatezza del termine *collaborazionismo* a spiegare la situazione italiana. Qui infatti vi è un regime al potere dal 1922, che per certi versi ha costituito un riferimento ideologico per il nazismo stesso. Il fascismo ne è stato lo storico alleato, il “brillante secondo” per riprendere l’espressione dello stesso Autore, e nel 1943 esso va a costituire la RSI. Se da un lato questa è uno stato fantoccio⁵³⁸ rispetto all’occupante tedesco più di quanto lo sia la Repubblica di Vichy, dall’altro presenta una significativa autonomia (nei fini, nelle decisioni e nelle modalità) della commissione della violenza, in una logica che unisce il tentativo di riconquista del potere su tutto il territorio (nel lungo periodo) al fine più immediato della vendetta. **In Italia vi è un fenomeno diverso da tutti gli altri casi di occupazione nazista in Europa, dove parti della società hanno collaborato per motivi di**

diseredati, insidiato dalla lotta di classe, si è tuttavia, in Italia, prontamente adeguato al nuovo regime, al fascismo. [...] Alleatosi con il fascismo, l'uomo tradizionale subisce così una metamorfosi: da baco diventa “vampiro”, abbandona la sua morbida corazza difensiva datagli dalle leggi che proteggevano l'individuo proprietario e partecipa allo sfruttamento e all'aggressione diretta degli altri. Serve, apparentemente, lo Stato, ma in realtà pretende di essere servito, vuole continuare ad assicurarsi, oltre che il godimento dei privilegi, anche la soddisfazione dei bisogni elementari, perché “se gli dei della rivoluzione francese avevano sete, gli dei della rivoluzione italiana avevano fame” (p. 72). L'uomo tradizionale si sdoppia in uomo nuovo, sviluppa e affina le sue capacità mimetiche, senza mai rinunciare alla strenua e ininterrotta difesa dei propri interessi. [...] La rinuncia alle libertà garantite dallo Stato prefascista non è dunque per lui molto penosa, in quanto avverte confusamente che quella cui abdica è una libertà soltanto formale, un travestimento degli stessi privilegi di cui chiede il riconoscimento ai «quattro avventurieri», ai quadrumviri del nuovo regime. [...] L'ironia dello Stato fascista consiste nel fatto che nessun regime fu più privatistico, così che, mentre si predicava il primato dell'interesse comune su quello individuale, nella pratica procedeva in direzione diametralmente opposta, tanto che ogni individuo “si apprestava a far le sue vendette annullando idealmente lo Stato”» (Cfr. R. BODEL, *Prefazione*, in SATTA S., *De profundis*, Nuoro, Ilisso 2013, 12; le citazioni interne sono rimandi all’opera di SATTA). Ecco allora che “l’uomo tradizione”, «incapace di elevarsi al di sopra dell’istinto di autoconservazione, privo della capacità di distinguere il bene dal male, ma non di quella di calcolare vantaggi e svantaggi immediati» rinnega il fascismo solo di fronte alla disfatta: «avvertendo i segnali di pericolo, è ora pronto ad abbandonare la nave che affonda, a praticare una seconda abiura, dopo quella compiuta vent’anni prima nell’aderire al regime degli avventurieri: “Quando il servo-padrone lo precipitò nella guerra, dei tre verbi che costituivano il credo eroico - credere, obbedire, combattere - e che per tanto tempo aveva recitato con compunzione, cancellò l’ultimo, e lasciò solo l’eroe, che non se ne accorse” (p. 120)» (*ivi*, 18). Anche SATTA riconosce che l’8 settembre apre uno spazio di libertà: «L’8 settembre offre agli italiani - posti “di fronte al problema dell’esistenza” - un’occasione unica di combattere la sola guerra che abbia senso, quella, appunto, che li induca a lottare “contro l’uomo tradizionale che ciascuno reca con sé” (p. 178)» (*ivi*, 15). Tuttavia, ideologicamente agli antipodi rispetto a SARTRE, SATTA non riconosce un’espressione di slancio libertario e sollevazione nella Resistenza, contemplando invece con atteggiamento catastrofista, la «morte della patria» (*ivi*, 16).

⁵³⁸ Su tale natura dal punto di vista del diritto internazionale, G. VASSALLI, *La collaborazione col tedesco invasore*, cit., 42 e ss.

opportunismo o di rivalità politica⁵³⁹; in Italia si è avuta una guerra civile, che in alcuni momenti sembrò poter diventare anche guerra di classe⁵⁴⁰.

Va riconosciuto che nell'intento del legislatore le tre disposizioni del d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159 avevano un ordine gerarchico e temporale per cui si criminalizzava nell'ordine 1) l'instaurazione del regime fascista; 2) il mantenimento in vita del regime e infine 3) l'attività a fianco dei nazisti durante l'occupazione. Tuttavia da un lato il qualificare quest'ultima solo come *collaborazionismo* e la disapplicazione pratica delle prime due disposizioni dall'altro, hanno portato di fatto a un ridimensionamento dei crimini fascisti. Le conseguenze sul piano simbolico, che trascendono quello delle responsabilità individuali e attengono alla qualificazione delle responsabilità del fascismo in generale, riducono queste ultime al solo aver cooperato con i tedeschi⁵⁴¹.

4.4 L'art. 5 d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159: collaborazionismo

Questa premessa era necessaria, a fronte dell'introduzione generale, già fatta, sulla giustizia di transizione e sul fatto che «in periodi straordinari di disordini politici, il diritto è chiamato a mantenere l'ordine e al tempo stesso a consentire una

⁵³⁹ Ne è una prova anche la quasi trasversalità politica della Resistenza francese, che va dai partigiani comunisti alla destra del generale Charles de Gaulle.

⁵⁴⁰ H. WOLLER afferma: «tra il 1944 e il 1945, in effetti, a nord di Roma si combatterono, per così dire, tre guerre: la seconda guerra mondiale, una sanguinosa guerra civile tra fascisti ed antifascisti e una guerra di classe di proletari, piccoli contadini e braccianti contro il ceto agrario e borghese». Cfr. H. WOLLER, *I conti con il fascismo*, cit., 231.

⁵⁴¹ Ciò sarà la base per la già menzionata *reductio ad unum* da un lato delle responsabilità del fascismo al solo sostegno delle vanità e delle mire imperialistiche di Hitler, dall'altro della responsabilità di tale scelta unicamente alla persona di Benito Mussolini, in aperto contrasto sia con l'apparato fascista che con gli interessi e lo spirito degli italiani; un processo culturale perfettamente delineato in tutte le sue evoluzioni nell'opera F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il buon italiano*, Bari, Laterza 2014. Sul tema cfr. *infra*, Cap. III, § 5.

La questione di come il d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159 “traduca” i fatti in precetti penali e fornisca in questo modo una narrazione degli stessi, apre una riflessione su un tema che questo lavoro non può approfondire, ma che resta tuttavia latente sia in sede di analisi delle disposizioni che puniscono i delitti fascisti, sia in quello dell'amnistia per gli stessi: quello della verità come modo di legiferazione. Ci si riferisce cioè al rapporto fra la verità e la struttura fattuale dell'incriminazione, nel suo ruolo descrittivo. Lo stesso discorso vale di riflesso, tuttavia, per le disposizioni dell'amnistia che descrivono i fatti meritevoli di clemenza. Un punto di partenza per una riflessione sul tema, è fornito da F. PALAZZO, *Verità come metodo di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, in G. FORTI - G. VARRASO - M. CAPUTO (a cura di), «Verità» *del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, Jovene 2014, 99 - 109.

trasformazione»⁵⁴² e quindi anche il diritto e il processo penale, da strumenti di risoluzione dei conflitti, diventano mezzo per la «attuazione di scelte politiche»⁵⁴³. Il rischio degenerativo della giustizia di transizione è infatti quello della “duplicazione dei messaggi”⁵⁴⁴ e di usi simbolici del processo, non più diretto ad accertare la colpevolezza o l’innocenza di un imputato, bensì a lanciare messaggi esemplari alla comunità con un preciso significato politico. Tuttavia ciò diventa degenerazione quando tale fine guida l’operato del giudice, ma la rilevanza politica e pubblicistica del precetto e della sua applicazione in sede transizionale è un dato fisiologico, connesso alla natura stessa di questo tipo di giustizia.

L’art. 5⁵⁴⁵ è dunque la disposizione in cui rientrano le condotte posteriori all’8 settembre⁵⁴⁶; nella fattispecie «fatti di delazione, aiuto economico o assistenza tecnica al nemico, oltre che di sevizie verso partigiani o civili, partecipazione a tribunali speciali della RSI, a deportazioni di ebrei, a rastrellamenti, a incendi o distruzioni al di fuori della necessità bellica, a plotoni di esecuzione uccidendo civili o partigiani, ancor più se in numero superiore alle perdite subite, etc. Tutti fatti ai quali, come già visto, si applicavano le norme e le pene del codice penale militare di guerra»⁵⁴⁷.

L’Alta Corte di giustizia specifica che le nuove disposizioni per la punizione dei delitti fascisti non introducono nuovi delitti con effetto retroattivo e che l’art. 5 in particolare si limita a disciplinare «ipotesi di reato ch’erano già previste negli artt. 241, 242, 243 c.p., 51, 54 e 58 c.p.m.g. e che sono state meglio specificate per

⁵⁴² R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 150.

⁵⁴³ Così E. FRONZA, *Diritto penale del nemico*, cit., 378.

⁵⁴⁴ Al riguardo, E. FRONZA, *Diritto penale del nemico e giustizia penale internazionale*, cit.

⁵⁴⁵ «Chiunque, posteriormente all’8 settembre 1943, abbia commesso o commetta delitti contro la fedeltà e la difesa militare dello Stato, con qualunque forma di intelligenza o corrispondenza o collaborazione col tedesco invasore, di aiuto o di assistenza ad esso prestata, è punito a norma delle disposizioni del Codice penale militare di guerra.

Le pene stabilite per i militari sono applicate anche ai non militari.

I militari saranno giudicati dai Tribunali militari, i non militari dai giudici ordinari».

⁵⁴⁶ Secondo BATTAGLIA, «nessuna sanzione penale venne accolta con maggior favore dalla stragrande maggioranza degli italiani [...] l’Italia condannò, allora, in blocco e senza attenuanti, tutti i collaborazionisti [...] Il legislatore obbedì a questa esigenza del paese» (cfr. A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 84-86)

⁵⁴⁷ Cfr. M. DONINI, “La gestione penale...”, cit., 204.

adeguarle alle esigenze attuali»⁵⁴⁸. Al tempo stesso però essa chiariva che in ogni caso «l'efficacia della legge in ordine al tempo è materia che rientra nel potere discrezionale del legislatore»⁵⁴⁹. Le considerazioni dell'Alta Corte possono dirsi corrette per quanto riguarda il primo comma⁵⁵⁰; ben diversa è invece l'efficacia del secondo comma, che estende anche ai civili alcune fattispecie che fino ad allora erano state considerate proprie dei soli militari. E' stato evidenziato come, se si può escludere che si possa parlare di retroattività in senso politico⁵⁵¹, a livello giuridico invece l'estensione è retroattiva⁵⁵². Va tuttavia riconosciuto che a tale nuova incriminazione non corrispose un'estensione della punibilità, in quanto tutte le condotte commesse dai civili sarebbero state in ogni caso penalmente rilevanti, ma

⁵⁴⁸ Cfr. Alta Corte di giustizia, 14 ottobre 1944, *Azzolini*, in *Giustizia penale*, 1945, II, 44 e ss.

⁵⁴⁹ Cfr. Alta Corte di giustizia, 15 luglio 1945, *Raimondi*. Prima dell'avvento della Costituzione infatti il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, era sancito dalla legge ordinaria all'art. 1 c.p.; il problema si è reso attuale dopo l'entrata in vigore dell'art. 25 Cost.

⁵⁵⁰ Avendo «semmai, nei riguardi dei militari [...] l'effetto di eliminare ogni dubbio interpretativo sulla natura dello stato nemico fin dall'8-IX-1943 e di estendere a tutto il territorio italiano la caratteristica dello stato di guerra» (cfr. P. BARILE - U. DE SIERVO, "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", cit., 547).

⁵⁵¹ «Ad ogni persona che avesse un minimo di discernimento doveva apparire evidente la frattura prodottasi nel territorio occupato dai tedeschi dopo l'8 settembre» (G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 15) ed inoltre sotto il nome di *collaborazionismo* sono stati sussunti «reati che [...] presentavano una tale ricchezza di contenuto materiale criminoso, da costituire molte volte esempio della più efferata delinquenza comune» (*ivi*, 15).

⁵⁵² L'Alta Corte di giustizia ha affermato che gli elementi di novità sono tre:

- 1) l'estensione ai civili;
- 2) la definizione come nemico del tedesco invasore;
- 3) l'applicazione ai fatti successivi all'8 settembre (in questo senso Alta Corte di giustizia, 13 luglio 1945, *Ferlito*).

Sulla contestazione del carattere retroattivo di tali due ulteriori elementi, G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 17 e ss. L'Autore riconosce anche il carattere retroattivo delle presunzioni introdotte dal d.lgs.lt. 22 aprile 1945, n. 142, affermando tuttavia che tale retroattività 1) è la retroattività di una legge che introduce una pena più mite; 2) si riferisce solo ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore dell'art. 5 d.lgs.lt. 27 luglio 1944, n. 159, che li rendeva già punibili. Sui problemi relativi alla qualificazione del tedesco invasore come nemico, *ivi*, 106. Sul soggetto attivo del reato, *ivi*, 108 e ss. «Il fine, e l'effetto caratteristico insieme della formulazione legislativa in questione non può essere ritenuto altro che questo: stabilire che tutte le ipotesi dei codici penali militari relative ai delitti contro la fedeltà e la difesa militare dello Stato [...] sono applicabili anche nei confronti della collaborazione prestata al nemico *occupante*» (cfr. *ivi*, 119).

sanzionate con pene meno gravi ovvero sarebbe stato applicabile un maggior numero di attenuanti⁵⁵³.

La disposizione opera un rinvio al Codice penale militare di guerra, in particolare ai delitti contro la fedeltà e la difesa militare dello Stato⁵⁵⁴. Non si tratta solo di un rinvio *quoad poenam*, bensì con riferimento sia al sistema punitivo, sia agli estremi costitutivi dei reati di *collaborazionismo*, sia infine ai principi del Codice

⁵⁵³ *Ivi*, 22, anche per diversi esempi. Un esempio in senso contrario è tuttavia quello del reato di cui all'art. 242 c.p. (*Cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano*), se esso si ritenga astrattamente applicabile ai diversi gruppi militari o paramilitari della RSI. Esso prevede, in relazione all'art. 77 c.2. c.p.m.p. (*Alto tradimento da parte del militare*), la pena capitale per il militare che porta le armi contro lo Stato o presta servizio nelle forze armate di uno Stato in guerra contro lo Stato italiano. Prevede invece l'ergastolo per il civile (pena capitale se esercita comando superiore o funzione direttiva). Si è tuttavia ritenuto che la previsione *ad hoc* dell'art. 5 escludesse l'applicazione della norma del Codice penale, con la conseguenza che l'aver appartenuto alle forze armate della RSI o alle brigate nere è stato giudicato fatto non costituente reato. Ciò è spiegato da VASSALLI sia in base a una logica politica (impossibilità di fucilare un numero così grande di italiani) sia in base ad una legislativa (l'introduzione, all'art. 1 cc. 3 e 4 d.lgs.lt. 22 aprile 1945, n. 142, delle presunzioni di collaborazionismo punite con reclusione da dieci a vent'anni, fra cui quella per gli ufficiali superiori in formazioni di camice nero della RSI; in questo modo si è ritenuta espressamente esclusa l'applicabilità dell'altra norma) (*ivi*, 24 - 27). Lo stesso Autore esclude in ogni caso che la norma si potesse applicare nei confronti di chi abbia combattuto contro gli Alleati (non essendo né l'art. 242 c.p. richiamato dal 268 c.p., né il 77 c.p.m.p. dal 101 c.p.m.p. in tema di parificazione degli Stati alleati a quello italiano in riferimento ad alcuni delitti), mentre rimarrebbe in astratto applicabile solamente a coloro che, dopo l'8 settembre, abbiano prestato servizio nelle forze armate tedesche portando le armi contro lo Stato italiano (*ivi*, 96). Lo storico FRANZINELLI ritiene invece che, in luogo dell'introduzione di un reato *ad hoc* di *collaborazionismo*, sarebbe bastata l'applicazione dell'art. 286 c.p. (*Guerra civile*), che punisce con la pena capitale chiunque (militare o civile) «commette un fatto diretto a suscitare la guerra civile nel territorio dello Stato» (M. FRANZINELLI, *L'Amnistia Togliatti*, cit., 28). Tale norma non è tuttavia richiamata né dall'art. 5, né, a differenza dell'art. 242 c.p., dall'art. 77 c.p.m.p. Anche VASSALLI ritiene che, in astratto, la fattispecie di cui all'art. 286 c.p., così come quelle ex artt. 283 (*Attentato contro la costituzione dello Stato*) e 287 (*Usurpazione di potere politico e di comando militare*) c.p., ben si attaglierebbero al contesto dell'occupazione tedesca, in cui invece dev'essere esclusa l'applicabilità degli artt. 284 (*Insurrezione armata contro i poteri dello Stato*) e 289 (*Attentato contro gli organi costituzionali*) c.p. a causa della mancata presenza degli organi supremi dello Stato nel territorio invaso (G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 94). Egli tuttavia sostiene che, non essendo l'art. 286 c.p. richiamato né dall'art. 77 c.p.m.p. (cosa che avrebbe consentito un triplice rinvio dall'art. 5), né dall'art. 1 cc. 3 e 4 d.lgs.lt. 22 aprile 1945, n. 142, l'applicabilità dell'art. 286 c.p. debba essere esclusa (*ivi*, 95).

⁵⁵⁴ Il successivo art. 1 cc. 3 e 4 d.lgs.lt. 22 aprile 1945, n. 142 indicherà espressamente gli artt. 51 (*Aiuto al nemico*), 52 (*Nocimento alle operazioni militari*), 53 (*Servizio di pilota o guida per il nemico*), 54 (*Intelligenze o corrispondenze con il nemico*), 58 (*Aiuto al nemico nei suoi disegni politici*) c.p.m.g.; per un'analisi dettagliata dell'oggetto di tali reati si rinvia a G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., in particolare per l'art. 51 c.p.m.g. *ivi*, 120 - 146; per l'art. 54 c.p.m.g. *ivi* 146 - 163; per l'art. 58 c.p.m.g. *ivi*, 163 - 171.

stesso⁵⁵⁵ e alle altre norme che siano applicabili alle materie da quest'ultimo disciplinate⁵⁵⁶. Tale interpretazione è stata confermata dall'Alta Corte di giustizia, che ha qualificato l'art. 5 come "norma penale in bianco"⁵⁵⁷, operando esso un rinvio ricettizio dell'intera norma incriminatrice, sia nella parte precettiva che in quella sanzionatoria⁵⁵⁸. Tale interpretazione non è tuttavia unanimemente accolta in dottrina⁵⁵⁹.

La principale questione applicativa è stata tuttavia posta dall'art. 1 cc. 3 e 4 d.lgs.lt. 22 aprile 1945, n. 142, che introduce delle presunzioni di sussistenza del reato di collaborazionismo in capo a chi abbia esercitato alcune rilevanti funzioni all'interno dell'apparato della RSI⁵⁶⁰. Non si tratta quindi di nuove forme di

⁵⁵⁵ Ad esempio la già menzionata attenuante ex art. 26 c.p.m.g. (*Diminuzione di pena per gravi lesioni riportate o per atti di valore militare*). Non sarà qui analizzato il tema del rapporto fra il collaborazionismo e le circostanze, per il quale si rimanda a G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 392 - 414.

⁵⁵⁶ *Ivi*, cit., 69. Ad esempio l'art. 47 c.p.m.g. dispone che nei casi non preveduti dal Codice si applicano le disposizioni del c.p.m.p. aumentando da un sesto a un terzo (fino alla metà nei casi più gravi) le pene detentive temporanee ivi stabilite (in particolare si tratterà del Titolo I Libro II c.p.m.p., relativo ai *Reati contro la fedeltà e la difesa militare*). In questo caso opera quindi un duplice rinvio dall'art. 5 al c.p.m.g. e da quest'ultimo al c.p.m.p. (*ivi*, 86). Tale duplice rinvio opera tuttavia solo ove espressamente previsto, mentre, in mancanza, prevalgono le norme del c.p.m.g. in virtù del principio di specialità ex art. 15 c.p. (con conseguente inapplicabilità di norme quali gli artt. 84, 88 e 89 c.p.m.p. sull'intelligenza militare con lo straniero, nonché degli artt. 247 e ss. c.p., che prevedono varie forme di favoreggiamento bellico, salvi i casi in cui la norma comune si estenda a ipotesi non disciplinate dalla norma speciale del c.p.m.g.; per esempi relativi al rapporto fra art. 265 c.p. e 58 c.p.m.g., *ivi*, 105).

⁵⁵⁷ Espressamente in questo senso Alta Corte di giustizia, 14 ottobre 1944, *Azzolini*, in *Giustizia penale*, 1945, II, 44 e ss.

⁵⁵⁸ G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 70.

⁵⁵⁹ VASSALLI (*ivi*, 71) la contesta e parla invece di "norma giuridica complessa", in quanto, a seconda degli aspetti, è

- 1) norma solamente interpretativa (come quanto definisce quale nemico l'invasore tedesco);
- 2) norma incriminatrice di estensione (come nel caso dell'estensione ai civili);
- 3) norma di rinvio (come quando rende applicabili le norme contenute nel c.p.m.g.)
- 4) precetto di interpretazione autentica (come quando, usando l'espressione «qualunque forma di intelligenza o corrispondenza o collaborazione [...] o di aiuto o assistenza», impone un'interpretazione estensiva delle norme penali cui fa rinvio, richiedendo così di considerare come un unico reato di *collaborazionismo* una serie indefinita di fatti che altrimenti, sulla base del Codice, costituirebbero altrettanti distinti reati contro la fedeltà e la difesa militare dello Stato; ciò costituisce, secondo l'Autore, l'aspetto più importante della norma).

⁵⁶⁰ «Si considera in ogni caso che abbiano collaborato col tedesco invasore, o che gli abbiano prestato aiuto od assistenza, coloro che hanno rivestito una delle seguenti cariche o svolto una delle seguenti attività, successivamente all'instaurazione della cosiddetta repubblica sociale italiana:

collaborazione, ma solo di presunzioni legali di responsabilità⁵⁶¹. La natura di queste ultime è stata oggetto di dibattito. Inizialmente, sia la sezione milanese che la Cassazione romana sostengono trattarsi di presunzioni *juris et de jure*, con disapprovazione della dottrina, che parla di «eresia giuridica»⁵⁶². A tali critiche, basate su motivazioni differenti, si aggiunge la necessità pratica di trattare i casi di «doppio gioco»⁵⁶³, che fa venire meno il requisito necessario del dolo specifico (e

-
- 1) ministri o sottosegretari di stato del sedicente governo della repubblica sociale italiana o cariche direttive di carattere nazionale nel partito fascista repubblicano;
 - 2) presidenti o membri del tribunale speciale per la difesa dello Stato o dei tribunali straordinari istituiti dal predetto governo ovvero vi abbiano sostenuto la pubblica accusa;
 - 3) capi di provincia o segretari o commissari federali od altre equivalenti;
 - 4) direttori di giornali politici;
 - 5) ufficiali superiori in formazioni di camicie nere con funzioni politico-militari.

Coloro che, nelle cariche e funzioni sopra elencate, hanno assunto più gravi responsabilità e, in ogni caso, coloro che hanno ricoperto le cariche o esplicato le funzioni indicate nei numeri 1 e 2 del comma precedente sono puniti con le pene stabilite dagli articoli 51 e 54 del Codice penale militare di guerra; negli altri casi, si applica l'art. 58 del Codice stesso».

Per un'analisi dettagliata delle 5 categorie e dei problemi interpretativi, G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 253 - 283. Per un'indagine sulle categorie non contemplate in tale elenco, *ivi*, 283 - 320. L'ultimo comma, in riferimento alle ipotesi delle «più gravi responsabilità» fuoriesce dal campo delle presunzioni e impone al giudice un'indagine specifica. La Cassazione si è dimostrata oscillante se ritenere o meno tale ipotesi un'aggravante. Si veda *ivi*, 245 - 253.

⁵⁶¹ In questo senso *ivi*, 68. Ad ogni modo esse non esimono il giudice «dal dovere di esaminare quale, tra le norme che la legge alternativamente indica come di obbligatoria applicazione al caso, sia quella che al caso stesso meglio si attaglia» (cfr. *ivi*, 73). Ciò ha trovato anche riscontro nella giurisprudenza di merito, che ha ritenuto anzi scorretto in generale condannare per *collaborazionismo*, in quanto «la legge non ha creato, in aggiunta ai delitti contro la fedeltà e la difesa militare dello Stato, una nuova figura di reato: quella di collaborazionismo. I fatti di collaborazione col tedesco invasore vanno assunti sotto le varie figure di reati contro la fedeltà e la difesa militare dello Stato» (cfr. Corte d'Assise di Ivrea, 6 giugno 1945; nello stesso senso Corte d'Assise di Venezia, 13 giugno 1945, ma anche Alta Corte di giustizia, 13 luglio 1945, *Ferlito*).

⁵⁶² Cfr. V. MANZINI, «Presunzione relativa», in *Rivista Penale*, 1946, 306 e ss., 306; si veda anche B. PETROCELLI, «Necessità di valutare il comportamento per la determinazione della norma violata», *ivi*, 291 e ss.; S. OTTOLENGHI, «Collaborazione presunta e responsabilità obiettiva», in *Rivista Penale*, 1947, 923 e ss.; R. SALTELLI, «In tema di collaborazione presunta», *ivi*, 484 e ss.; G. BETTIOL, «La presunzione di colpevolezza stabilita dall'art. 1 D. Lg. Lt. 22 aprile 1945, n. 142: eccezione alla regola «in dubio pro reo», in *Rivista Penale*, 1947, 297 e ss.; P. NUVOLONE, «Il collaborazionismo punibile», in *Critica Penale*, 1946, 19 e ss.; P. NUVOLONE, «Tribunali straordinari di guerra e collaborazionismo presunto», in *Giurisprudenza italiana*, 1946, 29 e ss.; A. MALINVERNI, «Natura e limiti della collaborazione presunta», in *Giurisprudenza italiana*, 1946, 7 e ss. A. MALINVERNI, «Gli elementi essenziali del reato di collaborazionismo», *ivi*, 9 e ss.; R. LUZZANI, «L'esclusione del delitto di collaborazione presunta per esclusione dell'elemento psicologico», in *Rivista Penale*, 1946, 272 e ss.; G. BERNIERI, «Sulla presunzione di collaborazionismo», in *Archivio Penale*, 1946, 227 e ss.; R. PANNAIN, «Sulla presunzione di cui all'art. 1 D. L. Lt. 22 aprile 1945, n. 142», *ivi*, 29 e ss.; P. MIRTO, *Collaborazionismo presunto*, in *Giustizia penale*, 1946, 677 e ss..

quindi la rilevanza penale della condotta dell'agente) solo nel caso in cui le presunzioni si considerino *iuris tantum*. Ciò porta ben presto la Cassazione ad una serie di temperamenti⁵⁶⁴, mentre parte della giurisprudenza di merito inizia già a modificare il proprio orientamento circa la natura delle presunzioni in parola⁵⁶⁵. Tale via non viene invece seguita apertamente dalla Cassazione, la quale formalmente continua a ribadire a lungo il carattere assoluto della presunzione. Nella sostanza però si procede ad una demolizione pezzo per pezzo delle ipotesi di *collaborazionismo*. Proprio per questo, quando alla fine anche la Cassazione accetta il carattere relativo delle presunzioni⁵⁶⁶, «la cosa avrà un impatto limitato poiché dell'originaria legge sarà rimasto ben poco»⁵⁶⁷. L'effetto sarà quindi solo quello di annullare le precedenti condanne.

L'applicazione pratica delle presunzioni potrebbe costituire un esempio della «parabola attraverso cui passò in generale il fallimento sostanziale delle sanzioni contro il fascismo»⁵⁶⁸. Oltre alla carica ricoperta, si richiede la prova di un rapporto di «stretta amministrazione»⁵⁶⁹, nonché dell'effettivo esercizio di «funzioni [...] inerenti alle cariche»⁵⁷⁰. Ciò porta ad escludere, da un punto di vista oggettivo, che

⁵⁶³ Si fa riferimento a coloro che abbiano esercitato il loro ufficio non soltanto senza vantaggio per il nemico, ma con il fine esattamente opposto di contrastarne l'attività.

⁵⁶⁴ Per i riferimenti si rimanda a G. VASSALLI, «Guardia nazionale repubblicana e presunzioni di collaborazione col tedesco invasore», in *Giustizia Penale*, 1946, 87 e ss.

⁵⁶⁵ La prima sentenza (Corte d'Assise di Como, 29 novembre 1945, *Petazzi*) è relativa a un avvocato che, in pieno accordo con il CLNAI, era riuscito a farsi nominare pubblico accusatore del Tribunale Speciale della Lombardia e in tale veste, senza mai aver sostenuto un'accusa, aveva provocato una serie di scarcerazioni e aveva portato continuo conforto ai detenuti politici; in seguito si veda Corte d'Assise di Cremona, 24 gennaio 1946; Corte d'Assise Forlì, 30 gennaio 1946 etc.

⁵⁶⁶ Si veda Cass., 3 settembre 1946, *Gibilario*.

⁵⁶⁷ Cfr. P. BARILE - U. DE SIERVO, «Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo», cit., 548.

⁵⁶⁸ «Da una parte la classe politica, rendendosi conto di come fosse assolutamente impossibile colpire ogni responsabilità individuale, cerca di concentrare le sanzioni sulla classe politica e militare del fascismo, ma lo fa in termini talmente ambigui da rischiare di colpire anche degli innocenti; dall'altra una opinione pubblica ed una magistratura che, sia per sanare almeno in parte alcune oggettive pericolosità della norma, sia forse per una inconscia volontà di non accettare sostanzialmente le nuove leggi, le svuotano progressivamente attraverso interpretazioni sempre più restrittive» (cfr. *ivi*, 548-549).

⁵⁶⁹ Cass., 15 giugno 1945, *Riva*; Cass., 27 luglio 1945, *Pasca*; Cass., 1 agosto 1945, *Mezzadra*; Cass., 13 agosto 1945, *Sciabica*.

⁵⁷⁰ Cass., 24 febbraio 1947, *Porta*; Cass., 9 gennaio 1947, *Barzagli*.

costituisca reato l'adesione alle forze armate della RSI e di altri importanti cariche⁵⁷¹. Tuttavia il maggior numero di assoluzioni ha luogo sulla base della mancanza di elemento soggettivo. Tale mancanza si fonda su indizi, spesso minimi, che provino che, a prescindere dalla carica formalmente ricoperta, l'imputato abbia «svolto la propria attività in opposizione ai nazifascisti»⁵⁷². La maggior parte dei delitti di collaborazione prevede infatti l'elemento soggettivo del dolo specifico; nella fattispecie gli artt. 51, 54, 58 e 59 c.p.m.g. esigono il fine di favorire il nemico (tale fine è declinato ancora più specificamente all'art. 51 c.p.m.g. quale fine di favorire le operazioni militari del nemico e all'art. 58 c.p.m.g. quale fine di favorirne i disegni politici)⁵⁷³. La conseguenza è che «da quel momento non vi fu più un imputato di collaborazionismo che non si vantasse di aver salvato qualche partigiano e di aver conquistato benemerenzze nella lotta per la liberazione. Si trovarono sempre testimoni compiacenti [...] e si fabbricarono su grande scala [...] falsi “brevetti di partigiano”»⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ Cass., 13 luglio 1943, *Ferlito*; Cass., 20 luglio 1945, *Sassi*; Cass., 3 agosto 1945, *Vinciguerra*; Cass., 28 febbraio 1946, *Lampo*; Cass., 31 gennaio 1946, *Beltrame*; Cass., 9 dicembre 1946, *Bergamasco*; Cass., 25 febbraio 1949, *Signori*. Fra le altre cariche, anche l'aver comandato una divisione in Germania per la preparazione tecnica dei soldati (Cass., 10 dicembre 1946) o l'aver fatto parte dei reparti della Guardia Nazionale Repubblicana, in quanto polizia interna, anche se gli imputati avevano partecipato alla lotta antipartigiana (Cass., 7 dicembre 1949, *Ricci*).

⁵⁷² Cass., 24 aprile 1947, *Pisenti*; Cass., 9 gennaio 1950, *Zaccherini* e molti altri.

⁵⁷³ Il dolo specifico non è richiesto solo in ipotesi minori e di scarsa rilevanza (artt. 52, 71, 74); sul tema G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 386; A. MALINVERNI, “Il dolo specifico nei reati di collaborazionismo”, in *Giurisprudenza italiana*, 1946, II. Sulla possibile rilevanza dell'errore su norma extrapenale in relazione alla qualità di nemico derivante ai tedeschi dallo stato di guerra, P. NUVOLONE, “Il collaborazionismo punibile”, cit., 81.

⁵⁷⁴ Cfr. A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 88. Commenta GALANTE GARRONE che se «una doverosa moderazione si imponeva all'interprete, nel giudicare la triste ma insopprimibile realtà dei venti mesi della dominazione tedesca: perché troppo grave e ingiusto sarebbe stato lo sconvolgimento, se tutti i “collaboratori” - anche i pavidetti e i vili, non soltanto i traditori e gli oppressori - fossero stati raggiunti e colpiti dall'inesorabile sanzione [...], la giusta moderazione oltrepassò il segno [...] Quale prefetto non riuscì a provare di avere agito, magari per un'ora soltanto in venti lunghissimi mesi di terrore, in contrasto con i doveri imposti dall'alleanza con i camerati tedeschi? Quale giudice trovò difficile dimostrare di aver accolto una raccomandazione e di aver salvato un partigiano dal plotone di esecuzione? [...] Fu sufficiente dimostrare che l'esercizio della carica non era stato normale [...] che sotto la superficie della collaborazione aveva pulsato un opposto proposito» [cfr. C. GALANTE GARRONE, “Guerra di Liberazione (dalle galere)”, cit., 1045 - 1047]. La Cassazione ha precisato che non è richiesto che tale proposito opposto vada provato con prove specifiche e dirette, potendo essere desunto dalla comportamento complessivo del soggetto (Cass., 25 ottobre 1946, *Cocchi*).

Quanto al concorso con i reati comuni⁵⁷⁵, si afferma l'indirizzo per cui, ad esempio affinché per una condotta di delazione si riconosca il concorso con il reato di omicidio, occorre la prova rigorosa della «sussistenza della volontà dell'avvenimento di quest'ultimo evento accanto a quella di provocare la cattura del partigiano da parte del nemico»⁵⁷⁶. Non si ritiene che tale volontà si possa dedurre dalla condotta di *collaborazionismo* e dai bandi militari affissi. Ciò viene escluso anche per le squadre di rastrellatori, nel caso in cui i partigiani uccisi abbiano prima sparato dei colpi in aria, determinando così una sparatoria, in cui poi si sono trovati uccisi⁵⁷⁷.

Quanto alle scriminanti ritenute applicabili⁵⁷⁸, ci si limita qui ad evidenziare come si esclude l'operatività della scriminante dell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica e dell'ordine del superiore (art. 51 c.p. e il corrispondente art. 40 c.p.m.p.). Ciò avviene per un duplice ordine di ragioni: da un lato sulla base dell'illegittimità del governo della RSI e quindi delle norme giuridiche da essa emanate e degli ordini impartiti dalle sue autorità; dall'altro sulla base del fatto che «il vincolo di subordinazione gerarchica, nel quale l'ordine si inseriva, era stato volontariamente e spontaneamente assunto, con la conoscenza di entrare in un

⁵⁷⁵ Sul passaggio operato dalla Cassazione dall' dall'orientamento iniziale (tesi del concorso apparente di norme e quindi dell'assorbimento nell'art. 5 sia dell'omicidio che delle lesioni e del furto) alla tesi del concorso formale, G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 337 - 340.

⁵⁷⁶ Corte d'Assise di Lucca, 5 maggio 1948, *Valeri*; Corte d'Assise di Lucca, 1 luglio 1947, *Creati*; Cass., 16 novembre 1946, *Cagliari*; Cass., 30 ottobre 1947, *Maragoni*.

⁵⁷⁷ Cass., 27 febbraio 1947, *Aratano*. Si tratta di un elenco esemplificativo, per ulteriori esempi C. GALANTE GARRONE, "Guerra di Liberazione (dalle galere)", cit., 1050. Si segnala in particolare il caso di un questore che aveva compilato liste di deportati in Germania. La Cassazione affermò: «si sa solo che l'imputato rimise elenchi di italiani da inviare in Germania, ma si ignora se egli abbia eseguito opere efficienti di ricerca, ovvero siasi limitato al lavoro puramente materiale di segnare negli elenchi i nomi di persone che, impressionate dalle minacce dei nazifascisti, si recavano in questura per dare i loro nomi, lavoro in cui non vi sarebbe una collaborazione punibile» (cfr. Cass., 12 luglio 1945, *Farulli*, ma anche Cass., 5 aprile 1946, *Degli Orti*). Ancora si evidenziano i molti casi di rastrellamenti in cui si sostenne che l'azione non era sufficientemente precisata nello scopo (Cass., 6 febbraio 1946, *Maccarone*) o ancora, essendo l'imputato entrato a far parte di un corpo non militare, la partecipazione a un rastrellamento fosse stata casuale e non prevedibile (Cass., 10 settembre 1945, *Canin*).

⁵⁷⁸ Per un'analisi completa, si rimanda a G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 341 - 382, in particolare per le seguenti scriminanti: esercizio di un diritto (*ivi*, 341), adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica (*ivi*, 350), esecuzione di un ordine dell'autorità (*ivi*, 356), legittima difesa (*ivi*, 369), (*ivi*, 341), stato di necessità (*ivi*, 371), necessità militare (*ivi*, 375), costringimento fisico o forza maggiore (*ivi*, 381).

corpo d'appartenenza al quale notoriamente esponeva all'esecuzione di ordini delittuosi - ed inoltre - il fatto commesso in esecuzione dell'ordine dell'autorità legittima costituiva manifestamente reato»⁵⁷⁹. E' un atteggiamento conforme alle norme vigenti e che trova un netto contrasto nella giurisprudenza dei tribunali militari con riferimento ai crimini commessi dai tedeschi. Si è infatti già esposto⁵⁸⁰ come nella prima fase repressiva (sino al 1960), proprio sulla base di una ritenuta valenza sempre scriminante dell'ordine del superiore, siano stati portati a giudizio esclusivamente pochi superiori, anche con riferimento alle stragi numericamente più rilevanti. Si tratta evidentemente di una distanza fra il sentire della giurisprudenza ordinaria e quello della magistratura (requirente e giudicante) militare dell'epoca, che conferma la tesi per cui la competenza dei tribunali militari in contesti transizionali può essere veicolo di impunità dovuta a corporativismo (c.d. *esprit de corps*)⁵⁸¹. Ciò anche quando, come nel caso italiano, i militari giudicati appartengono all'esercito nemico.

⁵⁷⁹ Alta Corte di giustizia, 21 settembre 1944, *Caruso e Occhetto*; Cass., sez. sp., 18 giugno 1945, *Caffero et al.*, in *Foro penale*, 1946, 254 e ss.; in tal senso anche Cass., 12 luglio 1945, *Politi*; Cass., 6 luglio 1945, *Boselli e Zillochi*; Cass., 7 luglio 1945, *Caiani e Gandolfi*; Cass., 14 luglio 1945, *Botti*; Cass. 18 luglio 1945, *Benati*; Cass., 6 agosto 1945, *Tartarotti et al.*; Cass., 8 agosto 1945, *Zordan*; Cass., 14 agosto 1945, *Guiotto et al.*; Cass., 31 agosto 1945, *Coassin et al.*; Cass., 3 settembre 1945, *Natili*; Cass., 17 settembre 1945, *Spiotta*; Cass., 5 settembre 1945, *Bettella*; Cass., 5 ottobre 1945, *Lodini*; Cass., 22 ottobre 1945, *Lanciano et al.*; Cass., 26 ottobre 1945, *Marnetto*; Cass., 29 ottobre 1945, *Curassi et al.*; Cass., sez. II, 27 febbraio 1946, *Palazzolo et al.*; Cass., 17 aprile 1946, *Salvagno et al.*; Cass., 14 gennaio 1946, *Stornelli*; Cass., 24 gennaio 1946, *Santachiara*. Quanto invece alla qualificazione come illegittimo dell'ordine proveniente dall'autorità tedesca occupante, si veda Cass., 10 settembre 1945, *Camin*, che ha riconosciuto la piena sindacabilità dell'ordine da parte del sottoposto, quando l'ordine del superiore concerna l'infrazione di ingiustificati maltrattamenti e di sevizie su detenuti e internati. Per un commento a tale giurisprudenza, P. NUVOLONE, "Il rapporto di dipendenza gerarchica nei reati di collaborazionismo", in *Giustizia penale*, 1946, 213 e ss.; G. VASSALLI, *La collaborazione*, cit., 350 - 369, L'esclusione del carattere vincolante dell'ordine deriva quindi da due motivazioni:

- 1) il limite della manifesta delittuosità del fatto;
- 2) l'assunzione volontaria del rapporto di subordinazione gerarchica: «è ovvio che se l'agente entrò volontariamente in una formazione neofascista alla quale prima dell'8 settembre 1943 non apparteneva [...] o in altro rapporto di dipendenza con un ufficio la appartenenza al quale lo esponeva a commettere reati, egli non potrà in nessun modo invocare, per le attività compiute come appartenente a tale formazione o a tale ufficio, la esimente dell'esecuzione di un ordine dell'autorità. Il problema si risolve qui in quello della conoscenza della legge, sì che l'assunzione volontaria del vincolo vale a rendere punibili tutti i reati dell'agente commessi, non soltanto cioè gli eccessi e i delitti comuni, ma anche il collaborazionismo di per sé stesso, diremmo nelle forme più semplici», quindi anche oltre l'insieme più stretto dei fatti manifestamente delittuosi (*ivi*, 365).

⁵⁸⁰ Cfr. *supra*, Cap. I, § 6.2.1.

⁵⁸¹ Si veda K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, cit., 191.

5. L'ammnistia Togliatti

Il percorso fin qui compiuto ci ha via via svelato il contesto complessivo, politico e giuridico, e ci mostra le ragioni dietro quell'apparente "contraddizione della storia"⁵⁸², quale appare l'*ammnistia Togliatti*. Del resto una stravaganza politica mal si concilierebbe con la figura dello statista Togliatti⁵⁸³. Egli ci viene infatti

⁵⁸² Espressione già richiamata di U. ECO, *Numero Zero*, cit., 40.

⁵⁸³ Anche nell'immaginario popolare, Togliatti è figura iconica, per certi versi incarnazione del partito di cui fu tra i fondatori e di cui fu segretario dal 1927 sino alla morte nel 1964 (si pensi solo alla celebrazione dei suoi funerali nel quadro *I funerali di Togliatti* di Renato Guttuso e nella pellicola *Uccellacci e uccellini*, di Pier Paolo Pasolini, Italia 1966). Si è già detto che Togliatti fu portatore di scelte forti, anche in aperto contrasto con buona parte del suo partito, a cominciare dalla *Svolta di Salerno*, per poi proseguire con l'ammnistia, in seguito all'adozione della quale si dimise, al fine di assumersene su di sé la responsabilità (per le proteste dei partigiani e dell'opinione pubblica dopo l'adozione dell'ammnistia, M. FRANZINELLI, *L'ammnistia Togliatti*, cit., 98 e ss.; per quelle della base del PCI, *ivi*, 111 e ss.; per la reazione degli altri partiti, *ivi*, 125 e ss.). In questa fase, la posizione di Togliatti risulta decisamente meno rivoluzionaria di quella dei socialisti di Nenni (si veda M. CAPRARA, *L'inchostro verde di Togliatti*, cit., 81) e caratterizzata dal fine di individuare uno spazio e un potere contrattuale per il PCI nel nuovo regime democratico. Togliatti fu anche uomo di indubbia fedeltà all'URSS di Stalin, uno dei pochi segretari comunisti a mantenere così a lungo il suo ruolo. Proprio perché il suo pragmatismo nel rapportarsi con il potere si tradusse, in ambito sovietico, nell'assenza di qualsiasi dissenso verso lo stalinismo, Togliatti fu accusato da Antonio Gramsci di avere «una mentalità conservatrice da destra hegeliana». Egli ribatteva di sforzarsi di «non varcare mai una soglia critica fra noi e Stalin» sia al fine di garantire la propria l'incolumità, che quella del partito, ossia per consentire lo spazio per una via italiana al socialismo (*ivi*, 186; si veda anche *ivi*, 226, nonché S. MALATESTA, "Ora vi spiego lo stalinismo di Togliatti", in *La Repubblica*, 23 febbraio 1988, disponibile al seguente link:

<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1988/02/23/ora-vi-spiego-lo-stalinismo-di-togliatti.html>).

Nell'immaginario popolare Togliatti resta una figura di grande statista, legata anche al momento iconico del suo attentato, ovvero alla parentesi "di costume" della storia d'amore con Nilde Iotti. Quanto alla storiografia, essa risulta essere stata per certi aspetti generosa, omettendo l'approfondimento su alcuni aspetti della sua carriera, la cui messa in luce in effetti avrebbe messo in discussione la posizione dell'intero PCI rispetto allo stalinismo ed ai suoi crimini efferati. Ancora davvero poco studiato è infatti il ruolo diretto di Togliatti all'interno del sistema delle purghe staliniane. Non si fa qui riferimento ad una possibile corresponsabilità politica generale, quanto piuttosto al ruolo ricoperto da Togliatti durante la Guerra di Spagna in qualità di consigliere della dirigenza comunista spagnola e istruttore del *Comintern*. Si allude in particolare all'eliminazione di molti dirigenti anarco-sindacalisti e dei filotrotskisti del *Partido Obrero de Unificación Marxista* (POUM) ad opera dei membri del *Narodnyj komissariat vnutrennich del* (NKVD) su ordini sovietici. Ciò avvenne fino al ritiro del sostegno dell'URSS ai combattenti repubblicani spagnoli e con il fine di evitare una guerra con la Germania nazista, in una logica di cooperazione di fatto, che sarà preludio del patto Molotov-Ribbentrop del 1939. Un breve resoconto è presente in G. BIANCO, "Togliatti in Spagna", in *Tempo Presente*, Vol. XI, 1964, 47 e ss.; si veda anche P. CACUCCI, *Tina*, Milano, Feltrinelli, 2011, 149). Il più grande atto di accusa a Togliatti per il suo ruolo nelle purghe staliniste gli vien rivolto poco prima della morte da parte dell'ex direttore de *l'Unità*, fuoriuscito del PCI dopo i fatti di Ungheria, Renato Mieli con la pubblicazione del volume R. MIELI, *Togliatti 1937*, Milano, Rizzoli 1964. Fra le accuse più significative, oltre a quella in relazione ai fatti spagnoli, vi è la

presentato dagli storici come politico in grado di conciliare l'ideologia con la concretezza delle dinamiche di potere; ciò sia sulla scena politica nazionale, ma anche, prima ancora, nell'ambito nella *nomenklatura* stalinista. La sua politica è caratterizzata da un approccio che oggi potremmo sommessamente spingerci a definire di *Realpolitik*⁵⁸⁴. Dopo la *svolta di Salerno*, Togliatti vede un intervento di clemenza come inevitabile a fronte delle pressioni nazionali e internazionali. La scelta di assumere la paternità dell'intervento ha perciò, nella prospettiva del segretario del PCI, un significato politico tutt'altro che contraddittorio. Il riferimento principale nella mente di Togliatti è quello delle amnistie di pacificazione, che nella storia del Regno hanno segnato ogni passaggio di regime. Di fatto, sino ad allora, esse non avevano mai avuto il significato di un atto di debolezza del vincitore; piuttosto, al contrario, esse rappresentavano un'autoaffermazione della forza derivante dalla propria vittoria. Esse intervenivano infatti quando il nuovo regime era giunto a un punto di stabilità tale per cui il "sovrano" poteva anche permettersi di essere clemente con il nemico sconfitto, laddove il concedere clemenza significa autorappresentarsi appunto come sovrano (il riferimento principale è evidentemente al r.d. 31 ottobre 1923, n. 2278)⁵⁸⁵. Che l'amnistia abbia questo aspetto di prova di

partecipazione al tribunale ideologico che portò alla defenestrazione dell'intero partito comunista polacco. Per una ricostruzione giornalistica della reazione di Togliatti alle accuse mosse da Mieli, L. TELESE, *Qualcuno era comunista. Dalla caduta del Muro alla fine del PCI: come i comunisti italiani sono diventati ex e post*, Milano, Sperling & Kupfer 2009, 270. Nel 1992 vi è un grande dibattito a seguito della scoperta, negli archivi del Kgb, di uno scambio epistolare del 1943 fra Togliatti e Vincenzo Bianco, da cui lo storico Franco Andreucci deduce un rifiuto di Togliatti di intercedere per la salvezza dei prigionieri italiani nella campagna di Russia, per un mero calcolo politico. Allo storico vengono tuttavia contestati diversi errori di traduzione e ne segue il suo ostracismo dalla comunità degli storici. Per una ricostruzione del fatto, S. PIVATO, *Vuoti di memoria. Usi e abusi della storia nella vita pubblica italiana*, Bari, Laterza 2007, 30; si veda anche "Manipolata la lettera di Togliatti", in *La Repubblica*, 14 febbraio 1992, disponibile al seguente link: <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1992/02/14/manipolata-la-lettera-di-togliatti.html> e

"Ecco il vero carteggio sui soldati dell'Armir", in *La Repubblica*, 15 febbraio 1992, disponibile al seguente link: <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1992/02/15/ecco-il-vero-carteggio-sui-soldati-dell.html>.

⁵⁸⁴ Tale termine viene qui usato in senso valutativo e meramente descrittivo, non nella connotazione dispregiativa, parimenti in uso nel linguaggio comune.

⁵⁸⁵ Cfr. *supra*, Cap. II, § 3.2. Tale prospettiva non dev'essere tuttavia ridotta solo a un mero calcolo politico, anche se tale elemento è sicuramente presente. Al contrario essa è frutto anche di una specifica visione del conflitto, come si avrà modo di dire in seguito. L'atteggiamento di *looking forward* non deriva infatti solo dagli elementi già menzionati [le necessità impellenti della ricostruzione, la necessità di reinserimento nel panorama democratico degli ex fascisti come elettori, il mutato scenario internazionale in funzione antisovietica alla luce della Guerra Fredda, la politica della

forza, lo si comprende anche nelle parole di un noto esponente del Partito d'Azione, pur profondamente critico nei confronti del testo finale. Egli afferma: «è un caso unico nella storia quello di uno Stato che, all'indomani di un mutamento istituzionale

DC post 1948, nonché infine il sovraffollamento carcerario (su quest'ultimo aspetto, M. FRANZINELLI, *l'Amnistia Togliatti*, cit., 42)]. A monte di essi, si giustifica anche nella visione della guerra da parte di chi aveva fatto la Resistenza. Se è infatti vero che la Resistenza non fu un'esperienza maggioritaria nella popolazione italiana, essa al tempo stesso rappresentò uno straordinario slancio ideale verso la legalità e la democrazia, che unì italiani con fedi politiche, religiose e storie personali molto differenti (fra i molti lavori, si veda, tra i più recenti, G. DE LUNA, *La Resistenza perfetta*, Milano, Feltrinelli, 2015); per tornare al linguaggio sartriano, fu un'esperienza di esercizio di libertà dopo anni di passività, fu «una vera democrazia» (J.P. SARTRE, “La République du silence, cit., 1). Ciò non poté evidentemente che comportare una percezione di vittoria da parte dei partiti ciellenisti. Di nuovo, la prospettiva di SATTA ci aiuta, per riflesso, a cogliere quella della Resistenza e dello stesso Togliatti. Secondo SATTA infatti, la «morte della patria» pone per il cittadino «un problema pauroso, che la presenza viva e operante (anche se male operante) della patria gli impediva di sentire, sorge e giganteggia tra le rovine: il problema dell'esistenza. Soggetto al proprio temperamento, egli lo risolve con l'azione, che indirizza secondo la propria fede o il proprio sogno, e diventa un eroe; oppure lo risolve con la meditazione, che è preparazione alla morte» (cfr. SATTA S., *De profundis*, cit., 54). SATTA si iscrive evidentemente nella seconda categoria, affermando che «l'esperienza della nostra storia è dunque l'esperienza di una sconfitta, che noi dobbiamo fermare e affidare, così come l'abbiamo vissuta, alle generazioni future [...]». In una guerra che, secondo l'Autore, dopo l'8 settembre dal piano internazionale si è spostata a quello nazionale (del popolo italiano contro se stesso, «di purificazione ed espiazione») e infine a quello individuale (dell'individuo contro se stesso), «la nota dominante di questa guerra è che il popolo italiano, nella sua immensa maggioranza, ha voluto la propria sconfitta» (*ivi*, 55). L'opera di SATTA, estraneo all'antifascismo, venne rifiutata dalla casa editrice Einaudi. Nel motivare il rifiuto, l'antifascista e partigiano Massimo Mila scrisse: «non accettiamo la Sua posizione sugli avvenimenti 1940-1945 in termini sostanzialmente nazionalistici di vittoria e sconfitta militare: quello che c'importa è la vittoria politica, civile e morale che la sconfitta militare a significato per noi. E per questo abbiamo perseguito tale sconfitta con tutte le nostre forze, sapendo di operare per il bene del nostro paese, e non per una cieca cupidità dissolvendoci che lei cerca acutamente, ma invano, di spiegarci» (Cfr. R. BODEI, *Prefazione*, cit., 8). SATTA replicava con ironia, scusandosi di aver turbato «chi sente di poter uscire puro dai venticinque anni di storia che abbiamo vissuto» (*ivi*, 9). L'aver riportato tale aneddoto ha qui lo scopo di mostrare perché, anche per buona parte delle forze cielleniste, l'affermazione delle responsabilità fasciste non fosse in cima alla lista delle priorità. Il fare i conti con il passato è infatti in una certa misura un percorso di autoanalisi, che presuppone una concezione (per quanto minimale) della nazione come *Selbst*, per compiere quell'atto «atto antiumano, inumano» e antistorico che è il processo, dove «l'azione si ripiega su se stessa, e docilmente, rassegnatamente si sottopone a giudizio» (cfr. S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, Adelphi 1994, 24). Nel 1946 non vi poteva essere tutto ciò; i partiti rappresentativi della Resistenza, consapevoli di aver combattuto e sconfitto il nazifascismo, avevano come interesse primario quello di affermare la vittoria politica della democrazia e di tradurre i valori della vittoria in norme giuridiche. Non è un caso, come si vedrà in seguito, che la memoria della Resistenza venga costruita non sui morti presentati come “vittime” in funzione di richieste punitive nei confronti dei fascisti, bensì sui partigiani caduti come “eroi” e “martiri”. Si tratta di un paradigma memoriale certamente politico, ma propulsivo, proiettato sul presente e sul futuro. Anche «“il popolo dei morti” evocato da Calamandrei [...] non veniva presentato nella sua dimensione “vittimaria” dell'innocenza e della inconsapevolezza, bensì sottolineandone quei tratti di protagonismo attivo e cosciente essenziali per proporlo come fonte di una nuova legittimazione dello Stato» (cfr. *ivi*, 43). E questo aspetto si era in cima alle priorità del nuovo governo e di Togliatti stesso.

e dopo anni di schiavitù e di terrificanti guerre, sa stendere un velo sul passato e dare prova immediata della stabilità del nuovo assetto politico convogliando in esso tutte le correnti che apparivano acerbamente divise, dimenticando e perdonando errori e trascorsi, anche i più gravi, che soltanto durante l'incandescente periodo della lotta dovevano essere puniti per esigenze eccezionali riconosciute legittime in tutti i Paesi di Europa; ma che noi, i più sacrificati, dimostriamo di saper più rapidamente superare. Bisogna dare atto al governo di questo gesto saggio e patriottico, segno di generosità, di forza e di fiducia nell'Italia che si rinnova»⁵⁸⁶.

5.1 La Relazione del Ministro

Quanto sin qui detto circa la funzione dell'amnistia nella mente di Togliatti, emerge con chiarezza dalla relazione di accompagnamento al decreto, a firma dello stesso⁵⁸⁷. Ripercorrerla sommariamente è molto utile alla prospettiva di analisi adottata, in quanto contiene diverse indicazioni sul processo di transizione. Si afferma innanzitutto: «la Repubblica celebra il suo avvento emanando fra i suoi primi atti un provvedimento generale di clemenza». Si prosegue dicendo che un tale intervento, quanto ai reati comuni, rientra «nella pratica costituzionale e politica italiana per le date storicamente solenni».

Il punto successivo, che si riferisce ai delitti politici, menziona la «necessità di un rapido avviamento del Paese a condizioni di pace politica e sociale». Da un punto di vista generale, la Relazione prende atto che, ferme restando le colpe dei cittadini, va anche tenuto conto del tipo di educazione ricevuta dai giovani durante venti anni di dittatura fascista. Essa ha infatti reso per questi «molto difficile [...] distinguere il bene dal male, soprattutto poi quando il governo stesso interveniva con misure di organizzazione e di intimidazione per imporre una esteriore e coatta disciplina». Ecco allora emergere la linea guida che, nelle intenzioni del Ministro, informa l'intero provvedimento di clemenza: i reati politici meno gravi sono passibili

⁵⁸⁶ Cfr. M. BERLINGUER, "Incongruenze e iniquità dell'amnistia", in *Giustizia penale*, 1945-6, II, 484 - 487. PITTALUNGA parla di «grande gesto di generosità e di coraggio assieme [...] lodabile dal punto di vista politico» (cfr. M. PITTALUNGA, "Questioni sull'amnistia" in *Rivista penale*, 1946, 648 - 655, 648).

⁵⁸⁷ G.U. del 23 giugno 1946, n. 137.

di clemenza in quanto l'influenza culturale del fascismo può aver inciso sul libero arbitrio, se non sul retroterra culturale dell'elemento soggettivo, degli autori.

La Relazione afferma molto chiaramente che la clemenza è giustificata solo per «atti meno gravi, oppure compiuti da persone le quali non erano rivestite di elevate funzioni [...] essa non sarebbe ammissibile per i casi più gravi e trattandosi di atti compiuti da persone rivestite di elevate funzioni», altrimenti «grave sarebbe stato il contrasto con la coscienza popolare e con i principi stessi della equità. Vi è infatti una esigenza non solo giuridica e politica, ma morale, di giustizia, per cui coloro che hanno commesso delitti, la cui traccia è lungi dall'essere stata cancellata, contro il Paese tradito e portato alla rovina, contro le libertà democratiche, contro i loro concittadini, o contro i più elementari doveri della umanità, devono continuare a essere puniti con tutto il rigore della legge».

Si può dunque dire che siamo di fronte all'enunciazione espressa di una politica dello Stato italiano con riferimento alla transizione (pur se nella pratica totalmente disattesa). Una spiegazione e giustificazione delle scelte messe in atto non si rinviene in nessuno dei provvedimenti successivi, se non con richiami in termini generici alla necessità di pacificazione.

Nella relazione di Togliatti, la pacificazione giustifica l'amnistia solo con riferimento al criterio oggettivo della scarsa gravità dei fatti e a quello soggettivo della qualificazione civile, politica e militare dell'autore. Un'applicazione generalizzata non solo non sarebbe giustificata dalla pacificazione, ma al contrario sarebbe in contrasto con essa, in quanto «contribuirebbe a rinfocolare odi e rancori con conseguenze certamente per tutti incresciose». Si ribadisce pertanto che «mentre è usata clemenza verso coloro che non rivestendo elevate funzioni che il decreto definisce, furono travolti da passione politica o ingannati da propaganda menzognera, oppure non commisero atti di grave criminalità, si mantengono i rigori della legge contro i più elevati responsabili, gli autori di atti criminali universalmente condannati e i profittatori».

La Relazione non menziona mai espressamente i delitti politici commessi dalla Resistenza durante il conflitto, ponendo quindi un'attenzione, anche simbolica, sul fatto che si tratti in via principale di un'amnistia rivolta dallo Stato ai combattenti fascisti. Tuttavia si precisa poi che il decreto contiene una norma che si estende agli atti commessi «in violazione delle leggi penali, dopo la liberazione del territorio nazionale, da combattenti di quelle formazioni partigiane a cui va imperitura la

riconoscenza del Paese per il contributo da esse dato a lavare le onte del passato cacciando dal suolo nazionale all'invasore tedesco». Nei confronti di tali atti la clemenza si giustifica anche indipendentemente dal requisito della gravità: «non sarebbe giusto perseguire e punire atti - anche gravi - commessi per una specie di forza d'inerzia del movimento insurrezionale antifascista, anche dopo che i singoli territori erano passati all'Amministrazione alleata».

Infine, si fa menzione del fatto che, per la seconda volta nella storia d'Italia (dopo il d.lgs.lt. 29 marzo 1946, n. 132 relativo ai reati militari), l'art. 6 riconosce la facoltà di rinunciare al beneficio, «a tutela del particolare interesse dell'imputato che non voglia rimanere sotto la taccia di aver commesso il reato addebitatogli»; si precisa inoltre che, una volta espressa tale rinuncia, l'amnistia non sarà più applicabile.

5.2 Il contenuto

Il decreto prevede, all'art. 1, amnistia per i delitti comuni puniti con pena detentiva fino a 5 anni (art. 1), commessi entro il 18 giugno 1946 (art. 16); l'art. 2, rubricato *Amnistia per i delitti politici commessi dopo la liberazione*, prevede poi l'amnistia per la summenzionata *forza d'inerzia* antifascista: i delitti politici, indipendentemente dal limite edittale di pena, purché commessi dopo la Liberazione o, per le parti non occupate, purché commessi dopo l'8 settembre. Tuttavia, a fronte della complessa nozione di “delitto politico”, non viene fornita una definizione, «lasciandola all'autonoma convinzione del magistrato e dunque alla mercé di valutazioni soggettive»⁵⁸⁸.

L'art. 4 contiene un elenco di reati esclusi dalla clemenza. Fra questi vi è anche l'omicidio, che tuttavia conosce una deroga proprio con riferimento all'art. 3 e alla forza d'inerzia antifascista. Esso viene infatti amnistiato, purché commesso entro il 31 luglio 1945 e alla condizione della precedente amnistia del d.lgs.lt. 17 novembre 1945, n. 719, ossia «in lotta contro il fascismo o per difendersi della persecuzioni del fascismo o per sottrarsi ad esse».

La disposizione *ad hoc* per i delitti fascisti è l'art. 3, rubricato *Amnistia per i delitti politici*. Esso si applica ai delitti di cui agli artt. 3 e 5 del d.lgs.lt. 27 luglio

⁵⁸⁸ M. FRANZINELLI, *l'Amnistia Togliatti*, cit., 51.

1944, n. 159 (nonché all'art. 1 d.lgs.lt., 22 aprile 1945, n. 142, che introduce le già menzionate presunzioni). Si riferisce quindi ai delitti di:

- 1) organizzazione di squadre fasciste;
- 2) promozione e direzione dell'insurrezione del 28.10.1922;
- 3) promozione e direzione del colpo di Stato del 03.01.1925;
- 4) contribuzione, dopo il 03.01.1925, con atti rilevanti al mantenimento in vita del regime;
- 5) delitti commessi per motivi fascisti o valendosi della situazione creata dal fascismo;
- 6) delitti di *collaborazionismo*, nonché nelle ipotesi di *collaborazionismo* presunto.

L'art. 3 estende inoltre l'amnistia anche ai reati connessi con tali reati base ai sensi dell'art. 45 n. 2 del c.p.p. allora vigente. Tale riferimento normativo limita l'estensione alla connessione teleologica o occasionale (reati commessi per eseguire o occultare i delitti politici ovvero in occasione di questi ovvero per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o la impunità), restando escluse le ipotesi di connessione di procedimenti⁵⁸⁹. Il già menzionato art. 4, contenente le esclusioni oggettive, si estende anche all'amnistia di cui all'art. 3, con la conseguenza che non è amnistiabile un reato connesso a uno politico, ove rientri fra quelli previsti dall'art. 4⁵⁹⁰.

Lo stesso art. 3 prevede poi delle cause ostative, nel caso in cui, quali condotte materiali integranti i summenzionati reati, siano stati commessi:

- 1) da persone rivestite da elevate funzioni di direzione civile, politica o di comando militare;
- 2) fatti di strage;
- 3) sevizie particolarmente efferate;
- 4) omicidio;
- 5) saccheggio;
- 6) ovvero che i delitti siano stati compiuti a scopo di lucro.

⁵⁸⁹ In tal senso G. SABATINI, *Amnistia politica*, in G. VASSALLI - G. SABATINI, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica*, cit., 521 - 560, 533.

⁵⁹⁰ *Ivi*, 528.

Tali cause ostative devono apparire sussistenti al momento dell'applicazione dell'amnistia, la quale opera poi *ipso jure* ex art. 152 c.p.p. (*Obbligo dell'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità*)⁵⁹¹.

L'art. 6 prevede il già menzionato istituto della rinuncia⁵⁹².

⁵⁹¹ Con una circolare, Togliatti consiglia, nei casi dubbi, «di preferire il rinvio a giudizio e la conseguente applicazione dell'amnistia da parte dell'Autorità giudicante». PIOLETTI si mostra critico nei confronti della legittimità di tale operazione, sia perché addosserebbe al giudice le responsabilità del pubblico ministero, sia perché vi ravvisa una contrarietà al principio *in dubio pro reo*, confermato del resto dall'art. 5 del decreto che è finalizzato, nei casi dubbi, a cercare elementi atti a provare l'applicabilità dell'amnistia, al momento inapplicabile, non viceversa (si veda U. PIOLETTI, "Osservazioni sul decreto di amnistia 22 giugno 1946, n. 4", in *Archivio penale*, I, 1946, 471 - 482, 478).

⁵⁹² Come detto, l'istituto della rinuncia costituisce una novità nella storia italiana dell'amnistia, che conosce un precedente solo nel d.lgs.lt. 29 marzo 1946, n. 132 relativo ai reati militari, di appena tre mesi prima. La dottrina si mostra particolarmente scettica nel recepire tale novità, se non addirittura critica. BERLINGUER parla di «ingiustizia intrinseca della disposizione e di [...] contrasto con le norme del Codice che disciplinano l'istituto dell'amnistia», nonché più in generale di contrasto con la natura stessa dell'amnistia, quale atto del potere sovrano (cfr. BERLINGUER, "Incongruenze e iniquità...", cit., 486). Nella forma mentis di tutti i giuristi vige infatti la massima del MANZINI per cui «poiché la potestà di clemenza, in tutte le sue forme, si esercita per uno scopo di pubblico interesse, l'applicazione di un atto di amnistia, d'indulto o di grazia individuale, non può in alcun caso e per verun motivo, ricusarsi» (citazione contenuta in N. VITALE, "Contro l'amnistia", in *Rivista penale*, 1946, 1053 - 1074, 1056). Contrari anche LOASSES, e FLORIAN (*ivi*, 1062), favorevoli SANDULLI, SALA, BESIA, SANTANGELO (*ivi*, 1060), VITALE (*ivi*, 1058), pur quanto quest'ultimo in generale contrario all'istituto dell'amnistia e più di recente N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale*, cit., 28, critico anche nei confronti della decisione della Corte costituzionale del 1971, di cui si dirà a breve (*ivi*, 31). La critica di PIOLETTI si muove su un duplice piano. Da un lato, come gli altri Autori, ritiene «giuridicamente aberrante che, in un campo di così elevato interesse pubblico, come quello che attiene alla esistenza della pretesa punitiva dello Stato e, ancor prima, alla esistenza del reato, venga conferito tanto rilievo all'interesse privato», conferendo all'imputato il potere di «mantenere in vita un reato che lo Stato, nell'interesse pubblico, ha dichiarato estinto» (cfr. U. PIOLETTI, "Osservazioni sul decreto di amnistia...", cit., 480). Ritiene l'Autore che la declaratoria di amnistia si limiti a dichiarare un'estinzione già avvenuta, pertanto la manifestazione di volontà dell'imputato non dovrebbe avere il potere di farlo rivivere. Dall'altro, egli critica la scelta di stabilire che, una volta rinunciata, l'amnistia non sia più applicabile all'esito del giudizio: «così disponendo il legislatore o dimostra di ritenere che l'amnistia [...] presuppone l'innocenza dell'imputato [...] e tale punto di vista è giuridicamente assurdo, oppure ha voluto dare alla disposizione un carattere di rappresaglia contro l'imputato che ha osato sperare di poter provare la propria innocenza, e ciò sarebbe moralmente riprovevole» (cfr. *ivi*, 479). Si deve tuttavia evidenziare che, nell'applicazione pratica, l'istituto della rinuncia risulta pressoché disapplicato. Nella storia repubblicana, la rinunciabilità dell'amnistia resta una costante, con due eccezioni rappresentate dal D.p.R. 24 gennaio 1963, n. 5 e dal D.p.R. 22 maggio 1970, n. 283. Con riferimento a quest'ultima amnistia è stata sollevata la questione di costituzionalità dell'irrinunciabilità in rapporto all'art. 24 Cost. La Corte Costituzionale eleva l'analisi dal piano tradizionale della discussione dottrinale (quello riguardante la natura circa l'efficacia sostanziale o processuale dell'amnistia) e si interroga sulla natura dell'istituto; per questo si tratta di un momento cui «viene ricollegato un significato di 'svolta', sia pure parziale» (cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, 336; si veda anche S. RODOTÀ, "La svolta «politica» della Corte costituzionale", in *Politica del diritto*, 1970, 37 e ss.; G. GEMMA, "Amnistia e indulto: revisione costituzionale o nuova giurisprudenza?", in *Politica del diritto*, 1971, 645 e ss.). Si tratta cioè di un primo tentativo della

Gli artt. 8 - 10 introducono poi un importante indulto (o condono), fuori dai casi di amnistia. Esso è previsto sia con riferimento ai reati comuni, per le pene fino a tre anni (art. 8)⁵⁹³, che per i delitti politici e per i delitti ad essi connessi ai sensi dell'art. 45 n. 2 c.p.p. (art. 9). In base a tale ultima disposizione

- a) la pena di morte è commutata in ergastolo (salve le stesse eccezioni ex art. 3);
- b) l'ergastolo è commutato in reclusione per 30 anni;
- c) le pene detentive, se superiori a 5 anni, sono ridotte di un terzo e in ogni caso la riduzione non può essere inferiore a 5 anni; le pene detentive non superiori a 5 anni sono interamente condonate⁵⁹⁴.

Eccezioni al condono sono previste all'art. 10⁵⁹⁵. Il condono è revocato di diritto in caso di successivo delitto non colposo punibile con pena superiore a un

Corte di non ritenere più amnistia ed indulto quali strumenti autoreferenziali, fattori di rottura dell'ordine costituzionale, bensì di sottoporli ai vincoli costituzionali e di ricondurli ai canoni di ragionevolezza e non arbitrarietà nell'azione dei pubblici poteri (così V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, 337; sul rapporto fra clemenza e ragionevolezza si veda anche D. BORTOLLOTTI, "Il principio costituzionale della clemenza", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, 1681-1711). Distinguendo gli effetti dell'amnistia da quelli dell'abrogazione, la Corte ha ritenuto sussistente un interesse costituzionale dell'imputato ad ottenere il proscioglimento con formula di merito. Con sentenza del 14 luglio 1971, n. 175, la Corte ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 151 c. 1 c.p., nonché degli artt. 1, 2 e 5 della legge 21 maggio 1970, n. 282 (legge di delegazione, secondo il previgente regime) e degli artt. 1, 2 e 5 del D.p.R. 22 maggio 1970, n. 283, nella parte in cui escludono la rinuncia. Critico nei confronti di questa decisione ZAGREBELSKY. Egli ritiene che in generale l'amnistia «non lascia sussistere alcun interesse costituzionalmente rilevante per l'imputato ad ottenere il proscioglimento con formula diversa da: il fatto non è previsto dalla legge come reato». Perciò afferma che la conclusione della Corte possa giustificarsi solo con riferimento all'amnistia pacificatrice, per ragioni di opportunità politica. Estendere tuttavia in generale tale distinzione fra abrogazione e amnistia equivarrebbe, secondo l'Autore, a riconoscere cittadinanza (attenuandone per quanto possibile gli effetti negativi) agli atti generali di clemenza indiscriminati, «nella configurazione che - l'amnistia - ha avuto in questi anni di strumento arbitrario, il cui impiego non è stato indirizzato a far fronti a situazioni connesse con circostanze eccezionali e "chiuse nel tempo"» (cfr. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, cit., 128).

⁵⁹³ «[...] e le pene pecuniarie non superiori a lire tremila, e di altrettanto sono ridotte quelle maggiori inflitte o da infliggere. Il condono è ridotto ad un anno per le pene detentive ed a lire mille per quelle pecuniarie nei confronti di coloro che, per la medesima condanna, hanno usufruito o possono usufruire dell'indulto concesso col regio decreto 5 aprile 1944, n. 96. Qualora il reato sia stato commesso dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo luogotenenziale 5 ottobre 1945, n. 679, il limite della pena pecuniaria indicato nel comma primo è raddoppiato».

⁵⁹⁴ Per un commento critico a tale articolo si veda G. SABATINI, *Amnistia politica*, cit., 558.

⁵⁹⁵ «Il condono non si applica:

1) nei confronti di coloro che, alla data dell'entrata in vigore del presente decreto, si trovano in stato di latitanza, salvo che si costituiscano in carcere entro quattro mesi dalla data stessa; questa

anno di reclusione nel massimo, se commesso entro i 5 anni dalla data del decreto (art. 12).

Ex art. 13, sono esclusi dall'amnistia e dall'indulto i reati commessi in danno delle Forze alleate o degli appartenenti a dette Forze, ovvero giudicati dai Tribunali alleati o in corso di giudizio presso tali Tribunali⁵⁹⁶. Ex art. 14, sono esclusi dal provvedimento i reati finanziari. L'art. 15 infine estende gli effetti della precedente amnistia per i reati militari (d.lgs.lt. 29 marzo 1946, n. 132) ai fatti commessi sino al 18 giugno 1946.

6. *L'applicazione dell'amnistia*

La risposta penale *in action* è stata molto diversa da quanto potrebbe emergere dalla lettura sin qui offerta, tanto che la dottrina non si astiene dall'utilizzare qualificazioni molto nette, quali «indulgenza generalizzata»⁵⁹⁷ e «amnistia plenaria»⁵⁹⁸. Del tutto fuorviante sarebbe dunque giudicare l'amnistia senza conoscerne l'applicazione effettiva. Correttamente è stato affermato che «per comprendere veramente che cosa accada in una società durante un periodo di crisi [...] poco giova l'esame delle sue leggi, e molto di più quello delle sue sentenze. Le

disposizione non si applica nel caso in cui la pena o la residua pena siano interamente condonate e nel caso di commutazione della pena di morte e dell'ergastolo di cui all'art. 9;

2) per i reati indicati nell'art. 4;

3) per i reati previsti nel Codice penale negli articoli 314, 317, 453, 575, 628, 629, 630, salvo che siano stati commessi per motivi politici;

4) per i reati contemplati negli articoli 1 e 2 del decreto legislativo luogotenenziale 10 maggio 1945, n. 234, contenente disposizioni penali di carattere straordinario».

Per un commento, *ivi*, 559.

⁵⁹⁶ Tale causa di esclusione è venuta in considerazione in ipotesi di *collaborazionismo* mediante delazione di prigionieri alleati (Cass., sez. II, 15 novembre 1946, *Fresani*), mediante partecipazione alla cattura di prigionieri alleati evasi (Cass., sez. II, 17 settembre 1946, *Biavatti*, in *Giustizia penale*, 1946, 594 e ss.) o alla cattura di paracadutisti alleati (Cass., sez. II, 10 settembre 1946, *Buratti e Ricci*). Tuttavia la Cassazione ha ritenuto che la causa di esclusione non fosse sussistente, in quanto tali condotte integravano sempre e soltanto gli estremi di reato in danno dello Stato italiano (si veda G. SABATINI, *Amnistia politica*, cit., 554).

⁵⁹⁷ M. DONINI, «La gestione penale...», cit., 202.

⁵⁹⁸ M. FRANZINELLI, *l'Amnistia Togliatti*, cit., 139. Per una rassegna di casi in cui la «clemenza ha prodotto sfavorevole impressione, specie per il loro passato politico», *ivi*, 66 -95. Secondo GALANTE GARRONE, «quei pochi che dentro erano rimasti, perché le loro imputazioni erano più forti dell'umana misericordia, ci pensò l'amnistia a liberarli» (cfr. C. GALANTE GARRONE, «Guerra di Liberazione (dalle galere)», cit., 1053).

leggi emanate in questi periodi ci dicono chiaramente quali siano state le volontà del ceto politico dirigente, i fini che esso si proponeva di raggiungere [...] le sentenze ci dicono anche quale sia stata la sua forza, o la sua capacità politica, e in che modo la società abbia accolto la sua azione, o abbia resistito»⁵⁹⁹. Se da un lato la dottrina si divide⁶⁰⁰ circa il giudizio sull'attribuzione delle responsabilità (in capo ai politici, ai tecnici preparatori del decreto, alla magistratura); in generale non pare scorretto affermare che «il giudizio unanime degli storici che si sono occupati delle sanzioni contro il fascismo è che il programma legislativo degli anni 1944-1945 fallì per opera dello stesso legislatore e della magistratura»⁶⁰¹.

Va aggiunto, ai fini della completezza del quadro, che in alcuni casi, oltre ad intervenire sull'interpretazione del testo dell'amnistia, la giurisprudenza si distingue anche per assoluzioni basate su scusanti extralegali che implicitamente escludevano la rimproverabilità per chi avesse collaborato con il nemico con l'intenzione recondita di fare il bene della nazione⁶⁰², ovvero sulla base della scriminante putativa dell'adempimento di un dovere⁶⁰³. Lo spazio normativo che consentì questa operazione è costituito principalmente dalle cause ostative dell'amnistia per i delitti di politici, di cui all'art. 3⁶⁰⁴.

6.1 Persone rivestite di elevate funzioni di direzione civile, politica o di comando militare

E' stato scritto che «questa norma fu forse quella in cui si palesò con maggiore evidenza l'enorme capacità modificatrice della giurisprudenza». Essa la interpreta in modo da renderne del tutto eccezionale l'applicazione, pur a fronte di

⁵⁹⁹ Cfr. A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 3.

⁶⁰⁰ Cfr. *infra*, Cap. II, § 7.1.4.1.

⁶⁰¹ M. DONINI, "La gestione penale...", cit., 200.

⁶⁰² *Ivi*, 210.

⁶⁰³ *Ivi*, 211.

⁶⁰⁴ Secondo RISSO si tratta di una norma «che lascia un largo margine di apprezzamento discrezionale al giudice di merito» (cfr. M. RISSO, "In tema di amnistia", in *Rivista penale*, 1946, 760 - 765, 760); aggiunge PITTALUNGA che «né, d'altra parte, eccessivi lumi possono rintracciarsi nella Relazione del Guardasigilli, la quale appare una parafrasi tautologica del testo della legge» (cfr. M. PITTALUNGA, "Questioni sull'amnistia", cit., 648).

«una lettera della legge quanto mai chiara e rispondente all'*intentio legis*»⁶⁰⁵. Anche altro Autore sostiene che, se il decreto non è certo un modello di chiarezza, quel punto è forse l'unico che non pare prestare il fianco a interpretazioni contraddittorie: «chiaro era, su questo punto, il decreto: chiarissima la relazione del Guardasigilli [...] *in claris* - dicevano gli antichi - *non fit interpretatio*»⁶⁰⁶. L'applicazione si dimostra tuttavia molto diversa.

6.1.1 Elevate funzioni e collaborazionismo

Con riferimento al reato di *collaborazionismo*, la contraddizione più evidente è data dalla coincidenza della causa ostativa con le presunzioni previste all'art. 1 d.lgs.lt. 22 aprile 1945, n. 142, che tuttavia è espressamente richiamato dall'art. 3 come rientrante nell'amnistia. Su questo punto il testo è quindi ambiguo, in quanto pare escludere dall'amnistia ciò che prima ha incluso⁶⁰⁷.

La Cassazione inizia presto a richiedere, per l'applicazione della causa ostativa, che vi sia la prova non solo di aver ricoperto la carica, ma anche del compimento, nell'esercizio della stessa, di atti concreti di collaborazione⁶⁰⁸. E' viceversa ammessa l'amnistia, quando la responsabilità si fonda sulla «semplice presunzione di responsabilità di cui all'art. 1 del D. Lg. Lt. 22-IV-1945»⁶⁰⁹. In questo modo l'interpretazione della condizione ostativa diviene addirittura modificante, al contrario, la funzione della presunzione di responsabilità per elevatezza della carica. La Cassazione finisce infatti con lo stabilire che proprio quell'elevatezza della carica, che il legislatore volle come sufficiente, da sola, a fondare la responsabilità penale,

⁶⁰⁵ Cfr. P. BARILE - U. DE SIERVO, "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", cit., 553.

⁶⁰⁶ Cfr. C. GALANTE GARRONE, "Guerra di Liberazione (dalle galere)", cit., 1055.

⁶⁰⁷ GALANTE GARRONE afferma: «non si spiegherebbe come mai il decreto di amnistia ritiri con una mano quello che con l'altra concede» (cfr. C. GALANTE GARRONE, "Guerra di Liberazione (dalle galere)", cit., 1057). In questo senso anche U. PIOLETTI, "Osservazioni sul decreto di amnistia...", cit., 475.

⁶⁰⁸ Cass., 6 settembre 1946, *Vecchini*; Cass., 1 luglio 1946, *Tuminetti*; Cass., 27 luglio 1946, *Baroni*; Cass., 3 agosto 1946, *Morini*. Similmente in Cass., 28 marzo 1949, *Spampanato*, si amnistia il direttore de *Il Messaggero*, poiché, malgrado vi sia la prova che fosse collaborazionista e persona rivestita di funzioni di direzione politica, tuttavia gli manca un «*quid pluris* di faziosità».

⁶⁰⁹ Cfr. Cass., 23 agosto 1946, *Pini*; similmente Cass., 23 agosto 1946, *Giobbe*; Cass., 29 ottobre 1946, *Pellegrini*.

non è sufficiente da sola ad escludere l'amnistia, occorrendo la prova di fatti specifici e concreti di aiuto politico o militare al nemico⁶¹⁰.

Per di più, nei casi in cui la prova di tali fatti sussiste effettivamente, si afferma che essi non devono essere un'attuazione delle competenze connesse alla carica rivestita. Tali fatti rilevano cioè come causa ostativa dell'amnistia, solo quando essi non rappresentino la «estrinsecazione, l'attuazione delle normali funzioni demandate a chi sia investito della direzione civile o politica o di comando militare»⁶¹¹. Nel caso, ad esempio, dei giudici di tribunali della RSI si richiede che la partecipazione dell'imputato alla sentenza di condanna fosse stata «volontaria e attiva»⁶¹², con una conseguente esclusione quando l'imputato invoca la propria riluttanza o l'intenzione segreta di salvare alcuni degli imputati⁶¹³.

6.1.2 *Elevate funzioni e atti rilevanti*

Nella ricostruzione offerta dalla magistratura, un'interpretazione restrittiva della causa ostativa si rinviene in sede di applicazione della stessa ai reati di cui all'art. 3 ed in particolare al reato di *atti rilevanti*. In questo caso la Cassazione si spinge fino a negare la lettera della legge, sostenendo costantemente che la causa ostativa in parola non è applicabile al reato di *atti rilevanti*⁶¹⁴, pena la conseguenza di porre due volte lo stesso elemento a carico degli imputati: una per la sussistenza del reato, l'altra per escluderli dall'amnistia⁶¹⁵. In secondo luogo, siccome il reato di *atti rilevanti* può essere compiuto solo da persone rivestite di cariche elevate e non è lecito supporre che il legislatore abbia disposto per casi impossibili, la conseguenza

⁶¹⁰ In questo senso P. BARILE - U. DE SIERVO, "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", cit., 553. Anche PITTALUNGA ritiene che la causa di esclusione si sia voluta riferire solo a coloro che ricoprivano i più alti gradi della gerarchia statale, civile e politica (cfr. M. PITTALUNGA, "Questioni sull'amnistia", cit., 650).

⁶¹¹ Cfr. Cass., 10 luglio 1951, *Zaccherini*; similmente Cass., 17 agosto 1946, *Riva*; Cass., 4 dicembre 1946, *Rolandi*; Cass., 21 ottobre 1946, *Gregori*; Trib. Supr. Mil., 3 agosto 1948, *Perugini*.

⁶¹² Cass., 17 agosto 1946, *Riva*.

⁶¹³ Si veda C. GALANTE GARRONE, "Guerra di Liberazione (dalle galere)", cit., 1058.

⁶¹⁴ Cass., 30 ottobre 1946, *Cristini*.

⁶¹⁵ Così Cass., 21 gennaio 1949, *Giunta*.

consiste nel ritenere che la causa ostativa sia da ritenersi prevista solo per il reato di *collaborazionismo*⁶¹⁶.

Tale interpretazione è evidentemente viziata da due errori⁶¹⁷:

- 1) ritenere che il reato di *atti rilevanti* possa essere commesso esclusivamente da soggetti rivestiti di cariche molto elevate⁶¹⁸. Sotto questo profilo un Autore ha denunciato apertamente la fallacia e l'arbitrarietà dell'interpretazione della Cassazione⁶¹⁹: anche concedendo che l'elevatezza delle funzioni sia elemento costitutivo del reato di *atti rilevanti*, essa non lo è per le altre fattispecie di cui all'art. 3. Pertanto, se così fosse, l'effetto sarebbe quello di ritenere che il legislatore abbia voluto in questo modo escludere direttamente il reato di *atti rilevanti* dall'amnistia e non, all'opposto, ritenerlo sempre amnestiabile ed escludendo l'applicabilità ad esso della causa ostativa;
- 2) ritenere che un elemento costitutivo del reato non possa essere al tempo stesso causa ostativa dell'amnistia. La Cassazione non fornisce alcuna sostanziale giustificazione alla base di tale assunto. A titolo esemplificativo della sua infondatezza, si pensi al fatto che le amnistie sono solite porre come causa ostativa un elemento che è, al tempo stesso, circostanza aggravante del reato: la recidiva⁶²⁰.

Il risultato dell'interpretazione giurisprudenziale è stata «la liquidazione definitiva del reato»⁶²¹ di *atti rilevanti*, con sentenze clamorose⁶²².

⁶¹⁶ La prima applicazione di tale ragionamento è quella che suscita più scalpore: Cass., 18 luglio 1946, *Mussolini*. E' il caso di Vito Mussolini, nipote del Duce, direttore del quotidiano *Il popolo d'Italia*, condannato per *atti rilevanti* dall'Alta Corte di giustizia.

⁶¹⁷ In questo senso P. BARILE - U. DE SIERVO, "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", cit., 554, nonché G. SABATINI, *Amnistia politica*, cit., 537) e C. GALANTE GARRONE, "Guerra di Liberazione (dalle galere)", cit., 1056.

⁶¹⁸ Circostanza pacificamente esclusa da tale ultimo Autore, *ivi*, 539.

⁶¹⁹ *Ivi*, 540.

⁶²⁰ *Ivi*, 539.

⁶²¹ Cfr. A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 81.

⁶²² Per una rassegna si veda M. FRANZINELLI, *l'Amnistia Togliatti*, cit., 157 e ss.

6.2 Fatti di strage, sevizie particolarmente efferate, omicidio o saccheggio

La causa ostativa in questo caso non riguarda le caratteristiche soggettive dell'autore, bensì le caratteristiche oggettive della condotta. Un problema comune alle quattro condotte qui indicate è l'utilizzo dell'espressione «fatti di». Parte della dottrina ritiene che la nozione “fatti” non intenda fare riferimento ai reati nella loro specifica accezione giuridica, bensì ad una definizione più ampia degli stessi, caratterizzata da una «più lata correlazione causale e ad una in parte diversa stessa configurazione dei requisiti oggettivi»⁶²³. La giurisprudenza prevalente invece ha ritenuto necessaria l'integrazione dei requisiti oggettivi e soggettivi richiesti dai corrispondenti reati⁶²⁴. Solamente con riferimento alla nozione di “strage” non sono sorti problemi particolari.

6.2.1 Fatti di ... omicidio

La Cassazione ha ritenuto che la nozione di “omicidio” quale causa ostativa si riferisca solo all'omicidio volontario doloso, con esclusione di quello tentato⁶²⁵, preterintenzionale⁶²⁶ e colposo. Quanto al delitto tentato in generale, non solo di omicidio, va inoltre sottolineato che vi è un problema interpretativo generale, sia con riferimento all'applicabilità ad esso dell'amnistia, che con riferimento all'idoneità del tentativo a configurare una causa ostativa all'applicazione della stessa. Si è in particolare evidenziato in dottrina il carattere rozzo e promiscuo dei vocaboli presenti dal decreto, in quanto nel testo vengono usati indifferentemente i termini «commessi» e «compiuti» per riferirsi alla commissione del reato. Ciò non consente

⁶²³ Cfr. P. BARILE - U. DE SIERVO, “Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo”, cit., 551. In senso contrario E. BATTAGLINI, “Osservazioni sui «fatti di omicidio» quali causa ostativa all'applicazione dell'amnistia”, in *Giustizia penale*, 1946, II, 530 e ss.; Cass., 27 dicembre 1946, *Franccalari*; Cass., 16 ottobre 1947, *Rebesani*.

⁶²⁴ Si veda, anche per i riferimenti, G. SABATINI, *Amnistia politica*, cit., 542.

⁶²⁵ Cass., 20 novembre 1946, *Comandini*.

⁶²⁶ Cass, S.U., 27 dicembre 1946, *Burroni*.

di individuare una differenziazione fra l'uso dei due termini e in generale sulla disciplina del tentativo all'interno del decreto⁶²⁷.

Tornando all'omicidio consumato doloso, in più casi si applica comunque l'amnistia, ritenendo non configurata la causa ostativa, sulla base della carenza di elemento soggettivo. Ciò avviene nel caso in cui il dolo di omicidio sia ritenuto indiretto o eventuale⁶²⁸. Si esclude la causa ostativa anche a fronte del concorso di persone, «benché nel codice penale italiano fosse all'epoca pacifica la responsabilità oggettiva per il reato diverso da quello voluto da un concorrente (è l'art. 116 c.p. tuttora vigente, anche se oggi interpretato nel senso di una responsabilità più personale) e non si richiedesse neppure la prevedibilità dell'evento diverso, come oggi invece è richiesto, ci si dimenticò di questa norma “di parte generale”, esigendosi una partecipazione volontaria piena, per es. in caso di rastrellamenti seguiti da omicidio»⁶²⁹. Si richiede pertanto «che i collaboratori e rastrellatori avessero personalmente ucciso con chiara volontà di uccidere, o che i delatori fossero coscienti della fine a cui andavano incontro coloro che denunciavano»⁶³⁰.

⁶²⁷ In questo senso U. PIOLETTI, “Osservazioni sul decreto di amnistia...”, cit., 474, il quale evidenzia come da un lato il verbo “compiere” sia usato anche all'interno dello stesso art. 56 c.p. con riferimento agli atti idonei all'azione e come dall'altro il significato del participio “compiuto” sia quello di “portato a termine, perfezionato”. Prosegue quindi l'Autore: «siccome l'interprete dovrebbe ritenere che l'uso di termini diversi voglia significare il riferimento a concetti diversi, dovrebbe concludere che dove si parla di “delitti compiuti” il tentativo non può ostacolare l'applicazione dell'amnistia, mentre la ostacola là dove si parla di “delitti commessi” perché tale termine comprende anche il delitto arrestatosi allo stadio del tentativo. Ma poiché non può ammettersi un'assurdità simile deve concludersi che il legislatore non ha tenuto presente il diverso significato dei termini usati ed abbia inteso riferirsi sempre alla commissione del delitto» (*ibidem*).

⁶²⁸ Ciò vale in particolare per i giudici che hanno ordinato le sentenze di condanna a morte dei tribunali speciali della RSI (condotte qualificate come omicidio). In tali casi si insiste sull'impossibilità per l'imputato di agire diversamente nel contesto del sistema giudiziario della RSI. Si veda, anche per i riferimenti, P. BARILE - U. DE SIERVO, “Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo”, cit., 551.

⁶²⁹ Cfr. M. DONINI, “La gestione penale...”, cit., 211. In senso contrario tuttavia U. PIOLETTI, “Osservazioni sul decreto di amnistia...”, cit., 476, nonché PITTALUNGA, «poiché in questi casi non solo non vi è partecipazione materiale alla uccisione, ma soprattutto perché non vi è neppure partecipazione morale alla stessa, la quale è avvenuta all'infuori di ogni volontà del prevenuto e di ogni sua azione individuale» (cfr. M. PITTALUNGA, “Questioni sull'amnistia”, cit., 651). Evidenzia però, ironicamente, GALANTE GARRONE che un'azione di rastrellamento non poteva avere altri scopi se non l'uccisione dei partigiani (in questo senso C. GALANTE GARRONE, “Guerra di Liberazione (dalle galere)”, cit., 1061).

⁶³⁰ P. BARILE - U. DE SIERVO, “Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo”, cit., 551. Uno dei casi più eclatanti, pur a fronte della suddetta prova, è una derubricazione ad omicidio comune in quanto il partigiano era stato prima ferito in combattimento e, mancando la prova se il partigiano fosse

6.2.2 Fatti di ... saccheggio

La magistratura (in particolare la seconda sezione della Cassazione, in contrasto con i pochi processi conosciuti dalla prima sezione) ritiene necessaria l'integrazione degli elementi oggettivi e soggettivi del reato ex art. 419 c.p. (*Devastazione e saccheggio*), in particolare la pluralità di asportazioni e la finalità di turbamento dell'ordine pubblico e il pericolo per lo stesso. Tale orientamento viene poi confermato dalle Sezioni Unite⁶³¹. Ciò porta tuttavia a conseguenze paradossali. Occorre infatti considerare che l'ordine pubblico vigente nell'Italia occupata non poteva essere certo quello dello Stato italiano, essendo i territori soggetti al governo (almeno formale) della RSI. I saccheggi compiuti nell'ambito di rastrellamenti e rappresaglie da parte dei militari di quello Stato non turbavano quindi mai l'ordine pubblico della RSI, anzi erano funzionali ad esso, allo scopo di reprimere l'attività antipartigiana⁶³². Appare quindi giustificata la perplessità di chi si chiede se fosse immaginabile che l'art. 419 c.p. potesse tutelare l'ordine pubblico della RSI⁶³³.

6.2.3 Sevizie particolarmente efferate

Il caso delle sevizie particolarmente efferate è quello in cui, a prescindere dall'applicazione da parte della magistratura, la responsabilità del legislatore è più evidente. La nozione di «sevizie particolarmente efferate» non esisteva infatti nel lessico penalistico e compare per la prima volta in tale testo normativo. Il termine

guaribile, non si può stabilire se egli fosse stato «morituro e senza speranza di salvarsi». In tal caso manca dunque il vantaggio alle operazioni militari del nemico richiesto dal *collaborazionismo*. Si tratta di Cass., 17 febbraio 1947, *Falanga*. Si veda P. BARILE - U. DE SIERVO, "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", cit., 552; M. FRANZINELLI, *l'Amnistia Togliatti*, cit., 225. Ivi 226 - 228 per una rassegna di altri casi; nonché C. GALANTE GARRONE, "Guerra di Liberazione (dalle galere)", cit., 1062.

⁶³¹ Ivi, 228.

⁶³² Cass., 6 febbraio 1947, *Bardinelli*. Sul tema P. BARILE - U. DE SIERVO, "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", cit., 552.

⁶³³ C. GALANTE GARRONE, "Guerra di Liberazione (dalle galere)", cit., 1064.

“sevizie”⁶³⁴ implica l’inflizione di una violenza caratterizzata da un livello altissimo di crudeltà, sia a livello oggettivo che soggettivo (che pare confermato anche dall’uso del plurale). Si tratta quindi di un termine già di per sé molto selettivo, che presuppone un livello estremo di disumanità. Esso non dovrebbe perciò tollerare l’apposizione di aggettivi che ne qualificano l’intensità. Le sevizie, in quanto tali, dovrebbero essere già di per sé al livello massimo di gravità. Tuttavia il legislatore rende il termine ancora più selettivo, affiancandovi un avverbio ed un aggettivo⁶³⁵ e richiede, affinché tali sevizie abbiano efficacia ostativa, che esse siano “particolarmente efferate”.

Ciò legittima (e così è stato) l’interpretazione per cui, all’interno della degradante categoria delle sevizie, occorra operare una triplice distinzione:

- 1) sevizie (amnistiate)⁶³⁶;
- 2) sevizie efferate (amnistiate);
- 3) sevizie particolarmente efferate (le uniche aventi efficacia ostativa all’applicazione dell’amnistia).

Tale interpretazione, per quanto aberrante, trova giustificazione nel testo di legge. «La lettura di questo requisito è stata davvero odiosa, ma aveva nella stessa legge appigli innegabili, e qui il legislatore deve ritenersi corresponsabile di molti tra

⁶³⁴ S. f. [dal lat. *saevitia*, der. di *saevus* «feroce, crudele»]. - Crudeltà disumana, efferata (cfr. Vocabolario Online, Treccani, disponibile al seguente link:

<http://www.treccani.it/vocabolario/sevizia/>). Da un punto di vista penalistico, il MANZINI le definiva come «atrocità tormentose usate verso il soggetto passivo» (cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale secondo il codice del 1930*, vol. II, Torino, Utet 1933, 155) e il PANNAIN come «sofferenze fisiche o morali che, rispetto al fine criminoso, costituiscono un superfluo impiego di mezzi disumani» (cfr. R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, Edizioni della Corte d’Assise 1942, 365). Le citazioni dottrinali sono tratte da U. PIOLETTI, “Osservazioni sul decreto di amnistia...”, cit., 477.

⁶³⁵ «Si sono usati ben due termini superlativi su uno che ha già il significato di crudele tortura» (cfr. P. BARILE - U. DE SIERVO, “Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo”, cit., 552).

⁶³⁶ PITTALUNGA commenta affermando che, efferate o no, le sevizie collocano sempre il reato «nel campo della più tipica criminalità comune, che non può ammantarsi dell’onorifico titolo di criminalità politica» (cfr. M. PITTALUNGA, “Questioni sull’amnistia”, cit., 650) e sostiene che anche le “semplici” sevizie avrebbero dovuto impedire l’applicazione dell’amnistia. PIOLETTI denuncia invece una disparità di trattamento dei fascisti rispetto ai partigiani. Mentre infatti per i primi l’art. 3 esclude l’applicazione dell’amnistia in caso di sevizie (pur solo nel caso in queste fossero particolarmente efferate), nessuna analoga previsione è contenuta all’art. 2. A questo riguardo l’Autore non ritiene soddisfacente a giustificare la disparità di trattamento la spiegazione data da Togliatti nella Relazione circa l’ingiustizia di una punizione di atti, anche gravi, commessi «per una specie di forza d’inerzia dal movimento insurrezionale antifascista». Si veda U. PIOLETTI, “Osservazioni sul decreto di amnistia...”, cit., 477.

quei giudicati oggi riportati con scandalo dai commentatori»⁶³⁷. Stupri di gruppo, bruciature, strappi di unghie, le torture con i cavi elettrici praticate dalla Banda Carità, non furono considerati rientranti in questa categoria e furono amnistiati⁶³⁸. La sevizia particolarmente efferata venne definita come «soltanto quella che, per la sua atrocità, fa orrore a coloro stessi che dalle torture non siano alieni»⁶³⁹, con la conseguenza che in tal modo «giudice dell'efferatezza diventava la sensibilità dello stesso seviziatore»⁶⁴⁰.

6.2.4 *Delitti compiuti a scopo di lucro*

L'interpretazione giurisprudenziale di tale inciso si basa in primo luogo sull'uso del termine "delitti". Si argomenta che, al fine di esplicitare efficacia ostativa, lo scopo di lucro deva ravvisarsi nelle motivazioni soggettive dei delitti fascisti e non nei reati connessi⁶⁴¹. Non si afferma invece l'indirizzo opposto, che si basava su due

⁶³⁷ Cfr. M. DONINI, "La gestione penale...", cit., 210. GALANTE GARRONE parla di sentenze contenenti valutazioni «addirittura ripugnanti all'umana coscienza» (cfr. C. GALANTE GARRONE, "Guerra di Liberazione (dalle galere)", cit., 1059).

⁶³⁸ La casistica delle esclusioni è contenuta in M. FRANZINELLI, *l'Amnistia Togliatti*, cit., 236 - 250, nonché in A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 91. In particolare lo stupro di gruppo è qualificato come nemmeno integrante il concetto di sevizia, quanto solamente «la massima offesa all'onore ed al pudore della donna» (cfr. Cass., 12 marzo 1947, *Progresso*).

⁶³⁹ Cass., 7 marzo 1951, *Camerino*. Ancora, la Cassazione le ritiene integrate quando i «dolori e tormenti cagionati sorpassino ogni limite della umana sopportazione, e dimostrino in chi li procura non soltanto crudeltà, ma una vera barbarie e obiettiva ferocia». (cfr. A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 91). E' ritenuta sussistente la causa ostativa nel bruciare le piante dei piedi, nel conficcare spilli sotto le unghie, nell'introduzione nell'ano di olio di senape, nella fustigazione dei genitali, nel far mordere da cani lupi etc. per un elenco si veda G. SABATINI, *Amnistia politica*, cit., 541; A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 92 sub nota n. 18.

⁶⁴⁰ Cfr. M. DONINI, "La gestione penale...", cit., 211, che a sua volta riporta un'espressione di C. PAVONE, *La continuità dello Stato*, cit., 139.

⁶⁴¹ Favorevole a questa tesi anche U. PIOLETTI, "Osservazioni sul decreto di amnistia...", cit., 477, nonché parzialmente M. PITTALUNGA, "Questioni sull'amnistia", cit., 651, il quale limita l'operare della causa ostativa alla connessione teleologica, mentre la nega per quella occasionale. Evidenzia invece GALANTE GARRONE che in questo modo «quando l'imputato, invece, alla sua specifica attività collaboratrice non sia stato indotto dal proposito di lucro, potrà, in occasione di quell'attività, aver commesso a fine di lucro tutti i reati possibili e immaginabili contro il patrimonio, e furti e rapine e ricettazioni ed estorsioni: la cosa non ha importanza. Come collaboratore egli sarà pur sempre un "puro" e potrà godere, così, del beneficio dell'amnistia» (cfr. C. GALANTE GARRONE, "Guerra di Liberazione (dalle galere)", cit., 1064). Ironicamente l'Autore constata poi: «ma quanti collaboratori disinteressati e onesti ci sono stati rivelati, dei quali non sospettavamo neppure l'esistenza: veri cavalieri dell'ideale, senza macchia e senza paura!» (*ivi*, 1065). Per l'applicazione a casi concreti:

ordini di motivazioni per contestare tale conclusione: da un lato la Relazione ministeriale parla in generale di «rigore della legge contro i profittatori»⁶⁴², dall'altro si può ritenere che il termine “delitti” sia utilizzato semplicemente in quanto non esistono contravvenzioni commesse a scopo di lucro⁶⁴³. Collaborazionisti, che furono al tempo stesso autori di furti e rapine, vennero perciò amnistiati.

Sotto un secondo profilo, la Cassazione richiese che il lucro fosse effettivo⁶⁴⁴.

Cass., 27 agosto 1946, *Giua*; il caso vedeva imputato Pasquale Giua, pubblico accusatore del tribunale provinciale straordinario di Torino e poi di Vercelli, il quale aveva ottenuto denari dai parenti degli imputati in cambio di un trattamento di favore. Nello stesso senso Cass., 15 novembre 1946, *Custodassi*; Cass., 25 novembre 1946, *Pedrani*; Cass., 5 dicembre 1946, *Lazzaroni*. Per ulteriori riferimenti si veda P. BARILE - U. DE SIERVO, “Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo”, cit., 553.

⁶⁴² *Ivi*, 1065, anche per i rimandi giurisprudenziali.

⁶⁴³ Così G. SABATINI, *Amnistia politica*, cit., 547. L'Autore sostiene che la nozione di “scopo di lucro” nel Codice penale «è utilizzata dal legislatore come circostanza di specificazione e di aggravamento della pena non mai per indicare un elemento essenziale e costitutivo del reato» (*ivi*, 549) e pertanto a maggior ragione con riferimento al *collaborazionismo*, che «importa una valutazione complessiva ed unitaria della condotta criminosa dell'agente», è conseguenza necessaria che «l'elemento psicologico del delitto di collaborazione e dei reati connessi segua una corrente necessariamente osmotica, sicché è sufficiente che uno dei delitti sia qualificato dallo scopo di lucro, perché tale scopo venga a caratterizzare l'intero complesso criminoso» (*ivi*, 550).

⁶⁴⁴ Così anche U. PIOLETTI, “Osservazioni sul decreto di amnistia...”, cit., 477, nonché M. RISSO, “In tema di amnistia”, cit. Quest'ultimo esclude che tale requisito sia integrato dalla «semplice percezione di uno stipendio di chi si pose volontariamente al soldo del tedesco invasore - in quanto - oggi è troppo facile assumere che ogni cittadino sollecito del bene della patria, avrebbe dovuto astenersi dal lavorare per il tedesco invasore, specie in opere di natura militare» (*ivi*, 764). Anche con riferimento al *collaborazionismo* economico, l'Autore rifiuta la distinzione fra imprese già esistenti prima dell'8 settembre, la cui collaborazione dovrebbe considerarsi coatta, e imprese sorte in seguito, da considerarsi collaborazioniste; ritiene invece che «essenziale e preliminare è invece l'indagine sulla spontaneità e attività della collaborazione» (*ibidem*), con la conseguenza che «s'impone una interpretazione rigorosa, restrittiva del decreto, che lasci il minor margine possibile alla permanenza di risentimenti e reazioni [...] - tuttavia - è forse prematuro stendere un velo pietoso su tutto un recente passato di errori e di vergogne che può trovare soltanto un'attenuante nel generale stato di confusione e smarrimento» (*ivi*, 765). Con riferimento a chi percepiva stipendi, anche se «vistosi», PITTALUNGA ritiene che debba sempre applicarsi l'amnistia, perché «tali stipendi erano inerenti all'impiego e non costituiscono quello scopo di lucro a cui la legge vuole alludere»; parimenti esclude in generale l'applicazione della causa ostativa a tutti i casi di *collaborazionismo* economico delle aziende che hanno collaborato con i tedeschi nel settore strategico e militare «in quanto gli utili che a costoro possono eventualmente essere derivati sono inerenti alla attività spiegata, e sarebbero loro sempre spettati con qualsiasi altro cliente, in cambio delle prestazioni contrattuali» (cfr. M. PITTALUNGA, “Questioni sull'amnistia”, cit., 652). In questo modo l'Autore sembra leggere nel concetto di lucro un requisito ulteriore di “lucro fraudolento” o in ogni caso di lucro indebito derivante da un vero e proprio “sfruttamento” dell'occupazione tedesca, mentre resterebbero escluse le condotte opportunistiche, per quanto remunerative. Il concetto di “profittatori” viene quindi ridotto al concetto di “speculatori”.

Si pretese inoltre che il lucro fosse «il movente essenziale⁶⁴⁵ dell'attività spionistica di collaborazionismo e non un fine generico di lucro possibile o probabile che ne sia soltanto la causa concorrente»⁶⁴⁶, essendo irrilevante se in occasione del rastrellamento siano stati asportati oggetti o denaro⁶⁴⁷.

Tra le condotte amnistrate grazie a queste interpretazioni, oltre alle sottrazioni compiute in occasioni di rastrellamenti, vi sono casi relativi alla cattura e consegna di militari anglo-americani e in generale episodi di delazioni di antifascisti e partigiani in cambio di una taglia, nonché i casi delle spie. Tra i casi più eclatanti⁶⁴⁸ vi è l'applicazione a Carlo Jaccarino, albergatore che ospitava la “villa triste” della Banda Koch, vero e proprio centro di detenzione e tortura dove la banda praticò lunghe e crudeli torture agli antifascisti ivi detenuti. Jaccarino, consapevole delle torture, riceveva ottime remunerazioni per la pigione dell'albergo e per il vitto⁶⁴⁹.

7. *L'amnistia Togliatti. Profili penalistici e profili di giustizia di transizione*

Dopo aver descritto nel dettaglio il testo dell'amnistia e l'applicazione che essa ha ricevuto, l'*amnistia Togliatti* sarà ora analizzata con intento sia di qualificazione, che valutativo. A tal fine si farà il massimo uso del duplice approccio che caratterizza tutto il presente lavoro. Infatti il diritto e il processo penale operano in maniera particolare ed anomala nei contesti di transizione. La nostra ricerca si sforza perciò di coniugare il rigoroso sguardo metodologico del penalista italiano, non solo con la comparazione, ma anche con il contributo fornito dalla dottrina della giustizia di transizione. Quest'ultima si caratterizza per un approccio interdisciplinare all'uso del diritto in siffatti contesti.

⁶⁴⁵ Non quindi quando esso sorga «occasionalmente» (Cass., 23 agosto 1946, *Pongiluppi*; Cass., 15 agosto 1946, *Treccani*) o non sia lo «scopo preordinato di lucro che si riferisca alla collaborazione» (Cass., 15 gennaio 1947, *Lanfist*).

⁶⁴⁶ Cass., 6 dicembre 1946, *Pozzi*.

⁶⁴⁷ Cass., 23 agosto 1946, *Pongiluppi*; Cass., 30 settembre 1947, *Falcone*; Cass. 15 novembre 1946, *Maccagni*; Cass., 15 novembre 1946, *Custodassi*; Cass., 23 novembre 1946, *Pedrana*.

⁶⁴⁸ Per una rassegna esaustiva si veda M. FRANZINELLI, *l'Amnistia Togliatti*, cit., 229 e ss.

⁶⁴⁹ *Ivi*, 234.

7.1 Profili penalistici

Il duplice orizzonte valutativo che caratterizza la ricerca è particolarmente necessario per l'istituto dell'amnistia, che si colloca di per sé, anche al di fuori dei contesti di transizione, al confine fra politica e diritto. Non si intende qui fare uso di tale duplice lente metodologica in un'ottica di contrasto, bensì al fine di ottenere maggiori parametri che ci permettano di formulare un giudizio sul caso di studio dell'*amnistia Togliatti*. Si inizierà dunque con i profili prettamente penalistici, così come sono stati enucleati dalla dottrina.

7.1.1 Il ruolo limitato del diritto

L'*amnistia Togliatti* viene dunque analizzata sia con riferimento ai parametri dell'epoca, che a categorie elaborate successivamente. Va preliminarmente evidenziato tuttavia un certo disinteresse della dottrina penalistica per l'istituto dell'amnistia, al di là degli aspetti procedurali⁶⁵⁰. Proprio perché le amnistie sono un «“prisma” del campo di tensione fra giustizia e politica»⁶⁵¹, sembra che la dottrina abbia ritenuto che la componente politica fosse dominante⁶⁵². Ad una pratica in cui l'amnistia è strumento costante di politica criminale, non corrisponde quindi in dottrina l'assoggettamento di tale strumento ad una «razionalità strumentale assiologicamente orientata»⁶⁵³. Ciò al fine di «valutarne la razionalità, sia sul piano della coerenza interna, che su quello della corrispondenza con punti di vista ‘esterni’,

⁶⁵⁰ Per il rapporto fra amnistia e processo penale si veda il lavoro di F. CORDERO, *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, Milano, Giuffrè 1957.

⁶⁵¹ Cfr. F. COLAO, *Il volto della nazione*, cit., 463. L'espressione “prisma” è di F. CORDERO, op. cit.

⁶⁵² Uno tentativo isolato è quello effettuato nel 1899 da Arturo ROCCO, con un articolo in cui tenta di sganciare amnistia, indulto e grazia dal carattere medievale della clemenza sovrana, per legarli allo Stato di diritto, cercando dei nessi con il diritto romano (A. ROCCO, “Amnistia indulto e grazia nel diritto penale romano”, in *Rivista penale*, 1899, 17 e ss.; sul tema si veda F. COLAO, *Il volto della nazione*, cit., 464).

⁶⁵³ Cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 35. Ivi l'Autore si riferisce all'aspirazione programmatica jheringiana di attrazione della clemenza all'interno delle funzioni del sistema di giustizia penale ricavabile dalle indicazioni costituzionali, saldando assieme gli aspetti positivi di tutela penale con quelli di legittimazione negativa.

sindacandone dunque pure i profili di utilità empirico-funzionali»⁶⁵⁴. Al contrario, vi è stata una «disattenzione verso i profili di giustificazione ‘materiale’», che «ha comportato la istituzionalizzazione della sua subalternità ad un mero principio di statuizione»⁶⁵⁵. Non pare cioè che si sia sufficientemente indagato il fondamento dell’istituto⁶⁵⁶, limitandosi invece ad una descrizione del fenomeno, al controllo del rispetto delle procedure formali ovvero a un dibattito sulla collocazione dogmatica dell’istituto nell’ambito delle cause estintive del reato, piuttosto che delle cause estintive della pena⁶⁵⁷ o delle scriminanti. Con riferimento all’amnistia, dunque, la dottrina non pare aver riservato al diritto un ruolo normativo.

⁶⁵⁴ *Ivi*, 50. Significativo il richiamo dell’Autore all’affermazione di MARXEN, secondo cui «uno stato che rivendica il monopolio del potere può venir meno all’onere di garantire la sicurezza giuridica in due modi, attraverso eccessi di potere (*Machtüberschreitung*), ma anche attraverso il fenomeno contrario dell’eccessivo allentamento dell’autorità (*Machtunterschreitung*)» (*ivi*, 51; citazione da K. MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, Heidelberg, Müller 1984, 7).

⁶⁵⁵ V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 43. Afferma lo stesso autore che «la clemenza non è stata concepita come ‘gemmazione’ del controllo punitivo» (*ivi*, 161) ed è quindi stata sottratta «ai consueti referenti costitutivi delle soglie di ragionevolezza politico-criminale» (*ivi*, 162).

⁶⁵⁶ Non si ritiene tanto che l’istituto sia privo di fondamento, quanto che «quel fondamento non costituisca proiezione di una ‘garanzia giuridica’ (appartenente al mondo dei significati prescrittivi) e, quindi, non partecipi ai principi di razionalità epistemica, concorrenti a delineare la base di legittimazione strumentale del controllo penale» (cfr. *ivi*, 59).

⁶⁵⁷ Mentre nel Codice Zanardelli l’amnistia aveva una dimensione nettamente processuale, quale causa di estinzione dell’azione penale, nel Codice Rocco l’amnistia è collocata all’interno della nuova categoria delle *Cause di estinzione del reato e della pena* (Libro I, Titolo VI). In particolare l’art. 151 c.p., che prevede l’amnistia, è inserito del Capo I, relativo alle *Cause di estinzione del reato*. La dottrina maggioritaria (si veda al riguardo P. POMANTI, *I provvedimenti di clemenza*, cit., 120), distingue fra l’amnistia propria (che interviene prima della condanna), che estinguerebbe la punibilità in astratto, e quella impropria (successiva), che verrebbe invece ad incidere sulla punibilità in concreto. Tale dicotomia non si riflette tuttavia nel Codice in una duplice previsione (a differenza ad esempio della morte del reo, prevista all’art. 150 c.p. fra le cause di estinzione del reato, se interviene prima della condanna, e all’art. 171 c.p. fra le cause di estinzione della pena, se interviene successivamente). Una ricostruzione dei differenti orientamenti dottrinali sul punto è offerta da POMANTI (*ivi*, 91 e ss.), cui si rimanda in particolare per la tesi di MANZINI che paragona l’amnistia all’*abolitio criminis* (*ivi*, 97), per la tesi di GALLO che ritiene che l’istituto abbia natura processuale (*ivi*, 98), quella di PAGLIARO, che la qualifica come causa di improcedibilità sopravvenuta (*ivi*, 100), di SANTORO che parla di cause di esclusione della punibilità (*ibidem*), di CARNELUTTI che preferisce la nozione di cause di estinzione degli effetti penali (*ibidem*), ovvero di condizione risolutiva del reato inteso come atto giuridico illecito (*ivi*, 121), di PETROCELLI che parla di rinuncia della pretesa punitiva (*ivi*, 101) e degli altri indirizzi che introducono i concetti di estinzione della pretesa punitiva, del diritto soggettivo a punire, del rapporto giuridico punitivo (*ibidem*); FRANCHINA parla di cause impeditive dell’attuazione della legge penale (cfr. G. FRANCHINA, “Del fondamento e della natura sostanziale e formale dei cosiddetti ‘atti di clemenza’», in *La giustizia penale*, 1966, 289 - 318, 315). ZAGREBELSKY ritiene che l’amnistia incida solo sulla norma secondaria (quella che fissa la sanzione) rendendola inapplicabile, introducendo una deroga al precetto secondario, senza incidere tuttavia sulla

Tale disattenzione si è protratta fino ad anni recenti, anche quando l'elaborazione critica dei giuristi, dapprima concentrati solo sulla punibilità, è giunta a indagare anche l'area della non punibilità. Tale sviluppo è tuttavia avvenuto a fronte dello sviluppo del c.d. diritto penale premiale e non si è esteso sino a coinvolgere l'istituto dell'amnistia e ad elaborarne uno statuto politico-criminale. Manca dunque ancora un "modello idealtipico" della potestà⁶⁵⁸, un'individuazione cioè dei limiti materiali al suo esercizio⁶⁵⁹. Nonostante la progressiva attrazione della competenza da parte del Parlamento, l'amnistia parrebbe dunque essere considerata l'ultimo retaggio dell'Antico Regime⁶⁶⁰, espressione originaria del potere sovrano⁶⁶¹.

norma primaria (G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, cit., 69). A prescindere dalle diverse denominazioni, il dibattito ruota attorno all'effetto delle cause di estinzione del reato e nella fattispecie se esse estinguano la punibilità in astratto ovvero in concreto. Sulle diverse posizioni a riguardo si rinvia a P. POMANTI, *I provvedimenti di clemenza*, cit., 106 - 116. Sul tema si veda anche V. MAIELLO, "La clemenza tra dommatica e politica criminale", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, 1029 - 1090, 1043.

⁶⁵⁸ Cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 85.

⁶⁵⁹ A titolo esemplificativo si pensi alla posizione di STORTONI, profondamente critico verso l'amnistia, salvo che non sia emanata nell'ipotesi eccezionale e di assoluta necessità dell'indomani di una guerra civile. Egli ritiene che amnistia e indulto abbiano un «carattere del tutto discrezionale sia nei contenuti che nei momenti di emanazione: essi peraltro sono legittimati dall'espressa previsione costituzionale dell'art. 79» (cfr. L. STORTONI, "Profili costituzionali della non punibilità", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, 626 - 678, 663). Anche in epoca repubblicana sembra quindi ritenersi che, per il solo fatto di essere prevista nella Costituzione, senza l'imposizione «di alcun criterio» (*ivi*, 660), l'amnistia sia di per sé legittima, una deroga espressa ai principi di razionalizzazione che guidano la tutela penale; ciò indipendentemente dal contenuto della stessa, fino all'arbitrio. Mai tuttavia tale posizione è stata assunta dalla Corte costituzionale, nemmeno nei primissimi anni, laddove essa si è limitata a dire che, in virtù dell'art. 79 Cost. che prevede l'istituto dell'amnistia, «è inconcepibile considerarlo, *in sé e per sé*, incompatibile con la Costituzione» (corsivo Nostro; cfr. Corte cost., 12 dicembre 1963, n. 171, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1963, 1690). Per ulteriori riferimenti dottrinali circa il carattere discrezionale e potestativo dell'amnistia si veda V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 47, sub nota n. 46.

⁶⁶⁰ Nella ricostruzione storica sull'origine della clemenza operata da ZAGREBELSKY, il costituzionalista sottolinea come essa tragga origine da presupposti giusnaturalistici e dalla giustificazione sacrale del potere del principe, che proprio nella monarchia assoluta hanno trovato massima esplicazione in termini trascendenti. Tutto ciò è tuttavia avvenuto principalmente «nei paesi di cultura romanistica ove tale idea era tutt'altro che estranea alla tradizione medievale» (cfr. G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, cit., 32), ma anche con influenze nel mondo anglosassone (*ivi*, 34 e ss.).

⁶⁶¹ Coerentemente gli stessi illuministi avversavano la clemenza, proprio perché la concepivano come potestà sovrana arbitraria e pertanto «strumento eversivo di un ordinamento retto da istituzioni obbedienti alla cultura della ragione» (cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 91). Si rimanda all'opera di MAIELLO per le posizioni di BECCARIA (*ivi*, 92) e FILANGIERI (*ivi*, 97); se il primo esclude il ricorso alla clemenza, il secondo la ammette in due casi: 1) quello in cui l'impunità,

Si è creato dunque un circolo vizioso fra l'atteggiamento della dottrina e la prassi legislativa. Da un lato, cioè, la dottrina si asteneva dall'esercitare un ruolo critico, ritenendo che il merito della clemenza fosse esercizio della discrezione politica, e lasciava così mano libera al legislatore; dall'altro, quest'ultimo faceva un uso così eccessivo ed arbitrario di tale libertà, da legittimare ulteriormente la

invece che offrire adito al delitto, costituisce incoraggiamento alla virtù; 2) il caso della *popolazione intera delinquente*, ossia «quando un gran numero di cittadini vien sedotto da uno spirito torbido ed inquieto [...] allora la salute della Repubblica, che dev'essere la suprema legge dello Stato, può esigere il silenzio della particolar legge» (*ivi*, 100; citazione da G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Livorno, Filadelfia 1807, 406). BENTHAM auspica una società in cui il legislatore faccia buone leggi e non sia necessaria l'amnistia come correttivo per le leggi troppo dure; l'amnistia è infatti comunque vista come un male, anche se necessario. Egli ammette tuttavia l'uso della clemenza pacificatrice, intesa come relativa ai casi di «sedizioni, cospirazioni, disordini pubblici - quando - la pena farebbe più male che bene» (*ivi*, 106; citazione da J. BENTHAM, *Traité*s, cit., 210). Per la posizione di KANT si veda *ivi*, 110. Se quindi gli illuministi vedono nell'amnistia uno strumento inutile ovvero eversivo da sradicare, in seguito si riscontrano alcuni isolati tentativi di rapportarsi all'amnistia con un approccio teleologico di politica criminale, pur se mai giunti ad una compiuta elaborazione dogmatica dell'istituto. Ci si riferisce all'approccio di ROMAGNOSI, che la legge in funzione di prevenzione generale (*ivi*, 125) e a quello di CARMIGNANI, il quale ammette l'amnistia, fra l'altro, in ipotesi di «troppo gran numero di delinquenti» (*ivi*, 128; citazione da G. CARMIGNANI, *Elementi del diritto criminale*, Napoli, Androsio 1854, 110). Si tratta tuttavia di elaborazioni isolate. CARRARA riconosce la funzione dell'amnistia, in quanto la giustizia penale «interviene [...] onde impedire che si punisca ove essa lo vieta, ma non per imporre che si punisca sempre ove essa lo comanda, se al suo comando non risponda il bisogno della tutela giuridica, o l'obbedirvi espone a pericoli maggiori il diritto che si vuol proteggere» (*ivi*, 134). Tuttavia egli ribadisce la pertinenza dell'amnistia all'ambito delle valutazioni puramente politiche, «perché solo il potere esecutivo è in grado di riconoscere i bisogni della Nazione che per servizio della pubblica pace comandano siano coperti di oblio certi fatti» (*ivi*, 137; citazione da F. CARRARA, *Programma dal corso di diritto criminale. Parte speciale*, VII, 4° ed., Prato, Cammelli 1883, sub § 711, 496). Si tratta quindi di un istituto sottratto al giurista, potenzialmente eversivo dell'armonia sistematica (così *ivi*, 139). Quanto alla Scuola Positiva, se da un lato essa criticava l'uso pratico dell'amnistia nella storia d'Italia, eccessivo e paternalistico, dall'altro non riteneva che l'istituto dovesse essere eliminato, bensì che dovesse essere orientato al principio di difesa sociale. In questo senso l'opera cardine è costituita da P. MARSICH, «L'obiettività giuridica dell'amnistia», in *Scuola Positiva*, 1923, 360 e ss. Per l'Autore, sia il reato che la pena sono orientati al principio della difesa sociale, inoltre non solo il reato, ma anche la punizione, che è in generale un atto di difesa sociale, costituisce una lesione sociale, in quanto offende beni fondamentali dell'individuo, che sono apprezzabili anche da parte dell'intera collettività. In determinati casi inoltre la punizione costituisce una maggiore lesione sociale, perché «la lotta giuridica rinfocola odi, risentimenti, passioni che giova siano sopiti». In tali casi eccezionali, allora, l'amnistia sarà ammissibile (e necessaria) quando anch'essa serva la difesa sociale, quando cioè la punizione «difendendo la società offesa dal reato col mezzo dell'intimidazione, raggiunge minore efficacia di quella che potrebbe essere raggiunta col mezzo della clemenza» (*ivi*, 362). La prospettiva di MARSICH è stata più di recente portata avanti da N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale*, cit. [per il tramite dello sviluppo del principio di difesa sociale portato avanti da A. BARATTA, «Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale», in *La questione criminale*, 1975, 7 e ss.; *ivi* in particolare si definisce la criminalità come «violazione della legge penale - e - comportamento di una minoranza deviante» (*ivi*, 11); si legge inoltre: «la pena non ha la funzione di retribuire, ma di prevenire il crimine [...] come sanzione concreta essa esercita la funzione di risocializzare il delinquente» (*ivi*, 13)].

concezione del carattere potestativo della clemenza e l'atteggiamento fatalista della dottrina⁶⁶².

Se volessimo supplire oggi alle carenze della dottrina di ieri e leggere le amnistie di cinquant'anni di Repubblica alla luce del principio di ragionevolezza⁶⁶³, sarebbe difficile evitare una censura di irragionevolezza⁶⁶⁴. A tale conclusione si giunge sia avendo riguardo al c.d. "punto di vista esterno" (in prospettiva cioè teleologica, di politica criminale), che al c.d. "punto di vista interno" (in relazione alla coerenza interna e alla logicità dei contenuti normativi)⁶⁶⁵. Quanto al primo aspetto infatti, sino al 1990 si registra un uso ciclico dell'amnistia, trasformata (assieme all'indulto) in strumento permanente di deflazione del carico giudiziario e di svuotamento delle carceri, in chiave vicaria dell'*abolitio criminis*⁶⁶⁶. Con ciò si privava del tutto l'amnistia del requisito di eccezionalità dei presupposti⁶⁶⁷, con serie conseguenze in relazione all'effettività del sistema punitivo⁶⁶⁸. Da un punto di vista

⁶⁶² L'espressione "fatalismo" è usata da V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 313. Quanto all'uso dell'amnistia nella prassi, si è affermato: «è troppo noto come l'amnistia rappresenti, nei termini in cui viene concretamente e ricorrentemente utilizzata, uno strumento di vera e propria perversione politico-criminale e un fattore di dissoluzione della prevenzione generale» (cfr. T. PADOVANI, «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, in AA. VV., *La legislazione premiale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, Giuffrè 1984, 39 -74).

⁶⁶³ Si esporrà fra poco l'evoluzione del rapporto fra principio di ragionevolezza e amnistia nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Il controllo di ragionevolezza, in generale, non è sancito come tale nella Costituzione, ma è frutto di un lungo e complesso percorso interpretativo da parte della Corte costituzionale, sulla base del principio di eguaglianza formale, di cui all'art. 3 c. 1 Cost.; per una ricostruzione di tale percorso, si veda G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, IV ed., Torino, Giappichelli 2012, 394 - 435.

⁶⁶⁴ A tale conclusione giunge anche MAIELLO (V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 267).

⁶⁶⁵ *Ibidem*. Per l'elaborazione ed evoluzione dottrinale della bipartizione fra "punto di vista esterno" e "punto di vista interno", si veda *ibidem*, sub nota 112.

⁶⁶⁶ Espressione ripresa da *ivi*, 272.

⁶⁶⁷ Si differenziano il D.p.R. 25 ottobre 1968, n. 1084 e il D.p.R. 22 maggio 1970, n. 283, che rispondono a finalità di pacificazione in relazione alle agitazioni studentesche degli anni '60. Anche l'ultima amnistia, emanata con D.p.R. 1 aprile 1990, n. 75, risponde a logiche differenzi. Essa è infatti finalizzata ad una decongestione nel passaggio dal vecchio al nuovo Codice di procedura penale.

⁶⁶⁸ Secondo PULITANÒ, «ogni amnistia costituisce essa stessa, in un certo senso, una rottura della legalità» e del principio di uguaglianza (cfr. D. PULITANÒ, "Il significato della clemenza", in *Quale Giustizia*, 1970, 109 - 115, 109). Egli parla della clemenza come "mistificazione", anche nei casi della clemenza di pacificazione (il riferimento dell'Autore è tuttavia a quelle del 1968 e 1970), nel senso di «copertura e surrogata di mancate riforme» (*ivi*, 113). Continua infatti l'Autore: «la clemenza come

interno, invece, l'irragionevolezza si manifesta nelle esclusioni oggettive di reati pur rientranti nel margine edittale di volta in volta amnistiata, ovvero di inclusione di reati non rientranti in tali limiti di pena⁶⁶⁹.

7.1.2 Gli studi dei costituzionalisti

Gli accademici iniziano ad interessarsi dell'amnistia solamente a partire dalla fine degli anni Settanta. Non saranno tuttavia i penalisti, in quegli stessi anni impegnati a riflettere sulla teoria generale del reato alla luce della Costituzione⁶⁷⁰, bensì i costituzionalisti⁶⁷¹. Essi si impegnano in un tentativo di rompere il legame fra clemenza e potestà assoluta e di delineare un volto costituzionale dell'esercizio del potere di clemenza. In particolare si legge il potere di clemenza alla luce del

eccezione, cioè, conferma la repressione come regola; e proprio con l'eliderne talune asprezze ne preserva la vitalità. E' dunque introducendo nel sistema penale la suprema contraddizione [...] che la coerenza dei suoi vecchi principi viene garantita e resa accettabile» (*ivi*, 114). Una mistificazione quindi, come copertura «di un disegno politico: quello della conservazione della vecchia giustizia, così com'è» (*ibidem*). Di nuovo quindi, l'amnistia si presenta come cattiva coscienza del legislatore. MAIELLO parla di uso pratico di amnistia e indulti come «rovescio speculare dei processi di criminalizzazione primaria, costituendo spesso la risposta indulgenziale a scelte repressive puramente simboliche» (cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 55). Egli menziona anche un esercizio del potere di amnistia e di indulto «come eccezionale strumento autopoietico [...] quale forma autoreferenziale del sistema penale razionalmente dis-misurato» (*ivi*, 57). Parimenti MANTOVANI definisce l'amnistia del 1968 quale segno dell'inquietudine del legislatore. Quest'ultimo, consapevole di non aver adempiuto agli obblighi di solidarietà sociale imposti dalla Costituzione e perciò di non poter pretendere dalle classi subalterne la rigorosa osservanza del metodo democratico, ricorre al «compromesso taumaturgico dell'amnistia» (*ivi*, 242, citazione da F. MANTOVANI, "Terre d'amnistia", in *Temì*, 1970, 409 e ss.)

⁶⁶⁹ L'esempio più lampante è dato dal D.p.R. 22 maggio 1970, n. 283, destinato a coprire i reati commessi in occasione delle manifestazioni studentesche del '68. Esso tuttavia include, all'art. 5, anche il peculato per distrazione, come compensazione alla classe borghese dell'amnistia agli studenti. Si veda A. SANTOSUOSSO, *Gli anni '50 e '60*, cit., 148.

⁶⁷⁰ Ci si riferisce all'opera di BRICOLA, fra tutte F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, 1973, 7 e ss.

⁶⁷¹ In particolare ZAGREBELSKY con il citato lavoro del 1974 (G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, cit.; nonché G. ZAGREBELSKY, *Commento all'art. 70 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Bologna, Zanichelli 1979, 116 - 149) e GEMMA (G. GEMMA, "Amnistia e indulto: revisione costituzionale o nuova giurisprudenza?", cit.; ID., "Profili costituzionali dell'amnistia, dell'indulto e del condono fiscale", in *Archivio giuridico*, 1973, 35 e ss.; G. GEMMA, *Principio costituzionale di uguaglianza*, cit.). A ZAGREBELSKY in particolare si deve la svolta per cui la clemenza non viene più affrontata alla stregua delle *regole*, bensì diventa dominio dei *principi* (così V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 304).

principio di uguaglianza⁶⁷² e quindi si ammette la sindacabilità del contenuto dell'ammnistia alla luce del principio di ragionevolezza, che in tale ipotesi si concreta proprio nell'eccezionalità e irripetibilità della situazione di fatti chiusi nel tempo⁶⁷³.

Nell'opera dell'illustre costituzionalista che ha per primo affrontato il tema, vengono quindi individuate due ipotesi di clemenza compatibile con il principio di ragionevolezza⁶⁷⁴: la clemenza con finalità di giustizia (a fronte di una mutata valutazione del giudizio di illiceità penale, *ex post*)⁶⁷⁵ e (caso rilevante per la presente analisi) la clemenza per fini politici. In tale ultima ipotesi non vi è un mutamento di giudizio sul disvalore della condotta (e di conseguenza sull'adeguatezza della valutazione legislativa predeterminata in via generale e astratta); al contrario, elementi politici comportano un giudizio di inopportunità di applicazione della norma incriminatrice (quindi esclusivamente sul piano della punibilità in concreto)⁶⁷⁶. Anche per questa amnistia, in cui sicuramente rientra

⁶⁷² Da qui in poi si fa riferimento alla chiave di lettura di ZAGREBELSKY.

⁶⁷³ «Per ciò che riguarda i provvedimenti di clemenza non arbitrari o non lesivi del principio di eguaglianza, ciò che importa è che il motivo su cui essi si basano sia tale da riferirsi a serie di comportamenti oggettivamente individuabili con caratteristiche proprie nell'insieme delle fattispecie concrete [...] che possono portare ad un giudizio [...] di ingiustizia circa l'applicazione della legge comune ovvero anche di inopportunità politica delle eventuali condanne e delle pene» (cfr. G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, cit., 89).

⁶⁷⁴ L'Autore si riferisce ad ipotesi di amnistia compatibili con il principio di uguaglianza in senso sostanziale, in quanto invece qualsiasi tipo di amnistia corrisponde sempre a una lesione del principio di uguaglianza inteso in senso formale.

⁶⁷⁵ *Ivi*, 86. La variazione del giudizio sul disvalore non deve essere permanente, bensì legata ad un contesto eccezionale e chiuso nel tempo, sempre determinato da fattori eccezionali e imprevedibili. Se invece il mutamento di giudizio fosse permanente, un'amnistia non sarebbe ammessa e sarebbe necessaria una riforma legislativa. Un'eccezione è data dal caso in cui l'amnistia si accompagni alla riforma e quindi ne anticipi retroattivamente gli effetti (in un certo senso è la logica seguita dall'amnistia del '90, pur se trattasi di riforma processuale e non sostanziale). Secondo MAZZACUVA, la clemenza determinata da un giudizio di ingiustizia su di un'eventuale condanna o sulle pene già inflitte, si colloca «in una dimensione "neutrale" [...] esente da rilievi d'ordine politico» (cfr. N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale*, cit., 22).

⁶⁷⁶ Nella sua analisi penalistica, Giovanni FRANCHINA vede in questo elemento la differenza fra l'amnistia di pacificazione e le amnistie "partigiane" per azioni commesse contro il vecchio regime allo scopo di eliminarlo: le esigenze alla base delle prime «non ineriscono alla qualificazione dei fatti, fissata dalle norme incriminatrici, con la conseguenza che non viene meno la illiceità penale, pur non trovando attuazione le sanzioni stabilite, per esigenze di pacificazione sociale». Nel caso delle seconde, invece, l'amnistia «incide sul contenuto sostanziale delle leggi penali violate, giacché quel che era considerato reato diviene azione meritoria» (cfr. G. FRANCHINA, «Del fondamento e della natura sostanziale...», cit., 294).

l'amnistia Togliatti, il criterio «di discriminazione tra le ipotesi di uso legittimo e quelle di uso illegittimo della clemenza è [...] quello della esistenza di una situazione eccezionale e presumibilmente irripetibile»⁶⁷⁷, guardando in particolare alle «diversità oggettive che consentano di individuare classi di fatti diversi». Tuttavia lo stesso Autore riconosce che, in tale ambito, si tratta di un criterio «non rigoroso, forse confuso se non addirittura contraddittorio»⁶⁷⁸.

A tale contributo dottrinale va sicuramente il merito di aver posto il problema della sindacabilità del contenuto dell'amnistia. Si tratta tuttavia di una prospettiva puramente costituzionalistica, in cui il canone della ragionevolezza è utilizzato in chiave oggettiva ed estrinseca (richiedendo che la classe di fatti amnistiati abbia delle autonome caratteristiche eccezionali). Manca cioè un uso della ragionevolezza in chiave teleologica⁶⁷⁹, ai fini di un più stretto controllo di politica criminale di

⁶⁷⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, cit., 93.

⁶⁷⁸ Cfr. *ivi*, 94. Per questo l'Autore ritiene incostituzionali sia le amnistie celebrative che quelle partigiane. Tale visione è supportata anche dal penalista MAZZACUVA. Egli ritiene che se il criterio di selezione, invece di basarsi sulla caratteristica oggettiva dei fatti, si basasse sui motivi politici e le opinioni politiche, l'amnistia si porrebbe in contrasto, oltre che con l'art. 3 Cost., anche con altri principi costituzionali, ad esempio quelli ex artt. 18, 21, 49 Cost. (così N. MAZZACUVA, "L'uso della clemenza...", cit., 485). Per l'incostituzionalità delle amnistie celebrative si veda *ivi*, 489, nonché N. VITALE, "Contro l'amnistia", cit., 1054. MAZZACUVA ritiene tuttavia che, al di là dell'enunciazione formale, «il numero delle amnistie puramente celebrative sia meno consistente di quanto possa apparire a prima vista ed anzi si rivelerà talmente limitato da rendere priva di qualsiasi rilevanza pratica questa possibile funzione dell'amnistia» (cfr. N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale*, cit., 24). MAZZACUVA parifica l'arbitrarietà delle amnistie puramente celebrative ai provvedimenti destinati a sfollare le carceri o a ridurre il lavoro degli uffici giudiziari (*ivi*, 490). In particolare l'Autore si richiama alle conclusioni, già menzionate, di PULITANÒ. Entrambi gli Autori dunque considerano tale tipo di clemenza, specie se esercitata periodicamente, una surroga di mancate riforme (in particolare la delimitazione della sfera dell'illecito penale imposta dal rispetto dei principi costituzionali, secondo quanto evidenziato da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 14 e ss.), che dovrebbero consentire alla giustizia penale di adempiere regolarmente alla sua funzione (D. PULITANÒ, "Il significato della clemenza", cit., 113). In questo modo la clemenza assume un carattere politico, finalizzato al mantenimento del vecchio assetto costituzionale. Differentemente POMANTI sostiene che quanto alle amnistie più recenti, finalizzate ad alleggerire il carico dei processi o a svuotare le carceri, «si potrebbe sostenere che, anche in tali ipotesi, la clemenza medesima risulti assolvere alle sue funzioni proprie in quanto orientata all'affermazione di principi e valori di rango costituzionale e precisamente all'affermazione del principio del giusto processo (anche per quanto concerne i temi dello stesso) e del significato della pena nel senso di recupero e reinserimento voluto dalla Costituzione» (cfr. P. POMANTI, *I provvedimenti di clemenza*, cit., 21).

⁶⁷⁹ Osservazione contenuta in G. GEMMA, "Principio di eguaglianza ed amnistia: la Corte sbaglia bersaglio", in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, 2485 e ss., 1490. Osserva in particolare l'Autore che alla ragionevolezza occorre chiedere, premesso un giudizio di meritevolezza e bisogno di pena ad esempio dello stupro commesso in una guerra civile, che cosa possa giustificare un'amnistia che lo ricomprensca (Osservazioni riprese da V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 316). GEMMA porta avanti la prospettiva di ZAGREBELSKY non interrogandosi sul limite della clemenza, quanto sul

orientamento costituzionale e di congruenza con i compiti di tutela del diritto penale. Non ci pare pertanto che tale lavoro possa tornare utile per valutare l'*amnistia Togliatti*.

La Corte costituzionale, dal canto suo, negli anni '60 afferma inizialmente l'insindacabilità dell'amnistia⁶⁸⁰. Con la parziale svolta della già menzionata sentenza del 14 luglio 1971, n. 17, assoggetta invece l'amnistia al principio di ragionevolezza, continuando tuttavia ad affermare l'insindacabilità del merito. Già a partire dalla sentenza del 12 febbraio 1976, n. 32⁶⁸¹, la Corte effettua un vero e proprio scrutinio di legittimità dell'amnistia, pur senza negare espressamente il principio dell'insindacabilità⁶⁸². Solo con la sentenza del 23 marzo 1988, n. 369⁶⁸³ essa afferma espressamente che «tutte le volte in cui si rompe il nesso costante tra reato e punibilità e quest'ultima viene utilizzata per fini estranei a quelli relativi alla difesa dei beni tutelati attraverso l'incriminazione penale, tale uso, nell'incidere negativamente sul principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., deve trovare la sua "giustificazione" nel quadro costituzionale che determina il fondamento ed i limiti dell'intervento punitivo dello Stato»⁶⁸⁴. La Corte salda quindi le finalità dell'amnistia con quelle delle pene e fonda così la clemenza in chiave teleologico-costituzionale⁶⁸⁵. Un siffatto paradigma funzionale sembra però essere stato abbandonato nelle due pronunce successive in tema di clemenza (nel 1995 e 2004,

presupposto giustificativo della stessa, che individua nel perseguimento degli stessi scopi della norma penale. Tale visione poggia su una concezione utilitaristica della sanzione, e non meramente retributiva. Tale concezione porta a ritenere che, in circostanze eccezionali, la funzione della pena si realizzi non con la sua irrogazione, bensì con la sua deroga.

⁶⁸⁰ Si veda V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 334.

⁶⁸¹ Corte cost., 12 febbraio 1976, n. 32, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, 126.

⁶⁸² Così V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 342.

⁶⁸³ Corte cost., 23 marzo 1988, n. 369, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, 1587 - 1588. Si veda al riguardo anche G. INSOLERA, "Le clemenze "anomale"", cit., 1.

⁶⁸⁴ La Corte poi aggiunge che «la 'non punibilità' o la 'non procedibilità', dovuta a situazioni successive al commesso reato [...] deve comunque essere valutata in funzione delle finalità 'proprie' delle pene: ove l'estinzione della punibilità irrazionalmente contrastasse con tali finalità, ove risultasse variamente arbitraria [...] non potrebbe considerarsi costituzionalmente legittima».

⁶⁸⁵ Secondo MAIELLO ciò costituisce il frutto dell'esperienza del teleologismo di matrice roxiniana (V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 344).

relative tuttavia non ad amnistia, bensì ad ipotesi di condono edilizio)⁶⁸⁶. Ivi pare infatti prevalere il principio del bilanciamento di beni eterogenei, ritenendo sufficiente il parametro del “ragionevole fondamento”.

Già ne 1997, la Corte aveva poi ribadito come competa esclusivamente al legislatore la scelta del criterio di discriminazione fra reati amnestiabili e non⁶⁸⁷, mostrandosi più sensibile alle lesioni del principio di uguaglianza per difetto di amnistia, piuttosto che per eccesso ingiustificato⁶⁸⁸.

7.1.3 L'analisi dei penalisti

La dottrina penalistica in relazione all'istituto dell'amnistia è, come detto, molto limitata, rispetto a quella sulla punibilità in senso costituzionalmente orientato e sulla non punibilità intesa come premialità⁶⁸⁹. Preso atto della polivalenza dell'istituto dell'amnistia⁶⁹⁰, la pacificazione sociale è ritenuta univocamente una

⁶⁸⁶ Si veda *ivi*, 346, anche per rimandi bibliografici.

⁶⁸⁷ Si veda Corte cost., 18 luglio 1997, n. 272.

⁶⁸⁸ In questo senso G. GEMMA, “Principio di eguaglianza ed amnistia...”, cit., 2487.

⁶⁸⁹ La clemenza è estranea al concetto di premialità, in quanto «mentre il premio lascia presupporre un ravvedimento [...] la clemenza [...] nulla chiede in cambio e rimane caratterizzata dall'assoluta gratuità» (cfr. P. POMANTI, *I provvedimenti di clemenza*, cit., 3). Quanto agli studi dedicati al settore della «non punibilità ordinaria» si veda V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 327.

⁶⁹⁰ Così N. MAZZACUVA, “L'uso della clemenza...”, cit., 475. Nello stesso senso anche G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia*, cit., 5; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 776 e P. POMANTI, *I provvedimenti di clemenza*, cit., 9. Quest'ultimo in particolare (*ibidem* e ss.) individua, sulla base delle differenti ricostruzioni dottrinali, cinque funzioni attribuite alla clemenza in generale, compresa l'amnistia:

- 1) funzione pacificatrice;
- 2) funzione promozionale [al pari della funzione promozionale del diritto penale come strumento per la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale e degli scopi prefigurati dalla Costituzione. In quest'ottica «amnistia e indulto potrebbero anche essere intesi come premi concessi sulla fiducia e sotto forma di “sconto”, ma che esigono, quale controprestazione, un impegno equivalente alla risocializzazione e rieducazione ovvero che il reso o condannato si astenga dal commettere ulteriori reati» (*ivi*, 14; sul tema anche F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA. VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, Giuffrè 1983, 23 e ss.)];
- 3) funzione di difesa sociale;
- 4) funzione strumentale (ad esempio in connessione all'entrata in vigore del nuovo codice processuale);
- 5) funzione partigiana o celebrativa.

L'Autore stesso propone una nuova funzione della clemenza come strumento di politica costituzionale orientata a difesa dei beni giuridici, sulla base di una teoria prescrittiva del reato costruita su base costituzionale; l'amnistia è intesa quindi come «strumento ad orientamento costituzionale previsto dal

giustificazione per l'amnistia, persino dai chi nega che l'amnistia debba trovare cittadinanza nel nostro ordinamento⁶⁹¹. A maggior ragione quando la pacificazione interviene dopo lotte sociali che hanno determinato un mutamento nell'assetto

sistema penale quale correttivo del sistema medesimo, allorquando si presenti la necessità di riaffermare principi e valori di rango costituzionale» (P. POMANTI, *I provvedimenti di clemenza*, cit., 19). L'amnistia e la clemenza in generale diventano quindi, alla luce del principio di offensività, strumenti di quella «“depenalizzazione” in senso improprio», le cui linee guida si rinvergono nella Costituzione (*ivi*, 30). In quest'ottica, l'amnistia non solo non viene eliminata dall'ordinamento, bensì «amnistia, indulto e grazia [...] debbono considerarsi istituti ordinari del sistema penale ad applicazione straordinaria ed eccezionale» (*ivi*, 31). Tale Autore (*ivi*, 45) è conseguentemente contrario alla limitazione, proposta da MAIELLO (V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 427), della clemenza costituzionalmente legittima alle ipotesi della clemenza pacificatrice e di quella di giustizia. POMANTI ritiene invece che non sia possibile prevedere un elenco esaustivo di fini della stessa, in quanto essa deve essere funzionale alle finalità della pena, ma anche alla garanzia di altri principi generali del diritto, sempre di ispirazione costituzionale. Sulla stessa linea di MAIELLO, invece, anche PADOVANI ritiene che vi siano solo due «ipotesi compatibili con un criterio di ragionevolezza sostanziale, tale da giustificare la rottura dell'uguaglianza che ogni amnistia, inevitabilmente, trae seco» (cfr. T. PADOVANI, «Premio» e «corrispettivo», cit., 65). Esse sono, da un lato, l'amnistia ad uso «meramente “politico”» (*ivi*, 66; egli l'ammette solo per l'amnistia pacificatrice e non per la clemenza partigiana, né per quella celebrativa, né per quella diretta allo sfollamento delle carceri); dall'altro, l'amnistia per esigenze di giustizia (e cioè nel caso in cui venga meno il disvalore sociale, oppure nel caso delle amnistie strumentali, cioè di transizione precedente a una modifica della legislazione penale; *ibidem*).

⁶⁹¹ Ci si riferisce a C.E. PALIERO, *Codice penale e normativa complementare*, Milano, Cortina 2002, VII. Egli afferma l'auspicio che la clemenza possa essere «solo oggetto di curiosità dello storico del diritto, e non mai *vademecum* del giurista positivo - con un'eccezione per gli ordinamenti - funestati da conflitti o sovvertimenti socio-politici». Si ricorda il già citato riconoscimento della necessità di amnistia di pacificazione in situazioni eccezionali da parte dello stesso BENTHAM (J. BENTHAM, *Traité*, cit., 210). La posizione più radicale resta dunque ancora quella di VITALE, che nel 1946 mostrava dissenso anche nei confronti dell'*amnistia Togliatti*, auspicando che amnistia, indulto e condono fossero cancellati dal Codice penale (N. VITALE, “Contro l'amnistia”, cit., 1072). In particolare, egli ammette, per assurdo, l'amnistia di pacificazione solo nell'ipotesi in cui tutti fossero colpevoli o tutti dovessero scontare una pena; in ogni altra ipotesi le nega cittadinanza, in quanto mette offensori e offesi sullo stesso piano, anzi premia chi ha commesso dei reati, a scapito di chi, anche nel periodo di tensioni sociali, ha rispettato le regole imposte dal gruppo dominante (*ivi*, 1055). Gli replica MAZZACUVA, affermando che tuttavia sono proprio coloro che hanno agito in modo riprovevole, coloro i quali lo Stato ha interesse a recuperare, anche con l'uso della clemenza (N. MAZZACUVA, “L'uso della clemenza...”, cit. 482). L'esigenza, in determinati momenti storici, di amnistia di pacificazione, combinata all'uso dell'indulto, è ben enunciata da FRANCHINA. Egli afferma che: «in correlazione con le esigenze di pacificazione sociale che consigliano, in determinate circostanze, di stendere un velo su fatti il cui ricordo, reso più vivo dal rumore del processo o dalla sopravvivenza delle conseguenze più appariscenti, può suscitare reazioni pericolose per l'ordine pubblico, sorge l'esigenza di non eseguire o di mitigare le sanzioni penali per quei fatti, avvenuti nelle stesse circostanze dei primi, e la cui gravità, pur non consentendo di stendere su di essi il velo dell'oblio, non esclude che gli stessi siano meritevoli di particolare considerazione» G. FRANCHINA, “Del fondamento e della natura sostanziale...”, cit., 296.

politico-economico dello Stato⁶⁹². Un Autore pone l'attenzione sul criterio di selezione degli illeciti amnistiati, anche se in maniera più descrittiva che prescrittiva⁶⁹³. Altro Autore propone come criterio guida quello del principio di proporzione e dei principi di necessarietà ed idoneità della tutela penale⁶⁹⁴, un

⁶⁹² MAZZACUVA ritiene che dove i conflitti sociali non determinino un tale mutamento, «l'istituto dell'amnistia viene utilizzato al fine di riorganizzare il consenso dei "governati" proprio verso quella stessa gerarchia di valori (tutelati penalmente) che le lotte sociali avevano, invece, posto in discussione» (cfr. N. MAZZACUVA, "L'uso della clemenza...", cit., 476). Similmente alle valutazioni, già menzionate, di PULITANÒ in relazione alle amnistie per le rivolte studentesche del '68 (D. PULITANÒ, "Il significato della clemenza", cit.). Parimenti l'Autore considera separatamente l'ipotesi dell'amnistia di pacificazione emanata da uno Stato autoritario (come nel caso delle amnistie fasciste del 1923 e 1925), poiché anche in tal caso l'amnistia «persegue soprattutto lo scopo di allargare il consenso tra i governanti verso le scelte politiche dei governati» (cfr. N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale*, cit., 13). Viceversa, nel caso di lotte sociali che portino ad un mutamento definitivo e radicale delle istituzioni non in senso autoritario, è proprio il principio di difesa sociale a richiedere l'amnistia, in quanto tale principio «può giustificare l'adozione della massima sanzione (cioè quella restrittiva della libertà personale) soltanto quando si viene a punire un'esigua minoranza di criminali e non già un largo numero di cittadini» (cfr. *ivi*, 12). L'amnistia anzi «può svolgere un ruolo fondamentale in quanto diretta a suscitare il consenso dei cittadini verso il nuovo sistema politico (e, in genere, anche normativo)» (*ivi*, 13). Mentre quindi negli altri due casi l'amnistia risponde ad esigenze dei detentori del potere politico, nell'amnistia di pacificazione essa risponde a un interesse dell'intera società.

⁶⁹³ MAZZACUVA (*ivi*, 26; nonché N. MAZZACUVA, "L'uso della clemenza...", cit., 493) individua tre tipi di selezione:

- a) generica e indiscriminata (sulla base del massimo edittale);
- b) cumulativa (concerne un'ampia categoria di reati, ad es. dettati da movente politico, con un correttivo limitativo previsto da un massimo edittale);
- c) specifica (estesa solo ad alcuni reati individuati con il *nomen juris*).

L'Autore è critico nei confronti del primo criterio in quanto si rinuncia a svolgere delle valutazioni autonome e ci si adegua a quelle fatte in astratto dal legislatore. Il terzo, operando consapevolmente delle discriminazioni, deve essere sottoposto a un più stretto controllo di ragionevolezza. Il secondo modello, quello del criterio cumulativo, si espone ad un doppio rischio: da un lato presenta lo stesso difetto del primo criterio nel momento del ricorso al massimo edittale prestabilito; dall'altro, ricorrendo a categorie generali, «si espone ad ulteriori critiche. Se, infatti, l'accertamento dell'elenco comune dipende non da fattori prestabiliti e oggettivi, ma da valutazioni in qualche misura discrezionali (si pensi all'accertamento del "motive politico" [...]), la delimitazione concreta dell'ambito dei benefici concessi rimane affidata, in una certa misura, non agli organi titolari del potere di clemenza, ma agli organi presupposti all'applicazione dei singoli provvedimenti» (cfr. N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale*, cit., 27). Sarà questo uno dei punti di maggiore critica all'*amnistia Togliatti*, quello cioè del ricorso a formulazioni che hanno "scaricato" sul giudice la responsabilità di determinare l'ampiezza dell'amnistia, trasferendo su quest'ultimo la titolarità del potere sovrano di clemenza (cfr. *infra*, Cap. II, § 7.1.4).

⁶⁹⁴ P. POMANTI, *I provvedimenti di clemenza*, cit., 34. In particolare il principio di proporzione porterebbe l'amnistia ad intervenire nei casi in cui non risulti più sussistere equilibrio nella tutela del bene giuridico e vi sia sproporzione fra fatto e sanzione, nonché nel raffronto fra il bene tutelato e il bene giuridico colpito dalla risposta punitiva dello Stato. Quanto ai principi di necessarietà e idoneità, essi si legano alla funzione generalpreventiva della pena, perciò «allorquando la minaccia di applicazione di una pena ovvero l'applicazione stessa di una pena, in un determinato momento storico,

criterio che parimenti non sembra avere una pregnanza selettiva sufficiente per la presente analisi.

Ancora, vi è chi⁶⁹⁵ ripropone i criteri di delimitazione dell'ammnistia elaborati dalla dottrina tedesca⁶⁹⁶, dove il potere di amnistia non trova una disciplina nella Legge Fondamentale. In particolare sono individuati una serie di divieti:

- 1) divieto di efficacia futura⁶⁹⁷;
- 2) divieto di amnistie faziose⁶⁹⁸;
- 3) divieto di amnistie individuali, anche mimetizzate⁶⁹⁹;
- 4) divieto di autofavoreggiamento⁷⁰⁰.

non è in grado di determinare una riduzione o quanto meno un contenimento della commissione degli stessi fatti, allora la pena non appare più rispondere ai principi costituzionali che la regolano (art. 25 e 27 Cost.) ed in particolare al principio di idoneità della pena medesima [...] In taluni casi, difatti, è la clemenza, più che la pena, a svolgere compiti di prevenzione e di recupero del reo. La clemenza dunque, interviene nel sistema penale come strumento di controllo e di equilibrio nella apparente duplice direzione di protezione (proporzionata, idonea e necessaria) del bene giuridico e di raggiungimento delle finalità proprie della pena, non solo in senso di retribuzione e prevenzione generale e speciale, ma anche di rieducazione e risocializzazione nel senso fissato dal terzo comma dell'art. 27 della Costituzione» (*ivi*, 37).

⁶⁹⁵ V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 411 e ss.

⁶⁹⁶ Nella fattispecie K. MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, Heidelberg, Müller 1984.

⁶⁹⁷ Da noi tale regola è cristallizzata dal terzo comma dell'art. 79 Cost., che esclude l'applicazione dell'ammnistia a reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge.

⁶⁹⁸ Si pensi all'ammnistia fascista del 1922.

⁶⁹⁹ MAIELLO richiama l'esempio dell'art. 5 lett. c) del D.p.R. 22 maggio 1970, n. 283, che include "a sorpresa" nell'ammnistia per i fatti del '68 anche il peculato per distrazione, allorquando questo sia stato compiuto «per finalità non estranee alla pubblica amministrazione». Ciò ha l'evidente intento di sottrarre all'ulteriore corso alcuni procedimenti pendenti, ben noti al legislatore, come testimoniato anche dai lavori preparatori (si veda V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 418).

⁷⁰⁰ E' un corollario del divieto di amnistie faziose. MARXEN afferma che «il legislatore non può amnistiare se stesso» (K. MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, cit., 38). È il caso delle cosiddette "autoamnistie", il cui esempio paradigmatico sulla scena internazionale è costituito da quella cilena, adottata nel 1978 dalla dittatura di Pinochet, con il decreto legge n. 2191, ma anche dall'autoamnistia emanata in Perù da Alberto Fujimori con la legge del 14 giugno 1995, n. 26479, con l'evidente scopo di sottrarre se stesso da un giudizio penale. MARXEN (*ivi*, 42) individua come esempi un'autoamnistia adottata dalla giunta militare argentina poco prima del passaggio alla democrazia (*Ley de Pacificación Nacional* del 22 settembre 1983, n. 222.924); MAIELLO richiama la legge tedesca del 3 luglio 1934 (R.G. *Bl*, I, 529) secondo cui «i provvedimenti attuati il 30 giugno, il 1 e 2 luglio per stroncare gli attentati di alto tradimento sono giustificati in quanto legittima difesa dello Stato» (cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 419).

Essi portano lo stesso Autore, alla luce della Costituzione, a individuare solo due forme di amnistia legittima: oltre a una denominata “di giustizia”, vi è quella con funzione di pacificazione sociale. All’interno di tale ultima categoria, l’Autore richiama quella forma specifica che, evocando nuovamente la dottrina tedesca⁷⁰¹, definisce come «avente funzione fondativa della dimensione giuridica di una società organizzata». Si tratta di quell’amnistia che coniuga rottura e continuità. Essa infatti ha a che fare con l’oblio, che è «alla base dei grandi racconti costitutivi delle identità nazionali non meno di quanto lo siano stati i miti delle origini»⁷⁰². Al tempo stesso, però, l’amnistia pacificatrice è anche una perpetuazione del diritto, con alle spalle uno «stato normale interrotto»⁷⁰³. Si sancisce quindi una legittimità costituzionale di quell’amnistia che, alla luce delle categorie concettuali usate dal presente lavoro, possiamo definire come “amnistia transizionale”. L’Autore ritiene tale amnistia costituzionalmente legittima⁷⁰⁴, salve due condizioni:

- 1) la limitazione a reati commessi «in occasione e a causa» di quegli avvenimenti⁷⁰⁵;
- 2) il rispetto del limite invalicabile delle gravi violazioni dei diritti umani, che non possono essere oggetto di amnistia sulla base del diritto internazionale⁷⁰⁶.

E tuttavia anche questo tipo di amnistia, per essere costituzionalmente legittima e per essere quindi uno strumento straordinario di correzione integrativa del sistema penale, dovrebbe essere soggetta ad un «giudizio di *coerenza* con gli scopi di prevenzione integratrice e di tutela dei beni giuridici - che - [...] dovrà strutturarsi

⁷⁰¹ MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, cit., 9, parla di «*rechtskonstituierende Amnestie*».

⁷⁰² Cfr. P.P. PORTINARO, *Introduzione*, cit., 5.

⁷⁰³ V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 423.

⁷⁰⁴ Cioè viene affermato non sulla base di ragioni esterne alla razionalità penalistica, bensì in chiave di «prevenzione integratrice struttural-funzionalista», sostenendo che, in definitiva, la garanzia della pace nella società è il fine ultimo dello «stesso diritto penale a protezione di beni giuridici di riconosciuta effettività» (*ivi*, 425) ed è pertanto una conseguenza naturale di tale fine che la clemenza debba intervenire in situazioni eccezionali, quando l’attuazione della legge penale, anziché favorire tale fine, lo ostacoli.

⁷⁰⁵ *Ivi*, 424.

⁷⁰⁶ L’Autore si richiama qui ai recenti sviluppi sul piano del diritto internazionale (cfr. *infra*, Cap. II, § 7.2.1).

prevalentemente in chiave di *razionalità dello scopo*: pertanto, sarà chiamata ad approfondire la conoscenza empirica dei contesti fattuali di consumazione dei reati oggetto della deroga con gli obiettivi sia di difesa dei beni protetti dalle norme penali interessate, che la garanzia dell'uguaglianza sostanziale dei destinatari della legge. Il parametro dello scrutinio di costituzionalità sarà rappresentato dal canone della *ragionevolezza*. Esso dovrebbe ispirare una doppia valutazione, articolata nella seguente successione: *sindacato estrinseco* della compatibilità dello scopo perseguito dal provvedimento di clemenza con le finalità costituzionali del sistema di giustizia penale e, quindi, con il principio di uguaglianza (giudizio di *razionalità rispetto ai valori*); in caso di esito positivo, apprezzamento sulla coerenza del contenuto di remissione sanzionatoria con la finalità divisata (giudizio di *razionalità rispetto allo scopo*), che escluda, cioè, profili di *eccesso di potere legislativo*⁷⁰⁷.

7.1.4 *Applicazione all'amnistia Togliatti*. Il mancato superamento del *sindacato intrinseco*

A questo punto del ragionamento, è possibile dunque cercare di leggere l'*amnistia Togliatti* alla luce delle riflessioni della penalistica italiana, sin qui offerte. Sembra potersi concludere per un giudizio positivo quanto al superamento del *sindacato estrinseco* dell'amnistia, stante il generale consenso circa la legittimità dell'amnistia pacificatrice⁷⁰⁸. E' invece evidente che il fallimento della legge è individuabile sul piano del *sindacato intrinseco*, della razionalità cioè rispetto allo scopo⁷⁰⁹. Considerando come scopo quello enunciato nella Relazione di Togliatti e

⁷⁰⁷ Cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 464 - 465.

⁷⁰⁸ Con le parole di BERLINGUER, non si può «disconoscere la necessità che, dopo l'avvento della Repubblica, un provvedimento di larga amnistia ricomponesse nel nostro Paese quella unità nazionale che la frattura della tirannide fascista e delle dissennate avventure di guerra, volute dal regime e dalla monarchia, avevano aperto nella compagine degli italiani. E' un caso unico nella storia [...] è un significativo segno di generosità, di forza e di fiducia nella stabilità della repubblica degli italiani» (cfr. M. BERLINGUER, "L'amnistia è pericolosa. Dimentica le vittime per perdonare i persecutori", in *Non Mollare*, 20 luglio 1946, 1); anche la molto sofferta equiparazione «fra fascisti e antifascisti» (*ibidem*), può trovare una giustificazione in questo senso. Del resto «francamente le cose non sarebbero potute andare diversamente, considerata, da un canto, la storica propensione delle classi di governo italiane a servirsi di tali strumenti e, dall'altro, l'eccezionalità della situazione che in quel contesto si trovava a vivere il Paese intero» (cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 258).

⁷⁰⁹ Da questo punto di vista lo stesso Autore parla di un decreto «intessuto di errori morali, politici e tecnici», che portano al risultato pratico di un'amnistia che «dimentica le vittime per perdonare ai

come risultato pratico quello di amnistia generale, che si è effettivamente avuto, non si può non notare l'enorme divario. Vero è che, come detto, a ciò concorse un vero e proprio attivismo della magistratura ed in particolare della Cassazione, nonché l'ulteriore intervento di provvedimenti legislativi successivi. Tuttavia l'*amnistia Togliatti* fu in qualche modo la prima base, su cui gli altri fattori poterono appoggiarsi nel generare la "valanga" che sarebbe seguita.

Quali sono i limiti di questo decreto?

Cominciamo, innanzi tutto, con il considerare il criterio di selezione degli illeciti⁷¹⁰. Da una parte, per i delitti comuni si ricorre al criterio del massimo edittale, richiamandosi ad una valutazione precedentemente operata dal legislatore in astratto. Dall'altra, per i delitti più intimamente connessi al conflitto e quindi di conseguenza alle esigenze di pacificazione, si procede mediante indicazione specifica con il *nomen juris* (delitti di cui agli articolo 3 e 5 del decreto legislativo luogotenenziale 17 luglio 1944, n.159, ed all'art.1 del decreto legislativo luogotenenziale 22 aprile 1945, n.152, n.142)⁷¹¹ ora con il ricorso a categorie di reati (la categoria dei "delitti politici" all'art. 2 e la categoria dei "reati connessi" all'art. 3). Il limite principale del provvedimento sta nel ricorso alle categorie per la disciplina delle eccezioni. Infatti, come è stato osservato⁷¹² è molto delicato e pericoloso ricorrere all'uso di categorie generali in un'amnistia. Ciò è vero a maggior ragione nella disciplina delle eccezioni, perché così facendo si trasferisce sul giudicante un potere discrezionale che non gli compete e che spesso, a fronte della particolarità del contesto in cui i reati sono commessi, comporta inevitabilmente valutazioni politiche, storiche, militari.

Da questo punto di vista occorre tenere presente che l'art. 9, che introduce il condono, si applica «fuori dei casi di amnistia di cui agli artt. 1, 2, 3 per i delitti

persecutori». Vaticina PERTINI in sede di Costituente: «vediamo ora lo spettacolo di questa amnistia che raggiunge lo scopo contrario a quello per cui era stata emanata: pensiamo, quindi, che verrà giorno in cui dovremo vergognarci di aver combattuto contro il fascismo e costituirà colpa essere stati in carcere ed al confino per questo» (cfr. "L'applicazione dell'amnistia. La discussione alla Costituente", in *Rivista Penale*, 1946, 1042 - 1049, 1047).

⁷¹⁰ Ci si rifà qui alle già annunciate distinzioni di N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale*, cit., 26.

⁷¹¹ Chiarisce BRACCI, ministro del governo che adottò l'amnistia, che ciò era reso necessario dal fatto che tali reati erano puniti con le pene del Codice militare di guerra e quindi financo con la pena capitale (si veda M. BRACCI, "Come nacque l'amnistia", cit., 1101).

⁷¹² N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale*, cit., 27.

politici e per i delitti ad essi connessi». Ne consegue che il potere trasmesso al giudice sia davvero enorme, in quanto il testo dell'amnistia non prevede una soluzione intermedia fra la condanna (con pene che arrivavano sino a quella capitale) e la liberazione per amnistia. In altre parole, dalla decisione del giudice circa l'operatività o meno di una delle cause ostative dipende una delle due radicali conseguenze. Nemmeno vi è una distinzione ad esempio fra condannati a pene di 3 o 30 anni o all'ergastolo⁷¹³. Se è vero che la pacificazione giustifica l'amnistia, un condono avrebbe consentito di fornire al magistrato uno strumento intermedio e di limitare eccessive deviazioni nell'interpretazione del decreto. Valutando dunque l'amnistia con le categorie di oggi, questa delega implicita del potere di clemenza è senza dubbio da qualificarsi come illegittima. Essa è infatti il grimaldello che ha portato ad una quasi generale impunità.

Su alcuni punti la responsabilità è indubbiamente della magistratura (in particolare in relazione ai «Fatti di ... omicidio», ai «Fatti di ... saccheggio» e ai «delitti compiuti a scopo di lucro»). Altre volte tuttavia essa ha potuto agire sulla base di una via aperta (consapevolmente o meno) dal legislatore. Secondo alcuni ad esempio la nozione di "Persone rivestite da elevate funzioni di direzione civile, politica o di comando militare" risulta chiara e univoca, specialmente alla luce della Relazione⁷¹⁴. Altri tuttavia ritengono che essa trasferisca un giudizio di merito sulla magistratura, mentre sarebbe stata preferibile una formula che rendesse automatica l'applicazione a determinate cariche⁷¹⁵, salvo eventuale uso della clemenza

⁷¹³ Così M. BERLINGUER, "L'amnistia è pericolosa...", cit.

⁷¹⁴ Così P. BARILE - U. DE SIERVO, "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", cit., 553; C. GALANTE GARRONE, "Guerra di Liberazione (dalle galere)", cit., 1055.

⁷¹⁵ Così M. BERLINGUER, "L'amnistia è pericolosa...", cit. BRACCI afferma che nella proposta originale di Togliatti era prevista la formula, ancora più ampia «persone rivestite di elevata responsabilità di comando», nozione «oltremodo imprecisa - che - lasciava eccessivo potere discrezionale al giudice». BRACCI è tuttavia critico anche verso la formulazione definitiva. Sostiene che le funzioni di direzione civile e politica e di comando militare «se non sono zuppa sono pane bagnato» (cfr. M. BRACCI, "Come nacque l'amnistia", cit., 1104). PIOLETTI dichiara che «la formulazione dell'art. 3 rivela all'evidenza la lotta fra il volere e il disvolere, il disagio in cui si trovò il legislatore nel tentare di conciliare le esigenze della pacificazione con quelle della repressione e sembrerebbe accortamente preordinata allo scopo di consentire di addossare ai magistrati, qualunque fosse la reazione della pubblica opinione in seguito all'entrata in vigore del provvedimento, la responsabilità di averlo applicato con eccessiva larghezza o con criteri troppo restrittivi». Si chiede polemicamente l'Autore quale indicazione avrebbe potuto il magistrato trarre dalla Relazione e dalle circolari ministeriali successive. Se è vero infatti che è possibile interpretare il testo, come ricordato da Togliatti con circolare del 2 luglio 1946 (9796/10), «secondo lo spirito del legislatore che volle che continuasse l'azione punitiva contro i responsabili fascisti», ben avrebbe potuto questo essere

individuale. Dove infine la responsabilità del legislatore è amplissima e non pare trovare giustificazione è nella formula delle «sevizie particolarmente efferate», con un'illegittimità che dal piano intrinseco può spostarsi anche a quello estrinseco, laddove il potere di clemenza si spinge fino a coprire la tortura⁷¹⁶. L'irrazionalità rispetto allo scopo si manifesta anche se si considera che, da un lato sono amnistrate le sevizie e le sevizie efferate, dall'altro si escludono dall'amnistia la violazione delle leggi sulla prostituzione. E' infatti difficile cogliere il senso di tale esclusione in rapporto allo scopo della pacificazione e alla Relazione del Ministro⁷¹⁷.

Vi è infine chi⁷¹⁸ ravvisa un profilo di irrazionalità nel rapporto fra amnistia e tempo. Secondo tale Autore, l'oblio avrebbe dovuto rapportarsi al trascorre del tempo e quindi porre un velo sulla repressione di quelle condotte relative alla marcia su Roma, al colpo di Stato del 1925, all'instaurazione del regime fascista e al suo mantenimento in vita. Più limitata invece avrebbe dovuto essere la sua applicazione al recente *collaborazionismo*⁷¹⁹. Ciò del resto si può valutare proprio in funzione della razionalità di scopo, laddove la pacificazione sociale può essere (e nell'immediato periodo dopo l'amnistia lo è stata) messa in crisi dal ritorno a casa di responsabili di crimini efferati recenti, il cui ricordo è più vivo nel tempo. Infatti proprio l'amnistia segna, pur se per poco, un aumento delle violenze nei confronti dei fascisti.

7.1.4.1 Le responsabilità del "colpo di spugna"

interpretato anche alla luce dello spirito del legislatore che volle la pacificazione ed una circolare siffatta avrebbe potuto essere inviata in caso di applicazione troppo restrittiva (U. PIOLETTI, "Osservazioni sul decreto di amnistia...", cit., 473).

⁷¹⁶ Emerge qui il senso della dura affermazione di BERLINGUER circa un'amnistia che «dimentica le vittime per perdonare i persecutori» (cfr. M. BERLINGUER, "L'amnistia è pericolosa...", cit.). Si avrà modo di dire in seguito come oggi si ritiene che un'amnistia non possa coprire episodi di tortura (cfr. *infra*, Cap. II, § 7.2.1).

⁷¹⁷ In questo senso C. GALANTE GARRONE, "Guerra di Liberazione (dalle galere)", cit., 1054. BERLINGUER parla a questo proposito di un «moralismo quacchero di tipica impronta democristiana» (cfr. M. BERLINGUER, "L'amnistia è pericolosa...", cit.).

⁷¹⁸ *Ibidem*.

⁷¹⁹ Secondo BERLINGUER, l'art. 2, pensato per la "forza d'inerzia" partigiana e relativo ai fatti commessi dalla Liberazione al 18 luglio 1946, porta ad un'applicazione indiscriminata dell'amnistia anche per gli atti dei «neofascisti e criptofascisti» (*ibidem*).

Si sono dunque messi in luce evidenti limiti del testo normativo dell'amnistia. Al tempo stesso si è fatto riferimento ad un vero e proprio attivismo della magistratura. Gli storici si dividono nel giudizio di attribuzione di responsabilità per l'esito finale dell'applicazione dell'amnistia, che è risultata pressoché generalizzata.

Si è precedentemente⁷²⁰ descritta la figura di Togliatti, uomo delle grandi decisioni anche a costo di impopolarità, il quale volle l'amnistia come suo più grande atto da statista e di assunzione di responsabilità nei confronti della Storia. Come è dunque possibile che egli abbia messo il proprio nome su un'amnistia, che si è risolta proprio in una mancata assunzione di responsabilità da parte di un "esecutivo Ponzio Pilato", che ha avuto buon gioco nel trasferire alla magistratura oneri e responsabilità?

Se vi sia dolo o colpa, è compito degli storici stabilirlo. Certo è che, come si è già avuto modo di argomentare⁷²¹, anche nel periodo che va dall'inizio del secolo al fascismo il sistema si basava su una sorta di "dialogo" fra aperture sociali simboliche da parte del legislatore ed applicazione in senso restrittivo da parte di una magistratura conservatrice, che faceva massimo uso degli spazi di discrezionalità consentiti. Lungi dal costituire uno scontro fra poteri dello Stato, questa pratica sembra piuttosto essere un modo di funzionare del sistema stesso e di coniugare due opposte necessità. Da un lato, vi è la ricerca del consenso a mezzo di timide riforme sociali (in una logica populistica, anche antibolscevica, ossia al fine di moderare i termini dello scontro sociale); dall'altro, vi è la necessità di mantenere la continuità sostanziale del controllo del potere da parte dei ceti dominanti. All'interno di questa logica gattopardesca, punto centrale è l'uso della clemenza (tutt'altro che estranea a logiche di politica criminale) e proprio qui la magistratura fa amplissimo uso di discrezionalità e di rigore in senso conservatore. La logica del bastone e della carota⁷²² nei confronti delle classi subalterne e dei movimenti politici di opposizione

⁷²⁰ Cfr. *supra*, Cap. II, § 5.

⁷²¹ Cfr. *supra*, Cap. II, § 3.3.

⁷²² L'uso di tale espressione con riferimento ad un'amnistia è stato usato nel contesto sudafricano dal volume J. SARKIN, *Carrots and sticks: the TRC and the South African Amnesty process*, Antwerpen - Oxford, Intersentia 2004.

vede dunque, in un evidente gioco delle parti, il legislatore offrire la carota e la magistratura brandire il bastone a difesa della conservazione⁷²³.

L'applicazione dell'amnistia in Italia si reggeva proprio su questo gioco delle parti fra legislatore e magistratura. Questo bisognava aspettarsi dunque in ogni caso, anche se la magistratura non fosse stata compromessa politicamente. Si aggiunga invece che, su questa base, si innestarono venti anni di regime, che condizionarono fortemente non solo il diritto liberale, ma anche e soprattutto l'avanzamento di carriera e l'accesso alle giurisdizioni superiori. Dalla magistratura dunque non ci si poteva forse aspettare un atteggiamento diverso da quello che tenne. E' vero che la magistratura aveva fatto uso del potere discrezionale per limitare l'applicazione delle amnistie, ma è anche vero che tali amnistie (con la rilevante eccezione di quelle fasciste) erano principalmente rivolte dalla classe dominante verso le classi subalterne e l'opposizione. E' pertanto estremamente coerente che, a parti invertite, quella stessa magistratura faccia uso del proprio potere discrezionale nella maniera più ampia possibile. Essa infatti è ora chiamata a giudicare membri del passato regime i quali, oltre a incarnare quel fascismo cui la magistratura è strettamente legata, rappresentano comunque la conservazione a fronte di un nuovo governo che di fatto, rispetto al sistema e all'assetto delle leggi⁷²⁴, era un governo rivoluzionario. Esso era inoltre composto da partiti come il PCI, bandito come illegale e bollato come sovversivo del concetto stesso di ordine costituito. L'atteggiamento della magistratura non rappresenta quindi un interventismo improvviso e imprevedibile, ma un'evoluzione coerente e perfettamente prevedibile⁷²⁵.

⁷²³ Del resto ciò è coerente con un ruolo che si attribuiva, per estrazione e formazione, alla magistratura dell'epoca. Un cambiamento procede, come si vedrà (cfr. *infra*, Cap. II, § 7.2.1), di pari passo con una mutata concezione del rapporto fra diritto e potere, oggi quasi sovvertito. È solo in anni recenti infatti, come fa notare SILVA SANCHEZ, che « si sta producendo un cambio progressivo nella concezione del diritto penale soggettivo (*ius puniendi*): se prima vi si avvertiva, innanzi tutto, la spada dello Stato contro il delinquente disgraziato, adesso si tende a privilegiare un'interpretazione dello stesso come spada della società contro la delinquenza dei potenti» (cfr. J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, cit., 24).

⁷²⁴ E' utile riprendere nuovamente le parole del ministro BRACCI: «Quando opera una rivoluzione la legge è nella forza degli atti [...] ma quando ci si accorge che una rivoluzione è mancata perché la violenza non ha generato e non sta generando nessun profondo mutamento politico o sociale e restano immutate le leggi, le procedure e il costume e gli uomini stessi che amministrano la giustizia, allora il popolo giudica gli avvenimenti *a posteriori*, secondo il sistema delle leggi che hanno resistito all'urto e gli atti, che sarebbero sembrati rivoluzionariamente legittimi, appaiono ingiusti e spesso si finisce col fare il processo alla rivoluzione mancata» (cfr. M. BRACCI, «Come nacque l'amnistia», cit., 1097).

⁷²⁵ Per quanto indubbiamente in questo caso la magistratura si spinse oltre il limite, giungendo anche ad interpretazioni *contra legem* (si veda M. FRANZINELLI, *L'Amnistia Togliatti*, cit., 63, nonché D.R.

A fronte di queste premesse, l'esecutivo già di per sé dovrebbe usare cautamente il potere di clemenza il più cautamente possibile. La domanda, che viene lasciata agli storici è, dunque, perché non solo non vi sia stata tale cautela, ma addirittura si sia elaborato un testo così imperfetto, rispetto a un particolare contesto, che non poteva non essere noto, contraddistinto dal quasi totale fallimento dell'epurazione in ambito giudiziario.

Il giudizio degli storici si divide. Vi è infatti chi parla di colpa dovuta all'incompetenza dei consiglieri di Togliatti⁷²⁶, chi di dolo di questi ultimi a danno del Ministro⁷²⁷; altri suggeriscono invece un carattere doloso dell'operazione di Togliatti e del governo, con formulazioni che consentissero di delegare alla magistratura la responsabilità concreta dell'ammnistia a fronte dell'opinione

PERETTI-GRIVA, "Il fallimento dell'epurazione", in *Il Ponte*, 1947, 1075 - 1081, 1080). Si riprende il giudizio di NEPPI MODONA, *I problemi della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, cit., 27) per cui la Cassazione «opera una scelta non solo di continuità con gli apparati del regime, ma di copertura dei reati comuni commessi dai nazifascisti» (cfr. Cfr. G. NEPPI MODONA, *I problemi della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, cit., 27). Secondo WOLLER, la Cassazione divenne «organo di riabilitazione» (cfr. H. WOLLER, op. cit., 416). Infine CANOSA afferma che «l'attività di sostanziale depotenziamento delle sanzioni contro il fascismo che, sul piano dell'epurazione propriamente detta, venne svolta dal governo, in quello della punizione dei delitti fascisti venne svolta dalla Corte di Cassazione, la quale per di più si mosse con una rapidità e una arroganza non riscontrabili nel comportamento del ceto politico» (cfr. R. CANOSA, *Storia dell'epurazione in Italia*, cit., 341). L'effetto di rimozione fu tale che, per dirla con le parole di GALANTE GARRONE, sembrò che all'indomani della caduta del fascismo i fascisti fossero scomparsi; nessuno era mai stato fascista; tutti erano stati fascisti inconsapevoli, per forza maggiore o segretamente antifascisti non dichiarati: «Il fascismo è stato un'illusione [...] e un'illusione, forse, è stato anche l'ultimo fascismo: se aveva ministri che fieramente avversavano i tedeschi, e prefetti animati da buoni propositi, e giudici che condannavano a morte involontariamente, e carabinieri che fucilavano perché prostrati nell'animo e fiaccati nella volontà, e rastrellatori ignari di cosa fosse un rastrellamento, e torturatori che oltraggiavano ma non seviziano, e delatori occasionali, e briganti neri che non attentavano all'ordine pubblico, e cavalieri dell'ideale nobili e disinteressati» (cfr. C. GALANTE GARRONE, "Guerra di Liberazione (dalle galere)", cit., 1066).

⁷²⁶ BERLINGUER parla di «incongruenze tecniche dovute ai consiglieri del Guardasigilli che furono alcuni magistrati del suo ministero, assolutamente privi di esperienza pratica giudiziaria e il prof. Vannini, puro teorico che non ha mai esercitato la professione forense né vista un'aula di giustizia» (cfr. M. BERLINGUER, "L'ammnistia è pericolosa...", cit.). BRACCI denuncia una sorta di pressapochismo di Togliatti e del suo staff: «si aggiunse poi che bisognava avere fiducia nella magistratura e che non era opportuno vincolarla con norme troppo precise, perché altrimenti molti responsabili sarebbero sfuggiti alla sua giustizia. Tutti erano sinceramente persuasi che il vasto potere discrezionale del giudice fosse una garanzia di severità nell'attuazione della legge, perché pensavano, evidentemente, ad un tipo astratto di giudice che avesse le nostre idee» (cfr. M. BRACCI, "Come nacque l'ammnistia", cit., 1105).

⁷²⁷ Così P. SECCHIA, *Promemoria autobiografico*, trascritto in *Archivio Pietro Secchia, 1945 - 1973*, Milano, Feltrinelli 1979, 201.

pubblica⁷²⁸. Gli storici oggi propendono per una responsabilità colposa del Guardasigilli, dovuta a una noncuranza sia del parere tecnico dei collaboratori che di quello della direzione del PCI. Tale noncuranza sarebbe attribuibile sia al carattere volitivo e pragmatico di Togliatti, che soprattutto alla rapidità con cui questi volle addivenire ad un'amnistia di cui rivendicare la paternità⁷²⁹. Prevedibile, del resto, era anche l'inutilità delle circolari interpretative successive⁷³⁰.

7.2 Profili di giustizia di transizione

Dopo aver analizzato i profili penalistici dell'*amnistia Togliatti*, si procede ora leggendo la stessa alla luce della copiosa produzione dottrinale in tema di amnistia nell'ambito della giustizia di transizione. Qui si considera in particolare il contesto in cui l'amnistia transizionale (che interviene cioè all'interno di una transizione politica e come meccanismo per affrontare la stessa) si trova ad operare; le esigenze del diritto penale nazionale sono considerate parallelamente ai profili

⁷²⁸ Così U. PIOLETTI, "Osservazioni sul decreto di amnistia...", cit., 473.

⁷²⁹ In questo senso M. FRANZINELLI, *l'Amnistia Togliatti*, cit., 112; sembra propendere in questa direzione anche lo stesso segretario personale di Togliatti, CAPRARA: M. CAPRARA, *L'inchiostro verde di Togliatti*, cit., 222. Si riprende qui la difesa di Togliatti, il quale ammise la prevedibilità del comportamento della magistratura, ma affermò che la scelta dell'amnistia era stata una scelta obbligata: «Noi abbiamo fatto un decreto di amnistia e lo abbiamo affidato a quella magistratura che era favorevole al fascismo e che l'avrebbe applicata come essa voleva. Ma non potevamo fare diversamente in un regime democratico borghese. Solamente in un regime di più avanzata democrazia avremmo potuto fare in modo diverso. Io prevedevo il modo in cui sarebbe stata applicata, era assurdo non prevederlo: [...] sono riusciti al loro scopo violando la legge, anzi applicando la legge a modo loro» (dal discorso tenuto alla conferenza di organizzazione di Reggio Emilia, 24 settembre 1946. Cfr. M. FRANZINELLI, *l'Amnistia Togliatti*, cit., 120).

⁷³⁰ «Ormai il decreto è quello che è, e non può essere modificato con circolari interpretative che, nella specie, mirano ad ottenere una interpretazione più sfavorevole all'imputato di quello che la legge consenta» (cfr. U. PIOLETTI, "Osservazioni sul decreto di amnistia...", cit., 473). Le circolari erano già state uno strumento "sperimentato" di dialogo con la magistratura conservatrice da parte del Guardasigilli Rodinò nel 1921 e poi nel periodo fascista da Oviglio e Grandi (cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 262) e verso di esse si era sviluppata un'insofferenza sia della magistratura che della dottrina, che le percepiva come indebita intrusione (così U. PIOLETTI, "Osservazioni sul decreto di amnistia...", cit., 474). Alla Costituente, Pertini denuncia l'uso delle circolari, in quanto pratica «contro la legge [...] interferenza del potere esecutivo sul potere giudiziario» e aggiunge: «il Governo, in quanto aveva il potere legislativo, quando si avvide (e noi sappiamo che si avvide in tempo) che l'articolo 3 veniva interpretato in modo troppo lato e, l'ha detto oggi l'onorevole Ministro, in modo anche errato, aveva il dovere di intervenire immediatamente con provvedimento legislativo interpretativo [...] un'interpretazione autentica» (cfr. "L'applicazione dell'amnistia...", cit., 1044).

internazionalistici, nonché alle esigenze di pacificazione e a diverse altre istanze sociali contrastanti, che vengono in gioco nel particolare contesto transizionale.

7.2.1 Profili di diritto internazionale sull'ammnistia

Sin dall'antichità, i conflitti armati si sono conclusi con amnistie, tanto da ispirare il brocardo «*in amnestia consistit substantia pacis*»⁷³¹; gli stessi trattati di Westfalia del 1684, che sanciscono la nascita del moderno diritto internazionale, contengono un'ammnistia. Come è stato asserito, «fino alla pace tedesco-russa di Brest Litovsk del 1918 la clausola di amnistia era talmente frequente che i giuristi supponevano che fosse tacitamente concordata anche quando non era presente nel testo del trattato»⁷³². Mancando, com'è noto, una responsabilità penale internazionale a livello individuale, le amnistie con oggetto specifico le categorie oggi note come crimini di guerra e crimini contro l'umanità erano meno comuni, proprio in quanto

⁷³¹ Secondo altre versioni il brocardo recita «*in amnesia consistit substantia pacis*». Scriveva SCHMITT: «nella storia dell'umanità tutte le guerre civili che non sono terminate con la distruzione totale dell'avversario, si sono concluse con un'ammnistia. La parola "ammnistia" significa dimenticanza, e non solo dimenticanza, ma anche severo divieto di rivangare nel passato e di cercarvi motivi per nuovi atti di vendetta e per richieste di risarcimento» (cfr. C. SCHMITT, *La guerra civile fredda*, in C. SCHMITT, *Scritti politico-giuridici 1933-1942: antologia da Lo stato*, Perugia, Bacco & Arianna 1983, 125 - 127, 126). Anche QUARITSCH sottolinea come l'ammnistia «è un atto consapevole di oblio, annunciato in una forma giuridica solenne [...] una decisione di volontà politica e, negli stati democratici, viene discussa prima dall'opinione pubblica e in parlamento» (cfr. H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 141). Essa è una «soluzione radicale [...] sin dal principio si rinuncia ad una reazione [...] ma in situazioni eccezionali il diritto non è l'unica norma di azione. Il diritto mira ad uno stato di normalità e lo presuppone. Pertanto, specialmente in situazioni eccezionali, si può reagire prendendo posizioni politiche, considerando l'utile comune, la pace interna o gli elevati costi di lunghe campagne punitive» (ivi, 144). E' stato anche evidenziato come l'ammnistia rappresenterebbe comunque una vittoria della legalità, in quanto «con il decreto di amnistia, il diritto agisce, ma agisce come se non ci fosse» (cfr. E. DOXTADER, *Easy to Forget or Never (Again) Hard to Remember? History, Memory and the 'Publicity' of Amnesty*, in C. VILLA-VICENCIO - E. DOXTADER (a cura di), *The provocations of amnesty*, cit., 121 - 155, 129). PORTINARO ammette invece che «non per questo l'ammnistia è garanzia di giustizia. E' piuttosto la dichiarazione d'impotenza del diritto a risolvere i grandi conflitti sociali e politici dando risposta alla domanda di giustizia che viene dalle vittime. L'ammnistia è l'atto politico con cui viene imposto un reciproco oblio dei torti patiti eludendo il problema della responsabilità» (cfr. P.P. PORTINARO, *I conti con il passato*, cit., 141). «Nella scelta dell'ammnistia considerazioni politiche di opportunità e di prudenza (ragion di stato) prevalgono sulle motivazioni propriamente giuridiche o sulla domanda di giustizia per le vittime [...] quando non si tratti di una decisione presa sotto tutela, l'ammnistia è prevalentemente l'atto politico di un vincitore debole, che intende così consolidare la sua posizione preminente [...] l'ammnistia, infine, è sempre l'atto politico di un vincitore moralmente compromesso, che ha un evidente interesse a cancellare la memoria anche dei suoi crimini» (ivi, 143).

⁷³² Cfr. H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 93.

mancava il presupposto della concezione di responsabilità dei singoli agenti statali⁷³³. E' solo con il Trattato di Versailles⁷³⁴ dopo la prima guerra mondiale che la tradizione della pace combinata ad amnistia si rompe. Non solo non si prevede amnistia, ma anzi sembra volersi perseguire la finalità opposta⁷³⁵. A seguito del secondo mondiale inizia ad aprirsi un dibattito politico sull'opportunità dell'amnistia⁷³⁶ ovvero sulla portata della stessa, tuttavia ciò non fa venir meno una sorta di presunzione di legittimità delle amnistie dal punto di vista del diritto internazionale. Viceversa è solo a partire dalla "terza ondata di democratizzazione"⁷³⁷ che essa viene messa radicalmente (ed in brevissimo tempo) in discussione⁷³⁸, arrivando oggi, secondo alcuni⁷³⁹, quasi fino ad una presunzione di

⁷³³ Così R. SLYE, "The Legitimacy of Amnesties...", cit., 175.

⁷³⁴ Trattasi del trattato stipulato nell'ambito della Conferenza di Pace di Versailles, al termine della prima guerra mondiale, e firmato da 44 Stati, il 28 giugno 1919.

⁷³⁵ I noti effetti che le severe clausole di pace ebbero in particolare in Germania, venendo a favorire l'ascesa del nazismo, potrebbero essere utilizzati come esempio da chi volesse sostenere che un'amnistia favorisca la riconciliazione.

⁷³⁶ SCHMITT la ritiene una forma altissima di giustizia, «ultimo avanzo della giustizia divina», in quanto «è un atto con cui invitiamo gli altri e noi stessi a dimenticare. Chi riceve l'amnistia, deve anche concederla; e chi la concede, deve sapere che la riceve a sua volta dagli altri». SCHMITT, grande avversatore del processo di Norimberga (sul punto si veda P.P. PORTINARO, *Introduzione*, cit., 15), rimpiange tale istituto a fronte del nuovo fenomeno da lui definito «guerra civile fredda». Essa «consiste in ciò, che la parte vittoriosa tratta gli avversari come criminali, assassini, sabotatori, *gangsters*. La guerra civile diventa, in un senso particolare, una guerra giusta [...] ciascuno fa le sue vendette in nome del diritto» (cfr. C. SCHMITT, *La guerra civile fredda*, cit., 125). FREUND sottolinea come «l'amnistia presuppone uno stato di eccezione e significa una misura radicale eccezionale di natura politica, che pone fine allo stato d'eccezione. Finché non viene adottata un'amnistia, lo stato d'eccezione perdura» (cfr. J. FREUND, "Amnestie - Ein Auferlegtes Vergessen", in *Der Staat*, 1971, 173 - 189, 175). «Senza amnistia, la guerra continua e non si può parlare di un vero Stato di diritto. Per questo i sostenitori della rivoluzione permanente sono logicamente contro ogni amnistia» (*ivi*, 117). L'Autore asserisce dunque che «l'amnistia è il prezzo, a volte un alto prezzo, che si deve pagare per la condizione di normalità, una condizione in cui ciascuno può riconoscere liberamente i propri errori e porvi rimedio, ossia, come recita il sonetto CXX di Shakespeare, "Ma la tua crudeltà d'un tempo è oggi una risorsa, per compensar quell'onta e riscattar la mia"» (*ivi*, 189).

⁷³⁷ Espressione di S.P. HUNTINGTON, *The Third Wave*, cit. (cfr. *supra*, Cap. I, § 1).

⁷³⁸ Il c.d. Rapporto Joinet, elaborato dallo *Special Rapporteur* nel 1997, individua quattro fasi di questa evoluzione:

1) gli anni '70, quando, in vigenza di molte dittature, vi è una grande mobilitazione di organizzazioni non governative (o.n.g.) e dell'opinione pubblica a favore della concessione dell'amnistia ai detenuti politici (emblematico è il nome dell'associazione *Amnesty International*, nata nel 1961 in quest'ottica e che con gli anni subirà una torsione solo apparentemente paradossale, diventando, come molte o.n.g., uno dei principali fautori della lotta all'impunità; si tratta di un percorso emblematico dell'evoluzione della giustizia di transizione);

segno contrario⁷⁴⁰. Il dibattito sull'ammnistia si è spostato sul piano esclusivamente giuridico, quasi in dimenticanza sia della prassi⁷⁴¹ che della contingenza della situazione transizionale⁷⁴². Tale evoluzione si è sviluppata pur in assenza di

2) gli anni '80, quando l'ammnistia, da strumento di limitazione degli abusi del potere, diventa, a partire dal Sudamerica, strumento di impunità per gli esponenti del potere dittatoriale stesso;

3) gli anni '90: esasperazione del rapporto fra oppressori e vittime e tentativi di trovare un «*unattainable balance*» fra oblio e giustizia;

4) la fase attuale (si veda al riguardo L. JOINET, *The administration of justice and the human rights of detainees - Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 ottobre 1997; nonché G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, cit., 34).

⁷³⁹ Tale approccio è stato qui precedentemente denominato “approccio contrario” (*challenger approach*) (cfr. T.D. OLSEN ET AL., *Conclusion.*, cit., 337).

⁷⁴⁰ Così C. BELL, *The «New Law» of Transitional Justice*, cit., 124.

⁷⁴¹ Si sono già menzionati (cfr. *supra*, Cap. II, § 2) i dati del database di MALLINDER, che indicano un aumento e non una diminuzione del ricorso all'ammnistia (cfr. L. MALLINDER, *Amnesties' Challenge to the Global Accountability Norm?*, cit.).

⁷⁴² Ammette ad esempio HUYSE, che diverse delle soluzioni proposte a livello teorico «partono dal presupposto che le élite post-autoritarie siano effettivamente in grado di fare delle scelte [...] tuttavia la prima lezione che la nostra analisi comparata [...] ci ha offerto è che le azioni di tali élite sono una funzione delle circostanze del passaggio alla democrazia» (cfr. L. HUYSE, “*Justice after Transition*”, cit., 76). A questo riguardo è di particolare interesse l'analisi di QUARITSCH, il quale, innanzitutto individua cinque metodi di *Vergangenheitsbewältigung*:

- 1) gli atti compiuti sotto il vecchio regime vengono ignorati;
- 2) essi vengono subito amnistiati;
- 3) si dà sfogo a una vendetta extragiudiziale;
- 4) tali atti sono giudicati da tribunali speciali e dalla magistratura ordinaria;
- 5) i sostenitori del vecchio regime sono privati di beni e diritti, internati (nel caso di governo totalitario), colpiti con sanzioni penali o professionali per aver appoggiato il vecchio regime (così H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 139).

Tali metodi possono essere impiegati, congiuntamente o disgiuntamente e portare alla realizzazione di cinque modelli transizionali:

- 1) il passato viene ignorato;
- 2) amnistia;
- 3) rappresaglia con vendette e linciaggi di massa;
- 4) rappresaglia con mezzi statali, spesso mediante leggi speciali e tribunali speciali;
- 5) elaborazione e libero confronto con il passato (*Aufarbeitung und freie Auseinandersetzung*; modello che, secondo l'Autore, rimane ancora solo teorico) (*ivi*, 140 - 143).

Per individuare i criteri storico-politici contingenti che guidano un Paese verso uno o l'altro modello transizionale, l'Autore elabora dieci proposizioni empiriche, alcune delle quali molto illuminanti per il caso italiano:

- 1) una chiusura dei conti penale e amministrativa con il passato non ha luogo se il nuovo regime è stato fondato da esponenti di primo piano del vecchio regime (*ivi* 140, l'autore menziona i casi della Spagna postfranchista e della Russia postcomunista di Boris Eltsin nel passaggio 1991-1993, ma è evidente la rilevanza per il caso italiano. Richiamiamo a tal proposito la frase, poco sopra citata, di PORTINARO: «l'ammnistia, infine, è sempre l'atto politico di un vincitore moralmente compromesso, che

ha un evidente interesse a cancellare la memoria anche dei suoi crimini» cfr. P.P. PORTINARO, *I conti con il passato*, cit., 143);

2) il vincitore concede l'amnistia se una terza parte più potente lo impone o se è troppo debole e il suo regime troppo instabile per potersi permettere una persecuzione penale che crei un pericoloso potenziale di discriminati e d'insoddisfatti [H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 147. Si tratta di una proposizione rilevantissima per l'Italia, sia con riferimento alle pressioni delle potenze alleate e del Vaticano, che con riferimento al desiderio di «prendere i sostenitori del passato regime a servizio del governo legittimo restaurato» (*ibidem*); evidenza infatti PORTINARO come «non è un caso [...] che la promessa di decreto sull'amnistia sia stata fatta in Italia prima del referendum istituzionale del giugno 1946, per ottenere da una parte dell'elettorato che si era identificata con il regime fascista il voto favorevole (o almeno l'astensione) sull'opzione repubblicana» (cfr. P.P. PORTINARO, *Introduzione*, cit., 22)];

3) un tipo di persecuzione, la persecuzione «radicale» del passato illegittimo, è caratterizzata dal primato dell'epurazione sugli altri fini e dalla noncuranza nei confronti degli effetti negativi per il «bilancio sociale complessivo», sul piano istituzionale e culturale [H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 153. L'Autore si riferisce in particolare alla Repubblica Democratica Tedesca, dove la denazificazione venne usata «quale strumento per allontanare i mezzi della borghesia dall'apparato statale, dall'economia e dai principali ambienti sociali e istituzionali» (cfr. *ivi*, 149)];

4) in una società democratica la persecuzione dei sostenitori del regime illegittimo non deve danneggiare in modo sensibile l'economia e lo Stato (*ivi*, 154; anche tale elemento è molto rilevante per il caso italiano, si pensi alle osservazioni già fatte in particolare con riferimento alla Fiat ed in generale alla mancata persecuzione del *collaborazionismo economico*, sia con riferimento all'occupazione tedesca, che con i legami dell'industria italiana con un regime di durata ventennale);

5) quanto più grande è il numero dei perseguitati, tanto prima terminerà la persecuzione (*ivi*, 155; è superfluo dire quanto ciò sia rilevante per il caso italiano);

6) l'internamento dei civili contraddistingue situazioni di guerra civile, è tipico della «epurazione radicale» attuata da partiti totalitari, ma anche dell'applicazione del diritto di guerra (stabilito dai vincitori) nei confronti dei vinti; è un mezzo di intimidazione, ma non può portare alla risocializzazione (*ivi*, 159);

7) alla caduta di un regime totalitario il numero degli appartenenti alle élite funzionali che, volenti o nolenti, si erano identificati col regime, è inevitabilmente così grande che un licenziamento di tutte le persone compromesse politicamente non potrebbe che distruggere l'economia. Normalmente non si dà una società di riserva. Gli specialisti con competenze superiori vengono sempre risparmiati dai provvedimenti di «epurazione», senza tener conto del grado di compromissione. Nel loro caso si impone immediatamente la considerazione del proprio utile e della ragion di stato (*ivi*, 163. Si pensi alla differenza fra il caso italiano e il caso del tutto peculiare della riunificazione della Germania, dove invece fu molto più facile procedere con i licenziamenti nella Repubblica Democratica Tedesca, proprio perché nella parte occidentale del Paese vi era invece sì una società di riserva, una metà del Paese considerata «sana», con una classe dirigente pronta a prendere il posto degli epurati);

8) dopo la caduta di un regime totalitario l'esame individuale, di tipo giudiziario, di tutti i «compromessi» fallisce per la mole insostenibile dei procedimenti. I profani che vi sono addetti non riuscirebbero a far fronte nemmeno ad un numero minore di procedimenti (*ivi*, 171);

9) in base alla sensibilità giuridica tradizionale la fede politica o l'ufficio politico non sono passibili di pena. Pertanto nel procedimento individuale si ricerca un comportamento criminale o perlomeno immorale per poter giustificare una condanna (*ibidem*. Si veda qui quanto già affermato sull'esperienza della Corti straordinarie di assise);

10) le figure di spicco o i sostenitori del regime illegittimo particolarmente odiati come gruppo (per es. la Gestapo) rimangono in disparte e adempiono alla funzione di capro espiatorio a beneficio di tutti gli altri (*ivi*, 177; da noi questa funzione pare essere stata totalmente assorbita dalla figura di Benito Mussolini; si è infatti osservato che «l'aver liquidato per attivazione di anticorpi interni, e non in seguito ad interventi esterni, il dittatore responsabile dell'instaurazione del regime, finì non per favorire ma per ostacolare l'epurazione» cfr. P.P. PORTINARO, *I conti con il passato*, cit., 67).

disposizioni espresse a livello positivo. Mancano cioè, all'interno del diritto internazionale convenzionale, disposizioni che vietino espressamente l'amnistia⁷⁴³. Lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale (ICC St) non assume una posizione netta al riguardo; esso infatti non contiene un riferimento espresso all'amnistia. Da un lato, il fine dello Statuto è la lotta all'impunità⁷⁴⁴: a tal fine si menziona espressamente un obbligo di criminalizzazione (*duty to prosecute*) degli Stati⁷⁴⁵ e si sancisce l'imprescrittibilità dei crimini di competenza della Corte (art. 29 ICC St.). Dall'altro, lo Statuto non introduce in capo agli Stati un obbligo espresso di punire (*duty to punish*); al contrario, lascia discrezionalità sia al *Prosecutor* che alla Corte. Tale margine si rinviene in diverse disposizioni, a cominciare dagli stessi

⁷⁴³ Anzi al contrario l'unica disposizione che espressamente parla di amnistia è l'art. 6 comma 5 del II Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949, adottato nel 1977. Essa recita: «Al termine delle ostilità, le autorità al potere procureranno di concedere la più larga amnistia possibile alle persone che avessero preso parte al conflitto armato o che fossero private della libertà per motivi connessi con il conflitto armato, siano esse internate o detenute». Tuttavia gran parte della dottrina, leggendo questa disposizione alla luce dei trattati che prevedono un dovere di criminalizzazione e «partendo dal concetto di unità del diritto internazionale», conclude che «una norma [...] non può permettere ciò che le disposizioni speciali del diritto internazionale [...] proibiscono - pertanto - alla luce di una prospettiva sistematica, risulta che l'art. 6 comma 5 del II Protocollo Addizionale autorizza solamente un'amnistia per quei fatti che, sulla base del diritto internazionale e in particolare delle Convenzioni di Ginevra, non sono soggetti a un dovere di criminalizzazione» (cfr. K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, cit., 127). Ciò porta alla conseguente esclusione dell'applicazione di tale norma nel caso di crimini di guerra (per ulteriori rimandi bibliografici si veda G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, cit., 126 sub nota 6). Secondo AMBOS, tale interpretazione sarebbe confermata anche dai lavori preparatori (così K. AMBOS, *The legal framework*, cit., 65). In questo senso ha argomentato anche la Corte interamericana dei diritti umani (Corte IDU, *Massacro di El Mozote c. El Salvador*, 25 ottobre 2012, 286). Un'interpretazione più ampia è quella fornita dalla Corte Costituzionale sudafricana nel caso *AZAPO*, che ha sancito la costituzionalità della Commissione per la verità e riconciliazione (TRC) sudafricana e dell'amnistia, anche alla luce degli obblighi internazionali del Sudafrica [Corte Costituzionale del Sudafrica, *Azanian People's Organisation (AZAPO) e altri c. Presidente della Repubblica del Sudafrica e altri* 1996 (4) SA 671 (CC)]. In tale sede, la Corte ha ritenuto che l'art. 6 comma 5 del II Protocollo Addizionale si giustifichi in funzione della sua applicazione ai soli conflitti armati interni, con riferimento ai quali non vi sarebbe nessun dovere di punizione per lo Stato. Al contrario, ad esso viene lasciato il più ampio margine, al fine di perseguire la convivenza e la pace interna (per un commento si veda G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, cit., 128; l'Autore aderisce alla seconda interpretazione, ritenendo che la norma lasci un «dominio riservato» agli Stati; *ivi*, 131. Per un riassunto delle posizioni critiche nei confronti della decisione sudafricana, in particolare quella di Ziyad MOTALA, si veda E. BENNUN, *Amnesty and International Law*, in C. VILLA-VICENCIO - E. DOXTADER (a cura di), *The provocations of amnesty*, cit., 92 - 113, 99).

⁷⁴⁴ Si veda M. COSTI - E. FRONZA, *Il diritto penale internazionale: nascita ed evoluzione*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 1 - 26, 13 e ss.

⁷⁴⁵ Si vedano i cc. 5 e 6 del Preambolo; sul punto anche A. SCHLUNCK, *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts*, Berlin, Spitz 2000, 30; K. AMBOS, *The legal framework*, cit., 31.

criteri di cui all'art. 17 ICC St., dove si disciplinano le condizioni per un intervento della giurisdizione complementare della Corte, a scapito di quella degli Stati, che hanno diritto di precedenza⁷⁴⁶. Si è infatti sostenuto che, laddove uno Stato preveda un'amnistia non qualificabile come autoamnistia o amnistia generalizzata, bensì come amnistia condizionata che preveda ad esempio il ricorso a commissioni per la verità e riconciliazione (TRC) o a forme di giustizia restaurativa, non sarebbe «inconcepibile» che la Corte valuti positivamente tale scelta nel giudizio complessivo sul comportamento dello Stato⁷⁴⁷. Lo Statuto prevede, a monte dell'apertura di un singolo caso, una disposizione che consente al *Prosecutor* di non aprire una “situazione di crisi” relativa a un determinato contesto storico-geografico, pur in presenza di tutti i presupposti per l'intervento della Corte. Si tratta dell'art. 53 ICC St., che si riferisce al caso in cui «in considerazione della gravità del reato e degli interessi delle vittime, vi sono motivi gravi di ritenere che un'inchiesta non favorirebbe gli interessi della giustizia»⁷⁴⁸. Va infine menzionato il potere di sospensione delle indagini o del procedimento da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, ex art. 16 ICC St.

A livello positivo, si è tentato quindi di dedurre un divieto di amnistia da tre tipi di trattati internazionali:

- 1) trattati che prevedono per gli Stati un obbligo di criminalizzazione e di esercizio dell'azione penale (*duty to prosecute*)⁷⁴⁹;

⁷⁴⁶ Ciò può avvenire in caso di *inaction* dello Stato [in mancanza cioè sia di indagini che di procedimenti penali sul caso; si veda al riguardo il c.d. “test di ammissibilità bifasico” elaborato per la prima volta in ICC, *Lubanga Dyilo*, 01/04-01/06-8-Corr, *Decision on the Prosecutor's application of a Warrant of Arrest, Article 58*, PTC-I, 10 febbraio 2006, riclassificata come pubblica con decisione del 24 febbraio 2007 (ICC-01/04-01/06-37), in particolare si vedano i §§ 29 - 32; sul punto anche E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 27 - 56, 37]. Laddove invece lo Stato si sia già attivato in relazione a un caso, la competenza della Corte è limitata alle ipotesi in cui lo Stato sia ritenuto «*unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution*». Cfr. *infra*, Cap. II, § 7.2.3.1.

⁷⁴⁷ Così K. AMBOS, *The legal framework*, cit., 70. In particolare «sarebbe difficile sostenere che uno Stato che optasse, per esempio, per un'effettiva TRC, avendo in mente lo scopo ultimo della pace, sia “*genuinely*” *unwilling*» (*ivi*, 78; per un'analisi di cinque possibili interventi di clemenza in rapporto al test dell'art. 17 ICC St., si veda *ivi*, 78 -81).

⁷⁴⁸ Da un lato tale norma costituisce una valvola di sfogo del sistema alla luce di «*policy considerations*» (*ivi*, 84), dall'altro la dicitura “interessi della giustizia” e non “interessi della pace”, non chiarisce in quali contesti tali interessi non siano coincidenti con l'esercizio dell'azione penale.

⁷⁴⁹ Ci si riferisce in primo luogo all'area del diritto umanitario e alle gravi infrazioni (*grave breaches*) definite come tali nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 (si vedano in particolare art. 50 della

2) trattati in materia di imprescrittibilità⁷⁵⁰;

3) trattati che prevedono obblighi di tutela dei diritti umani⁷⁵¹.

Tali strumenti, che non prevedono mai espressamente né un divieto di amnistia né tantomeno un dovere di punire (*duty to punish*), vengono utilizzati per dedurre l'esistenza di una norma consuetudinaria [art. 38 lettera b) Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (ICJ St)] o di un principio generale di diritto [art. 28 lettera c) ICJ St] che preveda un *duty to punish* per determinati crimini⁷⁵². Una norma siffatta avrebbe un carattere cogente (apparterrebbe cioè allo *jus cogens*)⁷⁵³.

I Convenzione di Ginevra, art. 51 della II, art. 130 della III, art. 147 della IV) e del I Protocollo Addizionale del 1977. Con l'eccezione dell'art. 3 comune, le convenzioni si applicano solo ai conflitti armati internazionali. Per tali gravi violazioni, è previsto in capo agli stati un obbligo di *aut dedere aut iudicare* (per un'analisi si veda A. SCHLUNCK, *Amnesty versus accountability*, cit., 34). Pari obbligazioni si trovano all'art. 5 della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948 (*ivi*, 30) e all'art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti del 1984 (*ivi*, 33). A livello regionale, si pensi alla Convenzione interamericana sulla sparizione forzata di persone del 1994. Si inferisce quindi, da un *duty to prosecute*, l'esistenza di un *duty to punish* e di conseguenza di un'inderogabilità dello stesso a mezzo di un'amnistia. La dottrina resta divisa; mentre SCHLUNCK ritiene ad esempio che un siffatto obbligo possa ricavarsi solo con riferimento al genocidio (*ivi*, 32), AMBOS giunge a tale conclusione solo per la tortura (Cfr. K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, cit., 117). Come evidenzia SLYE, il modello della persecuzione penale (*prosecution*) si compone di tre fasi: indagini (*investigations*), attribuzione della responsabilità (*adjudication*) e punizione (*punishment*) (R. SLYE, "The Legitimacy of Amnesties...", cit., 186). L'analisi dell'ammissibilità dell'amnistia in sede transizionale comporta quindi, secondo l'Autore, una riflessione sul rapporto fra responsabilità e punizione. Nello spazio fra questi due termini si inseriscono i promotori della giustizia restaurativa; al contrario, la Corte interamericana e le risoluzioni dell'Assemblea Generale dell'ONU sembrano suggerire un'inscindibilità fra gli stessi (*ivi*, 188). Solo se si segue quest'ultima concezione, si legge necessariamente il *duty to prosecute* come *duty to prosecute and punish*. In senso diametralmente opposto, WERLE e JESSBERGER negano l'esistenza stessa di un *duty to prosecute*, laddove questo venga inteso al di là dell'obbligo di protezione (*duty to protect*) dei diritti umani, previsto nei trattati; tale obbligo può essere esteso solo fino a comprendere un obbligo di prevedere norme penali per le gravi violazioni; inoltre esso termina con i confini della sovranità nazionale (cfr. G. WERLE - F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, cit., 83).

⁷⁵⁰ La Convenzione sulla non applicabilità delle prescrizioni ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità del 1968 e l'omologa convenzione europea del 1974.

⁷⁵¹ E' sicuramente, come si dirà a breve, il punto più controverso. Fra le convenzioni si pensi al Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e a strumenti regionali quali la Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) del 1950 e la Convenzione americana sui diritti umani (CADU) del 1969.

⁷⁵² Oltre agli scarsi riferimenti convenzionali, ci si appoggia prevalentemente sulla prassi delle organizzazioni internazionali (per un'analisi della quale si rimanda a G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, cit., 168 e ss.), sulla prassi di organi di controllo settoriale sui diritti umani (*ivi*, 181) e soprattutto sulla giurisprudenza degli organi di controllo regionale sui diritti umani [principalmente la Corte interamericana dei diritti umani (*ivi*, 188) e in misura minore la Corte Europea dei Diritti Umani (*ivi*, 199)], nonché su quella dei tribunali penali internazionali [principalmente la sentenza di primo grado nel caso *Furundzija* del Tribunale penale internazionale

Nella fattispecie gli argomenti utilizzati in maniera ricorrente per sostenere l'illegittimità dell'amnistia sono tre⁷⁵⁴. L'amnistia violerebbe:

1) un *duty to punish* relativo a determinate condotte criminali;

per l'Ex-Jugoslavia (ICTY) e quella nel caso *Kallon e Kamara* della Corte speciale per la Sierra Leone (SCSL); *ivi*, 203 e ss.] e infine sugli strumenti di *soft law* (*ivi*, 215). Al contrario, con la rilevante eccezione dell'Argentina, le corti supreme o costituzionali nazionali, qualora siano state chiamate ad esprimersi sulle leggi di amnistia, ne hanno sempre confermato la legittimità (così R. SLYE, "The Legitimacy of Amnesties...", cit., 180). All'eccezione argentina si è aggiunta, nel 2009, quella dell'Uruguay, pur con la particolarità che in tale ordinamento le pronunce di costituzionalità non hanno efficacia *erga omnes*.

⁷⁵³ Lo *jus cogens* è, come noto, una categoria molto ampia e controversa nel diritto internazionale (si veda T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, Giuffrè 2005, 246). DELLA MORTE, alla luce di un'analisi dell'uso di tale categoria (G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, cit. 222 e ss., in particolare 231 sulla cautela nell'uso di tale categoria da parte della Corte Internazionale di Giustizia) critica la giurisprudenza della Corte interamericana in tema di amnistie e quella dell'ICTY nel caso *Furundzija*, definendole polemicamente "giurisprudenza *commando*" (espressione di P.M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public*, Leiden, Nijhoff 2003, 312). L'Autore ritiene tale giurisprudenza «più coraggiosa che rigorosa» (*ivi*, 233). Essa utilizza infatti la categoria dello *jus cogens* per introdurre una «verticalizzazione di tipo normativo [...] all'interno di un sistema orizzontale come quello dell'ordinamento giuridico internazionale» (*ivi*, 237). Ciò viene inoltre realizzato sovrapponendo la caratteristica «statica» dell'inderogabilità, tipica delle norme cogenti, a quella «funzionale» della categoria delle norme produttive di effetti *erga omnes*. Tale ultima caratteristica concerne l'invalidità di una norma contrastante (*ivi*, 239); essa non è tuttavia di per sé automaticamente una conseguenza dell'inderogabilità. Pertanto la giurisprudenza *commando* non solo ritiene di dedurre l'esistenza di divieto di amnistia a livello internazionale, ma «accontentandosi» (*ivi*, 245) di attribuire a tale divieto il carattere di norma cogente, ne deduce un'invalidità delle norme interne (di amnistia) contrastanti con tale divieto. Ciò alla luce di un'implicita esigibilità *erga omnes* degli effetti della violazione da parte dello Stato. Una siffatta ricostruzione non può che ricordare la complessità nell'individuazione sia delle consuetudini che delle norme cogenti. E' stato infatti correttamente affermato che «il processo mediante il quale a una norma giuridica è attribuito lo status di consuetudine non è per sua natura solamente e forse nemmeno prevalentemente giuridico, bensì in definitiva politico» (cfr. M. FREEMAN - G. PENSKY, *The Amnesty Controversy in International Law*, in F. LESSA - L.A. PAYNE (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*, cit., 42 - 65, 54). «Sia la determinazione della pratica statale che quella dell'*opinio iuris* sono soggette a valutazioni soggettive [...] sorge quindi il dubbio di un ragionamento orientato allo scopo, della concretizzazione o della speranza di una profezia autopoietica mascherata da resoconto obiettivo dei fatti» (*ivi*, 55). Ciò appare evidente nel caso SCSL, *Kallon e Kamara*, 13 marzo 2014, dove la Corte afferma l'illegittimità dell'amnistia (c.d. Accordi di Lomé) sulla base del diritto internazionale. Essa lo fa, pur dichiarando che la considerazione per cui una norma siffatta «sia cristallizzata - nel diritto internazionale - può non essere del tutto corretta, ma ciò non significa che la Corte debba ignorare la forza di tale argomento nel formare la propria opinione e l'importanza del materiale a sua disposizione. E' accettato che tale norma si stia sviluppando nel diritto internazionale - (*ivi*, 82) - la Corte ha il diritto di esercitare il proprio potere discrezionale nell'attribuire nessun o poco valore alla concessione di tale amnistia, che è contraria alla direzione in cui il diritto internazionale si sta sviluppando e che è contraria alle obbligazioni di alcuni trattati e convenzioni, il cui scopo è quello di proteggere l'umanità» (*ivi*, 84).

⁷⁵⁴ Così R. SLYE, "The Legitimacy of Amnesties...", cit., 182.

2) il dovere di protezione dei diritti umani dei cittadini da parte dello Stato. Da tale dovere si fa discendere, in caso di gravi violazioni, un corrispondente diritto alla giustizia da parte delle vittime. Tale diritto alla giustizia, a sua volta, si compone di vari diritti⁷⁵⁵: diritto alla tutela giurisdizionale (*right to remedy*), diritto alla verità⁷⁵⁶, diritto alla punizione dei colpevoli, diritto a un giusto processo, diritto al lutto, diritto alla compensazione per quanto subito⁷⁵⁷. In particolare nel contesto interamericano tali diritti sono considerati direttamente giustiziabili e si afferma inoltre che essi possano trovare piena soddisfazione solo per il tramite di processi penali⁷⁵⁸;

⁷⁵⁵ *Ivi*, 192.

⁷⁵⁶ Se da una parte è il diritto più evidentemente violato dall'amnistia (*ivi*, 193), dall'altra lo stesso diritto è usato dagli Stati come argomento in favore dell'amnistia, presentata come «veicolo di verità» laddove la si associa a una TRC. Si argomenta che il lavoro di una TRC presuppone la pace e che questa a sua volta presuppone un'amnistia (*ivi*, 195). Questo argomento è stato rigettato dalla Corte interamericana dei diritti umani (Corte IDU), che ha dimostrato di non ritenere sufficiente la qualità della verità prodotta da una TRC (cfr. Corte IDU, *Almonacid-Arellano e altri c. Cile*, cit., 150).

⁷⁵⁷ Tale diritto non viene necessariamente violato da un'amnistia, che lascia sussistere gli effetti civili del reato.

⁷⁵⁸ Si tornerà successivamente su tale giurisprudenza, polemicamente definita *commando*. In questo momento ci si limiterà a dire che essa si sviluppa nell'ambito della Corte IDU. Tale Corte aveva già derivato, dalle obbligazioni sancite nella CADU, il concetto di *right to remedy* (Corte IDU, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, 29 luglio 1988), declinandolo nelle forme di diritto alla prevenzione delle violazioni, ad indagini serie sulle stesse, a imporre le adeguate sanzioni ai responsabili e ad assicurare alla vittima una giusta riparazione (*ivi*, § 174). Nel 2001 la Corte inaugura la propria giurisprudenza in tema di amnistia (Corte IDU, *Barrios Altos c. Perù*, 14 marzo 2001), che la porterà a dichiarare nettamente l'incompatibilità con la CADU delle leggi di amnistia. Alla base della sentenza *Barrios Altos* vi è anche una proposta amichevole dello stesso governo peruviano, che la Corte si limita ad omologare. Nelle sentenze successive invece si afferma espressamente l'inammissibilità dell'amnistia, anche quando non si tratta di un'autoamnistia. Progressivamente tale giurisprudenza investe quindi anche il Cile, dove l'amnistia non aveva ostacolato l'attività giurisdizionale (sulla base della "dottrina Alwyn"; cfr. *supra*, Cap. I, § 7), il Brasile, di recente impegnatosi in una commissione per la verità e nell'adozione di forme di risarcimento monetario, e l'Uruguay, dove la vigenza dell'amnistia è stata per due volte confermata da un referendum popolare. La Corte giunge a tali conclusioni sulla base del principio che i summenzionati diritti possano essere soddisfatti solamente per il tramite di processi penali. Fra le decisioni più significative si segnalano Corte IDU, *Almonacid-Arellano e altri c. Cile*, 26 ottobre 2006; Corte IDU, *La Cantuta c. Perù*, 29 novembre 2006; Corte IDU, *Gomes Lund c. Brasile*, 24 novembre 2010; Corte IDU, *Gelman c. Uruguay*, 24 febbraio 2011, Corte IDU, *Massacro di El Mozote c. El Salvador*, 25 ottobre 2012. Si veda K. AMBOS, *The legal framework*, cit., 34 e ss.; fra le voci critiche nei confronti di tale giurisprudenza, E. MALARINO, *Attivismo giudiziario, punitivismo e sovranazionalizzazione: tendenza antidemocratiche e illiberali della Corte Interamericana dei Diritti Umani* in G. FORNASARI - E. FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Trento, Università degli Studi di Trento 2011, 33 - 78.

3) il principio della *rule of law*⁷⁵⁹.

E' evidente come tale approccio abbandoni totalmente la prospettiva classica, che vede nell'amnistia la sostanza della pace ed una funzionalità della stessa alla riconciliazione⁷⁶⁰. Al contrario, si ritiene che tutti gli scopi della transizione (inclusa una vera riconciliazione) possano e debbano trovare realizzazione solo per il tramite del processo penale. Allorquando tuttavia si presentano tali conclusioni non a livello di opinione di politica criminale, bensì come norma di diritto internazionale cogente, ci si deve dunque chiedere come sia stato possibile arrivare a queste evoluzioni giurisprudenziali. In particolare viene spontaneo domandarsi non solo come abbiano fatto le Corti, in sede di valutazione dell'*opinio iuris*, a giungere a tali conclusioni basandosi su uno scarso numero di trattati, bensì soprattutto come abbiano potuto ignorare la «*overwhelming*»⁷⁶¹ pratica statale nel continuare a concedere amnistie.

La risposta è chiara se si considera il processo motivazionale di tali decisioni: l'unico modo per raggiungere tale risultato è infatti quello di ridefinire «all'interno

⁷⁵⁹ A questo riguardo, vi sono posizioni in netto contrasto, come quella già citata di QUARITSCH per cui «in situazioni eccezionali il diritto non è l'unica norma di azione. Il diritto mira ad uno stato di normalità e lo presuppone» (H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 144). MARXEN giustifica sempre l'amnistia transizionale in quanto essa non si inserisce in un ordine giuridico vigente, ma è emanata in una situazione eccezionale di assenza di diritto, ed è "costitutiva" dell'ordine giuridico stesso, in quanto trasforma una situazione di transizione in una situazione di diritto (al riguardo A. SCHLUNCK, *Amnesty versus accountability*, cit., 25). SCHLUNCK, ad esempio, ritiene invece che in una società non vi sia mai assenza di diritto (*lawlessness*); semmai il diritto non viene applicato, ma esso non cessa di esistere, «la condotta criminale non abolisce le regole, le contraddice [...] il fatto che i crimini siano occorsi frequentemente non muta la loro natura criminale, perciò ogni amnistia è [...] inserita in un contesto giuridico» e mai costitutiva dello stesso (*ibidem*). Di conseguenza «il principio della *rule of law* contraddice l'approccio dell'amnistia [...] la decisione di concedere un'amnistia dev'essere presa nel contesto del diritto nazionale e internazionale applicabile» (*ivi*, 26).

⁷⁶⁰ DOXTADER critica tale impostazione affermando: «l'equazione frequente fra amnistia e amnesia fa sorgere la domanda se il diritto (o la sovranità giudiziale) debba essere il solo depositario della memoria. Il limite di tale asserzione è evidente nella parola *adeia*, precursore del latino *impunitas*, un termine che connota uno stato di "libertà dalla paura" e la creazione di una "dimora sicura". Domanda cruciale: per chi viene creato questo spazio? [...] Il potenziale dell'amnistia sembra avere a che fare essenzialmente con la sua capacità di dar voce all'esperienza, supportare la deliberazione, gestire la controversia. La storia dell'amnistia pubblica sembra richiedere almeno che si considerino i discorsi che portano alla sua esistenza, le modalità in cui il suo linguaggio giuridico apre spazi di dialogo e se questo dialogo mantiene la promessa di fruttuose deliberazione sui termini e sui significati della storia [...] Uno per tutti, il caso ateniese suggerisce che l'amnistia può essere emessa per la collettività [...] la promessa di amnistia è un'operazione pubblica, dove il linguaggio giuridico lascia posto al dialogo sulle sue condizioni e sulla sua operatività. Nel pubblico e per il pubblico, l'amnistia è una forma di (auto) rappresentazione che prende forma nel desiderio di rivelare» (cfr. E. DOXTADER, *Easy to Forget or Never (Again) Hard to Remember?*, cit., 127 e ss.).

⁷⁶¹ Cfr. R. SLYE, "The Legitimacy of Amnesties...", cit., 176.

della nozione originaria di *opinio iuris*, il concetto stesso di pratica statale e sostituirne il contenuto originario - basato sulla realtà - con uno nuovo: la condotta degli organi rappresentativi negli organismi internazionali, così come le decisioni e i pareri di tali organismi, le decisioni delle corti internazionali»⁷⁶². In questo modo le corti sovranazionali affermano la cristallizzazione di una norma contro l'amnistia sulla base delle decisioni prese da altri corti sovranazionali⁷⁶³. E' evidente la fallacia di un siffatto ragionamento, che pare tradire, una costruzione retorica orientata allo scopo e maschera un apporto creativo dell'attività del giudice⁷⁶⁴.

Come evidenziato, dottrina e giurisprudenza sembrano aver sostituito una presunzione di legittimità delle amnistie con una presunzione di illegittimità, elaborando norme chiare, nette e rigide⁷⁶⁵. Un'Aatrice⁷⁶⁶ evidenzia tuttavia le molte ambiguità e l'assenza di un vero valore prescrittivo con riferimento a casi concreti.

⁷⁶² Cfr. K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, cit., 81.

⁷⁶³ In questo senso M. FREEMAN - G. PENSKEY, *The Amnesty Controversy in International Law*, cit. 57; gli Autori aggiungono che si tratta di «una soluzione difficile da giustificare. L'impatto consuetudinario di tali decisioni giurisprudenziali è davvero molto limitato» (*ivi*, 58).

⁷⁶⁴ Cfr. *infra*, Cap. II, § 7.2.4. Un esempio recente è fornito dalla decisione della Corte EDU, Camera Grande, *Marguš c. Croazia*, Application no. 4455/10, 27 maggio 2014. In tale decisione la Corte offre una dettagliata analisi della giurisprudenza interamericana (*ivi*, 60 - 66), nonché delle Camere Straordinarie nelle Corti della Cambogia (ECCC) e della SCSL. La Corte di fatto motiva la propria decisione nel caso di specie (relativo ad un'amnistia croata) sulla base della giurisprudenza interamericana «che esclude l'applicazione dell'amnistia agli autori di crimini di guerra e crimini contro l'umanità» (*ivi*, 131), in quanto rappresentativa della «crescente tendenza nel diritto internazionale a considerare tali amnistie come inaccettabili in quanto incompatibili con l'obbligazioni degli Stati a perseguire e punire gravi violazioni dei diritti umani» (*ivi*, 139). La Corte lascia tuttavia uno spiraglio aperto, affermando che «anche se si dovesse accettare che le amnistie sono possibili a fronte di particolari circostanze, come un processo di riconciliazione e/o forme di compensazione delle vittime, l'amnistia concessa al ricorrente nel caso di specie non sarebbe in ogni caso accettabile, perché non vi è niente che indichi l'esistenza di tali circostanze» (*ibidem*).

⁷⁶⁵ L'Aatrice riassume il «nuovo diritto» della giustizia di transizione in tema di amnistia in cinque punti:

- 1) Le amnistie *blanket* relative a gravi violazioni dei diritti umani non sono permesse;
- 2) è tuttavia necessaria una qualche forma di amnistia per rilasciare i detenuti politici e consentire la smobilitazione, la consegna delle armi e il reintegro nella società;
- 3) sono necessari meccanismi per coniugare gli scopi della pace con quelli dell'attribuzione di responsabilità (TRC da una parte e persecuzione penale dei più gravi responsabili dall'altra);
- 4) i nuovi meccanismi devono essere realizzati con la maggiore partecipazione possibile delle comunità interessate;
- 5) se una delle parti dovesse tornare alla violenza, ogni compromesso dev'essere considerato reversibile e si deve tornare alla via del diritto penale internazionale (*ivi*, 106).

⁷⁶⁶ C. BELL, *The «New Law»*, cit., 124.

Ella, da un lato riconosce che il “nuovo diritto” in materia di giustizia di transizione ha dei vantaggi orientati all’attribuzione di responsabilità ed è meglio di un istituto dell’amnistia lasciato totalmente all’arbitrio della politica. Dall’altro, rinnega le schematizzazioni nette ed una presunzione generale di divieto di amnistia, proponendo invece una “difesa della confusione”⁷⁶⁷ e di un necessario livello di incoerenza del diritto in relazione alle transizioni politiche. Ciò sarebbe confermato anche dalle numerose eterogenesi dei fini che i provvedimenti di amnistia hanno mostrato nella loro applicazione pratica⁷⁶⁸.

7.2.2 Amnistie transizionali

La polivalenza dell’istituto dell’amnistia, non pare essere un dato rilevato solo in ambito italiano. Anche all’interno della dottrina della giustizia di transizione, si riconosce che dietro il termine “amnistia” si celano provvedimenti profondamente differenti⁷⁶⁹.

Una premessa si rende a questo punto necessaria: è opportuno esaminare alcune ricostruzioni e classificazioni dell’istituto dell’amnistia transizionale, al fine di meglio qualificare l’*amnistia Togliatti*.

Nella dottrina della giustizia di transizione accade che l’ammissibilità o meno di un’amnistia sia valutata alla luce degli altri interessi che vengono in essere nella transizione, parallelamente agli interessi della giustizia. Fra questi vi sono la pace, la riconciliazione, ma anche il diritto delle vittime alla verità sugli abusi compiuti, il diritto ad una compensazione etc. A seconda di come l’amnistia si rapporta con tali esigenze, se ne valuta o meno l’accettabilità. Tale approccio non ci sembra tuttavia corretto. L’amnistia interviene infatti sulla persecuzione penale di determinati fatti,

⁷⁶⁷ *Ivi*, 123.

⁷⁶⁸ L’Autrice presenta quattro esempi emblematici:

- 1) non tutte le amnistie *blanket* durano nel tempo (se veda Cile o Argentina);
- 2) meccanismi di accertamento della responsabilità molto equilibrati in astratto sono poi seguiti, nella pratica, da amnistie *de facto* per mancata attuazione (si veda Guatemala e El Salvador);
- 3) spesso forme repressive “forti” producono risultati deboli e deludenti (l’Autrice menziona il ridotto numero di militari processati dai due tribunali ad hoc);
- 4) meccanismi “deboli” possono portare a risultati forti quando innescano processi costituenti e lo sviluppo della *rule of law* (*ivi*, 124).

⁷⁶⁹ SLYE afferma: «le amnistie sono tanto varie quanto le società e le aree in cui si trovano» (cfr. R. SLYE, “The Legitimacy of Amnesties...”, cit., 174).

ovvero sull'applicazione della pena ai condannati per gli stessi. Tuttavia l'azione penale e la pena non sono lo strumento attraverso il quale si realizza una transizione, ma sono semmai uno degli strumenti che concorrono a realizzare un processo complesso, fatto anche di meccanismi stragiudiziali e di elementi costituzionali, politici, antropologici e culturali. Valutare il rispetto dei summenzionati interessi in rapporto all'amnistia significa da un lato attribuire una funzione sproporzionata al processo penale, dall'altro sminuire le possibilità di tutti gli altri strumenti⁷⁷⁰. Riteniamo pertanto che il rispetto di tali interessi debba piuttosto essere valutato in rapporto alla transizione nel suo complesso, come si farà nel terzo capitolo del presente lavoro.

Una prima interessante osservazione, che distingue l'approccio della giustizia di transizione da quello della penalistica italiana, riguarda un istituto introdotto dall'*amnistia Togliatti*, che ha suscitato reazioni molto negative nella dottrina penalistica dell'epoca: la rinuncia. Al contrario, nell'ottica della giustizia di transizione tale elemento è valutato in maniera molto positiva⁷⁷¹.

7.2.2.1 Una classificazione

⁷⁷⁰ Si condivide l'assunto di MALARINO, per cui «il consolidamento della pace, la riconciliazione e il rafforzamento della democrazia hanno molto meno a che vedere con il diritto penale di quanto si suppone abitualmente» (cfr. E. MALARINO, "Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición", in *Revista de derecho penal y criminología*, 2013, 205 - 222, 213). Sul tema cfr. *infra*, Cap. III, § 3.

⁷⁷¹ Il principio n. 24 dell'*Updated Set Of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity*, presentato nel 2005 dal Comitato di esperti della Commissione dei diritti umani del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, diretto da Diane ORENTLICHER (UN-ECOSOC-Commission on Human Rights, *Promotion and Protection of Human Rights - Impunity, Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity*, Diane Orentlicher, E/CN.4/2005/102/18 febbraio 2005; noto anche come *Orentlicher impunity principles*, disponibile al seguente link: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement>), introduce alcuni limiti all'uso dell'amnistia. Fra questi in particolare si riconosce un diritto alla rinuncia dell'amnistia sulla base ai fatti che ha ad oggetto ovvero sulla base della violazione della procedura. Quanto alla prima ipotesi, alla lettera c) si legge: «in quanto possa essere interpretata come ammissione di colpa, l'amnistia non può essere imposta agli imputati o ai condannati per atti connessi al libero esercizio del proprio diritto a una libera espressione»; alla lettera d) invece si sancisce un generale diritto di rifiutare l'amnistia se la persona «sia stata processata senza un corretto interrogatorio (*fair hearing*) [...] o se sia stata condannata sulla base di dichiarazioni con riferimento alle quali risulta provato che furono rese come risultato di un interrogatorio inumano o degradante, specialmente sotto tortura». Per quanto in tali *guidelines* il diritto al *fair hearing* sia affermato limitatamente ai due summenzionati casi, è stato scritto che si tratta di un testo «indicativo di una tendenza più generale» (cfr. G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, cit., 57).

Al fine di valutare successivamente il caso di studio dell'*amnistia Togliatti*, è utile esaminare alcune classificazioni dell'istituto proposte dalla dottrina. Analizzando l'istituto dell'amnistia alla luce degli interessi in gioco nella transizione, si individuano, ad esempio, quattro categorie di amnistie transizionali, sulla base di un triplice criterio distintivo⁷⁷²: oggetto dell'amnistia, modalità di approvazione e contesto di misure in cui si inserisce, scopo del provvedimento. Egli individua quindi i seguenti tipi di amnistie:

- 1) *Amnistie amnesiche*⁷⁷³: tipicamente concesse dallo stesso regime responsabile degli abusi, nella forma dell'autoamnistia generalizzata (*blanket*), come in Cile nel 1978⁷⁷⁴. Possono tuttavia essere concesse anche nella fase immediatamente successiva sulla base di un accordo, implicito o esplicito, con le altre forze della transizione, come nel caso della *Ley de Punto Final* del 1986⁷⁷⁵. «I loro tratti distintivi sono l'occultamento e l'anonimato. I beneficiari sono individuati più per le caratteristiche del gruppo che per quelle del comportamento individuale. Esse non forniscono informazioni sugli abusi passati [...] non forniscono conforto alle vittime [...] Possono avere lo scopo di facilitare la transizione, ma non quello ulteriore di facilitare indagini o rivelazioni. Non sono un'espressione genuina di grazia e perdono nella società» e non favoriscono la riconciliazione⁷⁷⁶.
- 2) *Amnistie compromissorie*: «in parte occultano e in parte rivelano»⁷⁷⁷. La “rivelazione” avviene o tramite l'amnistia stessa o tramite una parallela commissione per la verità e riconciliazione (TRC); il riconoscimento di responsabilità è tuttavia spesso istituzionale e non individuale. In quanto si

⁷⁷² R. SLYE, “The Legitimacy of Amnesties...”, cit., 240.

⁷⁷³ *Ibidem*.

⁷⁷⁴ Cfr. *supra*, Cap. I, § 7.

⁷⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁷⁶ R. SLYE, “The Legitimacy of Amnesties...”, cit., 241.

⁷⁷⁷ *Ivi*, 242.

applica a classi di atti e non di individui, «è meno soggetta a manipolazioni, ma non immune da esse»⁷⁷⁸.

Nelle intenzioni del legislatore, doveva questo essere il caso dell'*amnistia Togliatti*, che si applica a classi di fatti e che (come nel caso del Guatemala e dell'Honduras citati dall'Autore⁷⁷⁹) richiede un accertamento giudiziario dell'applicabilità o meno dell'amnistia al caso concreto. Si lascia quindi uno spazio aperto alla punibilità, se l'atto commesso dal singolo, pur appartenente a una determinata classe di individui, non rientra fra quelli amnistiati. «Tali amnistie possono essere espressione di grazia o perdono nella società, possono favorire la conciliazione e possono in parte avere natura rimediale»⁷⁸⁰. L'Autore richiede però il requisito del «supporto dell'opinione pubblica» alla scelta governativa di amnistiare⁷⁸¹. Tuttavia il tratto distintivo starebbe proprio nel fatto (nella pratica venuto meno nel caso italiano) di consentire, attraverso le indagini sull'applicazione dell'amnistia e la prosecuzione di alcuni giudizi, uno spazio di indagine sugli abusi e di parziale punizione.

- 3) *Amnistie correttive*: esse hanno lo scopo di rimuovere un'ingiustizia. L'Autore cita l'amnistia brasiliana del 1988 per coloro che furono ingiustamente rimossi dal posto di lavoro dal passato regime⁷⁸². In Italia possiamo pensare agli interventi per correggere l'applicazione, giudicata

⁷⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁷⁹ *Ibidem*.

⁷⁸⁰ *Ivi*, 243.

⁷⁸¹ *Ibidem*. Parimenti AMBOS ricorda che «il diritto internazionale non riconosce in linea di principio le amnistie decretate dagli ex governanti o dittatori» (cfr. K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, cit., 130). Egli sostiene ciò sia sulla base della decisione della Corte permanente di giustizia internazionale nel 1925 [*Advisory Opinion concerning art. 3º, par. 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Iraq and Turkey)*, 21/11/1925, Serie B, N° 12], in cui si afferma che «nessuno può essere giudice delle proprie cose» (*ivi*, 32), sia alla luce della Legge n. 10 del Consiglio di Controllo alleato per la Germania, la quale (parimenti a quanto fa il legislatore italiano con riferimento alle amnistie fasciste) all'art. II c. 5 dispone la non applicazione sia della prescrizione, che delle immunità e delle amnistie disposte dal regime nazista. Da ciò l'Autore deduce ulteriormente un maggiore favore per le amnistie che si estendono al gruppo all'opposizione. Al tempo stesso «si attribuisce maggiore legittimità a un'amnistia approvata da un organo legislativo democratico ovvero approvata mediante referendum, piuttosto che quando sia emanata dall'esecutivo» (cfr. K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, cit., 131).

⁷⁸² *Ivi*, 244.

ingiusta, delle disposizioni del Codice penale alle condotte dei partigiani. Tuttavia l'Autore, richiamandosi al Rapporto Joinet, critica l'uso dell'amnistia a tal fine con riferimento ai delitti politici. L'amnistia presuppone infatti comunque un riconoscimento implicito della rilevanza penale della condotta, mentre sarebbe più corretto consentire una revisione retroattiva dei procedimenti. «Le amnistie sono dei poveri surrogati; esse non riconoscono che la legge era sbagliata ovvero che è stata applicata erroneamente»⁷⁸³. Ci si richiama sul punto, alle critiche in questo senso già esposte circa gli interventi di clemenza per i partigiani⁷⁸⁴.

- 4) *Amnistie con attribuzione di responsabilità (Accountable amnesties)*: sono amnistie che introducono alcune forme di attribuzione di responsabilità e più di un semplice conforto per le vittime. Secondo l'Autore esse richiedono sei requisiti⁷⁸⁵:
- a) deve esserci un coinvolgimento dell'opinione pubblica, e non del solo esecutivo, nella fase di redazione (elemento evidentemente mancante nel caso italiano);
 - b) l'amnistia non deve applicarsi ai principali responsabili di crimini di guerra, crimini contro l'umanità e altre gravi violazioni dei diritti umani (nelle intenzioni del legislatore e nella Relazione si segue questa linea, ma, come detto, il testo stesso del decreto contraddice in alcuni punti tale finalità);
 - c) deve imporre a chi la riceve una procedura pubblica o una forma di attribuzione della responsabilità (ciò è presente nel caso italiano, a patto di considerare come tale l'accertamento giudiziario per valutare l'applicabilità o meno dell'amnistia);
 - d) deve fornire alle vittime l'opportunità di contestare l'applicazione dell'amnistia nel singolo caso (elemento mancante nel caso italiano; si tenga presente che la costituzione di parte civile non era prevista nell'ordinamento militare e venne esclusa anche davanti alle Corti straordinarie di assise);

⁷⁸³ *Ibidem.*

⁷⁸⁴ Cfr. *supra*, Cap. I, § 5.1.

⁷⁸⁵ Cfr. K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, cit., 245.

- e) deve fornire alle vittime qualche forma di beneficio, normalmente nella forma della riparazione (si può ritenere soddisfatto il requisito solo se si considera tale il fatto che l'amnistia non si estende agli effetti civili derivanti dal reato);
- f) deve inserirsi in un processo transizionale verso un regime più rispettoso dei diritti umani, come parte di un programma di riconciliazione che aspiri ad affrontare le tensioni sociali e le ingiustizie (su tale punto, con riferimento al caso italiano, si rinvia al prossimo capitolo⁷⁸⁶).

L'Autore individua, storicamente, un solo esempio realizzato di amnistia di questo tipo, nel caso sudafricano⁷⁸⁷.

7.2.2.2 Guidelines di legittimità

Un altro Autore⁷⁸⁸, ha elaborato nel 1996 dieci *guidelines*⁷⁸⁹ per l'adozione delle amnistie, alla luce del diritto internazionale e della giurisprudenza interamericana dell'epoca⁷⁹⁰:

- 1) adozione democratica (usualmente da parte dell'organo legislativo);
- 2) indagini (non devono ostacolarle, al fine di garantire il diritto alla verità delle vittime e della società);
- 3) indicazioni dei nomi (dei responsabili di gravi violazioni, come risultato atteso delle indagini);
- 4) partecipazione delle vittime (quanto meno negli ordinamenti in cui è prevista la partecipazione delle vittime nel processo penale);
- 5) compensazione (il diritto delle vittime al risarcimento del danno non dev'essere leso dall'amnistia);
- 6) esclusione dei crimini contro l'umanità (non amnistiabili);

⁷⁸⁶ Cfr. *infra*, Cap. III, § 3.

⁷⁸⁷ Cfr. K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, cit., 247.

⁷⁸⁸ D. CASSEL, "Lessons from the Americas: guidelines for international response to amnesties for atrocities", in *Law and Contemporary Problems*, 1996, 196-230.

⁷⁸⁹ *Ivi*, 228.

⁷⁹⁰ E' possibile discutere se e fino a che punto esse siano state messe in discussione dalla giurisprudenza successiva.

- 7) esclusione dei reati di intralcio alla giustizia (a cominciare dalla falsa testimonianza);
- 8) esclusione di crimini oggetto delle convenzioni interamericane (per gli Stati che ne fanno parte);
- 9) riconoscimento della responsabilità da parte dello Stato (in relazione agli abusi passati);
- 10) persecuzione e punizione effettiva dei responsabili di gravi violazioni dei diritti umani (non amnistiabili).

Di tali aspetti, si evidenzia che il contrasto più forte con il caso italiano si ha con riferimento alla partecipazione delle vittime, da un lato, e con il riconoscimento della responsabilità da parte dello Stato, dall'altro. Del resto, come detto, lo Stato repubblicano non si identifica con il precedente regime, manca cioè quella concezione (per quanto minimale) della nazione come *Selbst*, che potrebbe consentire un'autoanalisi. I delitti fascisti non sono cioè concepiti in prima battuta come crimini commessi in senso alla nostra società, quanto semmai come crimini commessi da una parte "malata" della società, che ha usurpato le istituzioni e che è stata sconfitta dalla parte "sana" ed eroica del Paese⁷⁹¹.

7.2.2.3 Un test di proporzionalità

Infine un Autore tedesco⁷⁹² suggerisce di valutare le amnistie sulla base di un "test di proporzionalità" in tre fasi, costruito sul modello della "teoria del bilanciamento" (*Abwägungsgesetz*)⁷⁹³:

- 1) valutazione dell'adeguatezza dell'amnistia rispetto al perseguimento dello scopo (ossia una transizione pacifica); a tal fine occorre valutare se

⁷⁹¹ Cfr. *infra*, Cap. III, § 3.

⁷⁹² K. AMBOS, *The legal framework*, cit., 50.

⁷⁹³ *Ibidem*. Il modello cui l'Autore si riferisce, è quello elaborato in R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Berlin, Suhrkamp 1985. Tale test è stato inoltre applicato (con l'appellativo di *método de ponderación*) dalla Corte costituzionale colombiana per la valutazione della costituzionalità della legge del 2005, che disciplina il particolare modello transizionale allora ideato in quel Paese: la *Ley de Justicia y Paz* (Legge 975/2005) (su tale sentenza *ivi*, 52 e ss.).

l'amnistia si inserisca «in uno schema generale di rottura con il regime o se invece, al contrario, garantisca una continuità»⁷⁹⁴;

- 2) la misura dev'essere necessaria e indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo (anche alla luce del contesto sociale, politico ed economico);
- 3) la misura dev'essere proporzionata in senso stretto [effettuando un bilanciamento della quantità e quella qualità (gravità) degli atti amnistiati in rapporto all'obiettivo]. Ai fini di quest'ultima valutazione, l'Autore propone alcuni criteri guida:
 - a) limitazioni *ratione materiae* (escludendo in particolare i c.d. *international core crimes*, sulla base dell'obbligo di persecuzione, oggi derivante dallo Statuto di Roma)⁷⁹⁵;
 - b) limitazioni *ratione personae* (escludendo i maggiori responsabili, in particolare i leader politici e militari);
 - c) importanza dello stato e della fase processuale in cui il provvedimento interviene (in quest'ottica è meglio accolta l'amnistia impropria, che interviene a seguito di un procedimento penale che ha già accertato fatti e responsabilità);
 - d) dev'essere garantita qualche forma di accertamento della responsabilità (*accountability*) «e/o qualche forma di procedura pubblica (dove le vittime possono confrontarsi con i sospetti autori), che risulti in uno svelamento dei fatti (diritto alla verità) e identifichi i responsabili, ossia, la concessione di eventuali benefici [...] presuppone la loro effettiva collaborazione, altrimenti la misura costituirà un'autonoma violazione del diritto a un rimedio effettivo»⁷⁹⁶;
 - e) devono essere valutati gli effetti complessivi della misura, di tipo sociale, politico ed economico: «contribuiscono a una pace duratura e

⁷⁹⁴ Cfr. *ivi*, 50.

⁷⁹⁵ *Ivi*, 51.

⁷⁹⁶ Cfr. *ivi*, 52. A questo riguardo si è sostenuto che la valutazione dell'ammissibilità o meno dell'amnistia dipende dalla parallela instaurazione o meno di meccanismi alternativi per l'accertamento della responsabilità e la compensazione delle vittime (in questo senso R. CRYER - H. FRIMAN - D. ROBINSON - E. WILMSHURST, *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press 2014, 575. Il già menzionato principio n. 24 contenuto negli *Orentlicher impunity principles* afferma inoltre, alla lettera b), che l'amnistia non fa venire meno «il diritto alla riparazione della vittime» e «non deve pregiudicare il diritto a conoscere».

stabile, a una vera riconciliazione? Contribuiscono al consolidamento della democrazia e della *rule of law*?»⁷⁹⁷.

Dal suddetto test, si ricavano alcune conseguenze in generale per le amnistie, prima fra tutte l'inammissibilità delle c.d. *blanket amnesties* (o “amnistie amnesiche”⁷⁹⁸), giudicate «inequivocabilmente inammissibili» sulla base del diritto internazionale⁷⁹⁹. Ammette invece la possibilità di *conditional amnesties* a certe condizioni, che garantiscano «qualche forma di attribuzione della responsabilità» (*some form of accountability*)⁸⁰⁰.

Molti elementi del test proposto si riferiscono ad interessi estranei i quali, alla luce della scelta metodologica da noi seguita, verranno analizzati nel seguente capitolo in rapporto alla transizione nel suo insieme. Ci si limita qui ad osservare come, anche un siffatto test renda evidente che il limite dell'*amnistia Togliatti* stia nella discrasia fra le finalità perseguite dal legislatore (enunciate nella Relazione) ed il testo dell'*amnistia*. Essa dunque, in più punti, non supererebbe il summenzionato test di proporzionalità (si pensi all'esempio emblematico delle “servizie particolarmente efferate”, che non ha consentito un filtro adeguato *ratione materiae*).

⁷⁹⁷ Cfr. *ibidem*.

⁷⁹⁸ *Ivi*, 54.

⁷⁹⁹ Cfr. *ivi*, 55. Per riferimenti dottrinali a sostegno di tale parentoria asserzione, *ivi*, 61 sub nota 261. L'Autore (*ivi*, 62) critica su questo punto la decisione del *Conseil Constitutionnel* francese (n. 98-408 del 22 gennaio 1999, disponibile al seguente link: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1999/98-408-dc/decision-n-98-408-dc-du-22-janvier-1999.11823.html>). *Ivi*, pur non entrando nel merito del contenuto e dell'ampiezza dei provvedimenti di amnistia, si afferma che il potere di concedere amnistia e quello di disporre la prescrizione sono «condizioni essenziali d'esercizio della sovranità nazionale» (*ivi*, 34).

⁸⁰⁰ Cfr. K. AMBOS, *The legal framework*, cit., 62. Nella fattispecie l'Autore, alla luce del diritto internazionale vigente dopo l'introduzione dello Statuto di Roma, immagina 5 tipi di amnistia (*ivi*, 78):

- a) una autoamnistia *blanket* (modello cileno);
- b) un'*amnistia conditional* abbinata a una TRC;
- c) un'*amnistia conditional* senza TRC;
- d) altre misure di clemenza che non corrispondono a una piena esenzione dalla pena (modello colombiano);
- e) misure di clemenza ex post come la grazia.

L'Autore in particolare esclude che misure di cui alla lettera a) e c) siano compatibili con lo Statuto di Roma, mentre afferma la compatibilità di misure di cui alle lettere d) ed e). Egli lascia infine una possibile apertura per amnistie del tipo di cui alla lettera b) (pur solo in casi eccezionali in cui una TRC sia effettiva e conceda l'*amnistia* su base individuale e secondo condizioni, sul modello sudafricano).

Ulteriore elemento negativo, alla luce del suddetto test, è il fatto che l'amnistia, essendo intervenuta a poco più di un anno dalla Liberazione, ha operato nella maggior parte dei casi quale amnistia propria, prima quindi di un completo accertamento sui fatti, che consentisse una completa attribuzione di responsabilità.

7.2.3 *Applicazione all'amnistia Togliatti*

Il quadro comparato mostra da un lato come dietro i singoli provvedimenti di amnistia vi siano in realtà provvedimenti molto differenti e, dall'altro, che le interrelazioni fra amnistia e processo penale possono dar luogo a scenari complessi. Tale molteplicità di sfumature e risultati pratici difformi si registra in particolare negli anni più recenti. All'epoca dell'*amnistia Togliatti* poteva ancora individuarsi la classica dicotomia della giustizia di transizione: persecuzione penale da una parte e amnistia dall'altro. Oggi invece lo scenario sembra suggerire di considerare superata una semplificazione così netta.

Fra questi due poli, infatti, possono ravvisarsi almeno cinque soluzioni intermedie. Partendo dall'estremo della persecuzione penale e spostandosi via via verso l'amnistia, la dottrina individua⁸⁰¹ i seguenti scenari:

- 1) *rimozione democratica*: i casi in cui, quando la democrazia si è stabilizzata, rimuove l'amnistia precedentemente accettata (si veda il caso dell'Argentina o dell'Uruguay nel caso *Sabalsagaray*);
- 2) *circonvenzione creativa*: pur a fronte di un'amnistia formalmente vigente, si trova un modo per esercitare l'azione penale (si pensi al caso cileno);
- 3) *giustizia restaurativa*: spesso abbinata sia all'uso dell'amnistia che del processo penale (Sudafrica, Ruanda, Uganda);
- 4) *impasse nell'attribuzione di responsabilità*: casi in cui la mancata implementazione della persecuzione penale dipende principalmente da elementi *de facto* (Guatemala, El Salvador);
- 5) *amnistie ostinate*: casi in cui l'amnistia persiste, nonostante tentativi collaterali di attaccarla sul piano delle corti regionali dei diritti umani (Spagna, Brasile).

⁸⁰¹ Così T.D. OLSEN ET AL., *Conclusion*, cit., 348.

In riferimento all'esperienza italiana esaminata, riprendendo la distinzione fra *impunità normativa* e *impunità di fatto*⁸⁰², può ritenersi che in Italia fra il 1946 e il 1966 abbia avuto luogo un percorso qualificabile come un'*amnistia complessa*, in quanto unisce elementi normativi e di fatto.

Essa ha avuto come punto di partenza e "base d'appoggio" l'*amnistia Togliatti*, un'*amnistia* che si presenta come limitativa solo in parte della persecuzione penale e che può collocarsi a metà strada fra le *amnistie compromissorie* e le *amnistie con attribuzione di responsabilità (accountable amnesties)*⁸⁰³. Tuttavia essa contiene al suo interno errori e imperfezioni tecnico-giuridiche in grado di consentire molto facilmente la manipolazione dell'interprete. In questo modo l'*amnistia* diventa dunque veicolo di impunità e anzi costituisce, dal punto di vista giuridico, la giustificazione formale alla stessa.

Su tale base sono intervenuti in maniera significativa elementi di fatto (in particolare, il ruolo della magistratura). A partire dal 1947-1948 e dal mutamento del clima politico, non solo tali elementi non sono stati contrastati dal potere politico, bensì anzi sono stati avvallati e cavalcati dal legislatore, intervenuto nuovamente. In questa fase si registrano dunque nuovi elementi di *amnistia normativa*, questa volta di segno nettamente diretto all'impunità, in una forma tendente all'*amnistia generalizzata (blanket)*; si pensi all'*amnistia* del 1953). A questi si aggiungono i provvedimenti di clemenza individuale, che arrivano sino agli anni '60. Questo quadro complesso e misto caratterizza i crimini del fascismo, mentre con riferimento ad altri fatti (crimini italiani all'estero e crimini nazisti sino al 1994), vi è un'*amnistia blanket* data solo da elementi *de facto*, senza nessun coinvolgimento del diritto.

Nel primo caso a cui si è fatto riferimento (cioè l'*amnistia Togliatti*), gli elementi di *impunità normativa* sono stati introdotti da un governo non democraticamente eletto, ma rappresentativo di tutte le forze politiche antifasciste, prima fra tutte quella del ministro firmatario, forza d'opposizione per eccellenza e in qualche modo la più rappresentativa dei gruppi della Resistenza. Non ci si può tuttavia esimere da una considerazione, necessaria a maggior ragione a fronte della consapevolezza che l'*amnistia Togliatti* costituisce il testo legislativo dirimente, la scelta originaria e la giustificazione per tutto il percorso successivo. Ci si riferisce al

⁸⁰² Cfr. K. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, cit., 34.

⁸⁰³ R. SLYE, "The Legitimacy of Amnesties...", cit., 245.

fatto che la sua adozione non ha visto un coinvolgimento della popolazione, né nella forma della democrazia diretta⁸⁰⁴, né in quella della democrazia rappresentativa a mezzo del potere legislativo esercitato da un Parlamento eletto dai cittadini. Nemmeno l'Assemblea Costituente è stata investita della questione. Quanto invece ai provvedimenti di clemenza successivi, essi sono stati emanati dal Presidente della Repubblica su legge di delegazione votata da un Parlamento democraticamente eletto.

In tutta la procedura descritta, si denota un'assenza complessiva delle vittime dei delitti amnistiati, sia nella fase della repressione penale che in quella dell'adozione dell'amnistia, che in procedimenti stragiudiziali di attribuzione della responsabilità, inesistenti.

L'assetto della transizione italiana, con l'eccezione dei crimini tedeschi (in seguito al ritrovamento fortuito dell'*Armadio della Vergogna*), non è stato mai più rimesso in discussione in settant'anni di storia repubblicana.

7.2.3.1 Lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale e la transizione italiana

Leggendo la transizione italiana con le lenti metodologiche della giustizia di transizione, è possibile cimentarsi in un esercizio ipotetico. Cosa accadrebbe se essa avesse luogo oggi e le soluzioni adottate dovessero dunque passare al vaglio della Corte Penale Internazionale e dell'art. 17⁸⁰⁵ dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, di cui l'Italia è parte? Tale articolo indica i criteri per l'attivazione

⁸⁰⁴ La stessa Costituzione priverà la popolazione anche di un potere di referendum sulla stessa amnistia (art. 75 Cost.).

⁸⁰⁵ Tale articolo sancisce che: «1. Con riferimento al decimo comma del preambolo ed all'articolo primo del presente Statuto, la Corte dichiara improcedibile il caso se:

- a) sullo stesso sono in corso di svolgimento indagini o procedimenti penali condotti da uno Stato che ha su di esso giurisdizione, salvo che tale Stato non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento (*unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution*);
- b) lo stesso è stato oggetto di indagini condotte da uno Stato che ha su di esso giurisdizione e tale Stato ha deciso di non procedere nei confronti della persona interessata, salvo che la decisione costituisca il risultato del rifiuto o dell'incapacità dello Stato di procedere correttamente;
- c) la persona interessata è già stata giudicata per la condotta oggetto della denuncia e non può essere giudicata dalla Corte a norma dell'articolo 20, paragrafo 3;
- d) il fatto non è di gravità sufficiente da giustificare ulteriori azioni da parte della Corte».

Sull'art. 17 ICC St. e sul funzionamento del principio di complementarità E. FRONZA, *Complementarità*, cit., in particolare 36 e ss.

della competenza complementare della Corte Penale Internazionale, a scapito di quella degli Stati parte, che ha la precedenza. In particolare, oltre al caso della mancanza di indagini o procedimenti penali all'interno dello Stato (*inaction*), la competenza è sottratta agli Stati anche nell'ipotesi di mancanza di volontà (*unwillingness*) o di incapacità (*inability*) dello Stato di compiere indagini e di svolgere un procedimento «in maniera autentica» (*the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution*).

Possiamo dunque ritenere che l'Italia sarebbe giudicata *unwilling* o *unable* a perseguire *genuinely*? Avuto riguardo al contesto complessivo, è difficile non dare una risposta positiva a tale domanda e non ritenere che la Corte dichiarerebbe la propria competenza. Tale giudizio è indipendente dal ritenere che gli errori nel testo dell'*amnistia Togliatti* abbiano natura dolosa ovvero colposa. Lo Stato risponde infatti a livello internazionale non soltanto come legislatore, ma anche per la sua amministrazione giudiziaria. Da questa prospettiva, è dunque difficile non riconoscere sussistente lo stato di mancanza di volontà (*unwillingness*), che l'art. 17 ICC St. definisce come «intento di sottrarre la persona interessata dalla responsabilità penale»⁸⁰⁶.

Tuttavia, forse ancora più pertinente è parlare di incapacità (*inability*). Immaginiamo infatti un legislatore (come di sicuro non lo è stato il nostro, quantomeno dal 1948) sinceramente *willing* a perseguire i criminali fascisti. Immaginiamo inoltre che egli non intendesse perseguire solo i principali criminali e amnistiare gli altri, ma intendesse perseguirli tutti, senza concedere amnistie. Possiamo credere che, se vi fosse stato un legislatore che avesse voluto percorrere strenuamente la via della persecuzione penale, i risultati sarebbero stati diversi?

Anche mettendo da parte l'ipotesi del golpe filofascista che avrebbe potuto conseguire, è legittima un'osservazione. Già prima dell'amnistia, la giurisprudenza di merito si mostra incline a perseguire solamente atti obiettivamente criminali; con l'arrivo dell'amnistia, la giurisprudenza di legittimità (e parte di quella di merito) compie un'opera di vera e propria demolizione degli spazi residui lasciati alla persecuzione penale. Ciò avviene ricorrendo anche a mezzi palesemente illegittimi, a uno scontro di poteri⁸⁰⁷ e, nel merito, a serie distorsioni dei fatti. Tutto ciò è avvenuto

⁸⁰⁶ Su tale definizione, *ivi*, 39.

⁸⁰⁷ P. BARILE, «la magistratura si ribella alle leggi», in *Il Ponte*, 1947, III, 1067 - 1074, parla di «orientamento politico preciso della Cassazione [...] - e di - paralisi della funzione legislativa [...]

a fronte di un'amnistia, che avrebbe comunque lasciato impuniti la maggior parte dei sottoposti e dei gregari (e di conseguenza anche la maggior parte del popolo italiano, filofascista). Il provvedimento lasciava infatti la pena solo per i responsabili di crimini effettivamente ed obiettivamente terribili, a prescindere dalla loro connotazione politica. Se dunque, anche a fronte di un'amnistia così ampia, la giurisprudenza è arrivata a simili "bassezze" pur di garantire un'impunità generalizzata, perché dovremmo pensare che essa avrebbe agito diversamente se non avesse avuto a disposizione nemmeno l'amnistia e avesse dovuto giudicare effettivamente tutti i criminali fascisti?

Poteva dunque in Italia essere effettivamente perseguita la via della persecuzione penale o non era forse l'Italia incapace (*unable*) di dare effettiva attuazione anche alla parte di persecuzione complementare alla migliore delle amnistie (quale non era di certo l'*amnistia Togliatti*)? Fra i criteri indicati dall'art. 17 ICC St. per individuare il concetto di *inability*, c'è la «indisponibilità del proprio sistema giudiziario interno»⁸⁰⁸. Se interpretiamo tale concetto non in senso fattuale, come collasso dell'apparato statale, ma in senso lato, esso pare idoneo a spiegare il caso italiano⁸⁰⁹. E' stato infatti giustamente osservato che «le leggi contro il fascismo furono interpretate secondo la volontà del legislatore e applicate con il massimo di rigore soltanto quando la forza politica dell'antifascismo toccò il vertice, e furono interpretate alla rovescia, e applicate con un massimo di indulgenza man mano che quella andò declinando [...] se nel 1946 la volontà del legislatore era rispettata, nel 1948 essa fu invece apertamente violata»⁸¹⁰.

Lo stesso Autore ci introduce al concetto che oggi definiremmo "incapacità" (*inability*): si chiede egli infatti perché il legislatore democratico non riuscisse a far applicare le leggi contro il fascismo, quando il legislatore fascista era riuscito a far applicare leggi palesemente ingiuste, quali le leggi razziali: «la verità è che lo Stato

mediante l'affermazione di uno strapotere, di una funzione superiore alle tre fondamentali, che la Cassazione si arroga, e che tende a sopraffare il potere legislativo e quello esecutivo, oggi entrambi più deboli» (*ivi*, 1074).

⁸⁰⁸ Sul tema E. FRONZA, *Complementarità*, cit., 40; R. CRYER ET AL., *An introduction to International Criminal Law*, cit., 158.

⁸⁰⁹ Tale articolo presenta inoltre una "apertura" finale con la formula «ovvero sia in qualunque altro modo incapace a svolgere il procedimento instaurato».

⁸¹⁰ Cfr. A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 95.

che le emanava possedeva la forza politica sufficiente a rendere attuose anche le più inique: mentre lo Stato che era sorto a Bari dal compromesso tra monarchia e rivoluzione, e che visse a Roma sotto il controllo politico e militare dei vincitori, non ne possedette mai abbastanza»⁸¹¹.

Del resto, già nel 1947, in uno dei rapporti del *War Office* britannico relativo all'Italia, si leggeva, pur se con riferimento ai processi ai criminali nazisti: «sarebbe giusto pensare che tali processi siano di pertinenza del governo italiano, ma si sa che quel governo non possiede né l'attrezzatura né l'energia di portare a compimento processi di tale portata e ci sarebbero buone ragioni per temere che dove la questione della responsabilità si dovesse presentare come autentica difficoltà legale in mano agli italiani gli accusati potrebbero non ricevere un giusto processo»⁸¹².

L'Italia è dunque incapace (*unable*) di compiere indagini e di svolgere un procedimento in maniera autentica. Negli anni '40 tuttavia non esiste ancora una Corte Penale Internazionale permanente, la cui giurisdizione possa supplire alle mancanze italiane.

7.2.4 Sulla fondazione del divieto di amnistia nel diritto internazionale.

Riflessioni in tema di obblighi punitivi

La nostra ricerca limita l'indagine al caso italiano, senza poter svolgere uno studio generale sull'amnistia.

Ciononostante, risultano opportune alcune considerazioni, alla luce di quanto sin qui esposto sulla compatibilità fra amnistia e diritto internazionale e sulla tendenza di una giurisprudenza recente (da alcuni provocatoriamente definita *commando*) ad affermare l'esistenza di un divieto generale di amnistia⁸¹³. Si è già

⁸¹¹ *Ivi*, 83.

⁸¹² Cfr. P. PEZZINO, "Sui mancati processi in Italia ai criminali di guerra tedeschi", cit. 6 e n. 5 allegato PRO, WO 204/11465. *Sheet 30 Recommendations applicable to Italy*.

⁸¹³ A questo riguardo David RIEFF afferma che i sostenitori della teoria della giustizia ad ogni costo sembrano avere un atteggiamento «neokantiano». L'Autore fa riferimento alla concezione di KANT per cui «nessuna azione giusta può contenere elementi sbagliati»; allo stesso modo, afferma, vi è un «neokantismo dell'establishment dei diritti umani, che rifiuta di considerare la possibilità che quando rivendicano giustizia e la fine dell'impunità, le conseguenze nel lungo termine potranno avere effetti negativi» (cfr. D. RIEFF, *In praise of forgetting*, New Haven, Yale University Press 2016, 89); ciò «perché il movimento per i diritti umani si fonda esclusivamente sul diritto [...] i suoi proponenti non hanno assorbito solo l'idealismo kantiano, ma anche un altro elemento della visione del mondo di

denunciata la fallacia del ragionamento mediante il quale le corti giungono a tale conclusione. Esse affermano cioè la cristallizzazione di una norma contro l'amnistia sulla base delle decisioni prese da altre corti sovranazionali. Un siffatto ragionamento orientato allo scopo sembra rispecchiare quella tecnica retorico-argomentativa denominata *probative importation*⁸¹⁴.

Con tale espressione ci si riferisce normalmente ai casi di importazione, nella motivazione di una decisione, di parametri extra-sistemici⁸¹⁵ (normalmente decisioni rese in altri ordinamenti), senza che questi possano dirsi realmente a fondamento della *ratio decidendi*. Essi piuttosto hanno lo scopo di aggiungere «forza retorica e probatoria all'interpretazione del giudicante»⁸¹⁶ e «vengono posti a suggello rafforzativo di una decisione circa la selezione dei principi in gioco»⁸¹⁷. Ciò è particolarmente evidente quando, in tema di amnistia, la giurisprudenza interamericana viene richiamata, come parametro extra-sistemico appunto, dalla Corte di Strasburgo o dalla Corte Speciale per la Sierra Leone⁸¹⁸.

Kant: l'idea che gli imperativi della giustizia «siano superiori» a tutte le altre pretese morali» (*ivi*, 90). Allo stesso modo l'Autore si chiede provocatoriamente: se l'ordine di arresto del giudice Garzón nei confronti di Pinochet fosse stato emesso nel 1990, quando quest'ultimo lasciò il proprio incarico, «ipotizzando che l'arresto potesse costituire almeno un serio rischio per la transizione, sarebbe ancora valsa la pena di lottare per la verità e sostenere le domande di giustizia? Certamente non c'è niente di disonorevole nel rispondere no a questa domanda» (*ivi*, 66). «Per la maggior parte dei cileni che si erano opposti a Pinochet (se non per le stesse famiglie delle vittime) la domanda di democrazia era più urgente di quella di giustizia [...] Poniamo che Pinochet non sia mai stato imputato, né arrestato. Fra cento anni, quanti cileni guarderebbero indietro alla transizione dalla dittatura alla democrazia e direbbero che l'impunità di Pinochet è stata un prezzo intollerabile da pagare per la libertà del proprio paese?» (*ivi*, 91).

⁸¹⁴ Espressione di A. LOLLINI, «Legal argumentation based on foreign law. An example from case law of the South African Constitutional Court», in *Utrecht Law Review*, 2007, 60 - 74, 65.

⁸¹⁵ *Ibidem*.

⁸¹⁶ Cfr. *ibidem*.

⁸¹⁷ Cfr. A. LOLLINI, «La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana», in *Rivista di diritto pubblico comparato*, 2007, 479-523, 501.

⁸¹⁸ Un esempio recente è dato dalla già menzionata decisione Corte EDU, Camera Grande, *Marguš c. Croazia*, Application no. 4455/10, 27 maggio 2014. Ivi la Corte motiva la propria decisione sulla base della giurisprudenza interamericana, in quanto rappresentativa della «crescente tendenza nel diritto internazionale a considerare tali amnistie come inaccettabili in quanto incompatibili con l'obbligazione degli Stati a perseguire e punire gravi violazioni dei diritti umani» (*ivi*, 139).

Nel caso della giurisprudenza interamericana in tema di amnistia, pur mancando il carattere extra-sistemico dell'importazione (cioè è la stessa Corte Interamericana dei Diritti Umani a richiamare i propri precedenti), non ci pare che venga meno il carattere *probative* delle argomentazioni. Esse sembrano cioè operare sul piano della forza retorica a sostegno delle proprie asserzioni, in una logica di autoreferenzialità o, come è stato detto, di attivismo e creatività⁸¹⁹.

Chi scrive, condivide la tesi della necessaria “confusione”⁸²⁰ del diritto in relazione ai contesti di transizione e quindi di uno spazio di operatività per l'istituto dell'amnistia⁸²¹ e di un trattamento differenziato che consenta di disgiungere le

⁸¹⁹ Si veda E. MALARINO, *Attivismo giudiziario, punitivismo e sovra nazionalizzazione*, cit.

⁸²⁰ C. BELL, *The «New Law»*, cit., 123.

⁸²¹ Riconoscere l'operatività dell'amnistia e uno spazio di valutazione del potere politico, non significa tuttavia affermare il carattere discrezionale ed arbitrario della stessa; restano infatti valide tutte le considerazioni sin qui esposte. Non si richiede cioè uno spazio di esenzione della politica dal diritto, come quello invocato dall'ex segretario di stato americano Henry KISSINGER nel noto articolo d'accusa nei confronti della giurisdizione universale e dei limiti della nascente Corte Penale Internazionale (H. KISSINGER, “The pitfalls of universal jurisdiction: Risking Judicial Tyranny”, in *Foreign Affairs*, giugno/luglio 2001, online, disponibile al seguente link:

<https://www.foreignaffairs.com/articles/2001-07-01/pitfalls-universal-jurisdiction>). Ivi l'Autore parla di un tentativo di «sottoporre i politici al controllo dei magistrati e del sistema giudiziario», ricordando che «l'istinto di punire deve essere correlato, come in ogni struttura politica costituzionale democratica, con un sistema di *checks and balances* che includa altri elementi fondamentali per la sopravvivenza e l'espansione della democrazia». Egli asserisce inoltre che non vi sarebbe nessuna evidenza storica della tesi dei sostenitori della giurisdizione universale per cui «lo Stato è la causa principale della guerra e non ci si può fidare del fatto che esso renda giustizia. Se il diritto sostituisce la politica, la pace e la giustizia prevarranno». L'Autore mostra come le scelte in materia di giurisdizione universale siano esse stesse scelte politiche. (Per una risposta all'ex segretario di Stato, sulla stessa rivista, K. ROTH, “The case for universal jurisdiction”, in *Foreign Affairs*, settembre/ottobre 2001, online, disponibile al seguente link:

<https://www.foreignaffairs.com/articles/2001-09-01/case-universal-jurisdiction>).

L'accusa di Kissinger contiene spunti molto interessanti e ben argomentati, indicativi di limiti effettivi della giurisdizione universale, che ha conosciuto un'importante stagione nel primo decennio di questo secolo (e che non può qui essere discussa), e della nascente Corte penale internazionale. Tale accusa è tuttavia evidentemente tesa a rivendicare un vero e proprio spazio di impunità per l'establishment statunitense, negando qualsiasi possibilità di responsabilità penale internazionale senza una base pattizia e di fatto negando lo sviluppo del diritto penale internazionale stesso. La rivendicazione di un tale spazio di impunità era del resto fortemente interessata, sembrando all'epoca a molti verosimile un processo in capo ad Henry KISSINGER. Tale processo era visto come una conseguenza non solo possibile, ma forse anche imminente, all'indomani dell'arresto di Pinochet. Ciò anche alla luce della declassificazione di documenti secretati, effettuata dall'amministrazione Clinton dopo l'apertura del processo *Pinochet*. Tali documenti hanno reso noto il ruolo diretto e personale di KISSINGER nel rapimento e omicidio del generale cileno Schneider e (anche se indirettamente) nel golpe cileno del 1973. Accuse nei confronti di Kissinger sono state sollevate anche in relazione ad altri crimini internazionali, soprattutto con riferimento al bombardamento segreto del Laos e della Cambogia durante la guerra del Vietnam, oltre che al consenso dato all'invasione di Timor Est da parte

responsabilità più gravi per crimini efferati, da quelle meno gravi e legate a una partecipazione generale alla politica del precedente regime. Una logica questa, che è propria anche della Relazione di accompagnamento dell'*amnistia Togliatti* e che tuttavia è stata, come visto, disattesa dal testo normativo e dall'applicazione pratica⁸²².

Tale convinzione nasce anche dall'idea che un divieto di amnistia porterebbe ad una posizione analoga a quella degli illuministi. Questi ultimi infatti vedevano l'amnistia, sempre e comunque, come strumento della discrezione e dell'arbitrio del potere⁸²³. Tale atteggiamento ci pare tuttavia una resa di fronte all'istituto stesso ed una rinuncia alla possibilità di avvalersi invece del suo potenziale, sottomettendolo alle logiche del diritto e orientandolo all'idea di scopo, parimenti con quanto viene fatto in relazione alla punibilità. Si auspica cioè una combinazione fra controllo e guida da parte del diritto, da un lato (non solo sulle forme, ma anche sul merito e sui contenuti dell'amnistia) ed uno spazio di operatività della politica, dall'altro. Alla politica dovrebbe essere infatti concessa una rinnovata fiducia, al fine di recuperarla come luogo di confronto e di espressione della *polis* e di restituirle quella funzione

dell'Indonesia. Nonostante diverse ricostruzioni delle responsabilità di KISSINGER da parte sia di giuristi che di storici, i tentativi di processarlo effettuati sia negli Stati Uniti che in alcuni Paesi europei, non hanno mai portato ad un giudizio. Al riguardo, da un punto di vista giuridico: N. BARRETT, "Holding individual leaders responsible for violations of customary international law: the U.S. bombardment of Cambodia and Laos", in *Columbia Human Rights Law Review*, 2001, 429 - 476; S. FELDSTEIN, "Applying the Rome Statute of the International Criminal Court: A Case Study of Henry Kissinger", in *California Law Review*, 2004, 1663 - 1727; F.I. CHAUDHRY, "Reviewing the International Law of Accomplice Liability: Henry Kissinger in Pinochet's Chile", in *Global Policy Forum*, 2003, online, disponibile al seguente link:

<https://www.globalpolicy.org/component/content/article/165/29470.html>; da un punto di vista storico-politologico: C. HITCHENS, *Processo a Henry Kissinger*, Roma, Fazi 2005 (e il documentario *The trials of Henry Kissinger* di Eugene JARECKI, USA 2002, disponibile online al seguente link: <http://topdocumentaryfilms.com/the-trials-of-henry-kissinger/>); W. SHAWCROSS, *Sideshow: Kissinger, Nixon and the destruction of Cambodia*, New York, Simon and Schuster 1979; S. HERSH, *The price of power: Kissinger in the Nixon White House*, New York, Touchstone 1984.

⁸²² D'altronde un modello misto (persecuzione dei maggiori responsabili e amnistia per gli altri) ha origine antiche e ci viene descritto anche da Tucidide con riferimento alla guerra civile di Corcira nella Seconda Guerra del Peloponneso. Ivi in particolare sono espone con lucidità le problematiche della scelta fra «decisioni basate sul *solo* diritto positivo astratto da un lato e le decisioni basate su *tutti* i momenti rilevanti di una determinata situazione, quindi la ponderazione razionale dell'utile e del necessario dall'altro» (cfr. H. BUCHEIM, "Rationales politisches Handeln bei Thukydides", in *Der Staat*, 1991, 323-347, 333).

⁸²³ Cfr. *supra*, Cap. II, § 7.1.1.

(che oggi pare perduta) di luogo delle decisioni orientate al bene comune, a volte anche difficili e impopolari⁸²⁴.

7.2.4.1 Il fondamento implicito del divieto di amnistia

Occorre tuttavia chiedersi se non sia possibile sostenere la tesi contraria (quella del divieto generale di amnistia), senza tuttavia incorrere nella summenzionata fallacia argomentativa. Si ritiene che una tale scelta sia possibile, a patto di essere onesti e di portare fino in fondo le conseguenze che la citata giurisprudenza della Corte interamericana implicitamente suggerisce. Non sembra infatti che la reale motivazione alla base di tali decisioni stia nella violazione di questo o quel trattato o di questa o quella corrente giurisprudenziale regionale. Nemmeno ci sembra cogliere fino in fondo il problema una ricostruzione, volutamente in questa sede evitata, che analizzi l'istituto dell'amnistia in termini di funzioni della pena, di retribuzionismo ovvero pragmatismo⁸²⁵. Se questa prospettiva

⁸²⁴ Non si condivide qui l'ampiezza illimitata che Carl SCHMITT (così come quanti hanno portato avanti i suoi studi) rivendica per l'istituto dell'amnistia. Ciò spesso avviene dichiaratamente in funzione antimarxista e come freno alla lotta di classe, come nel caso del sociologo conservatore FREUND. Tuttavia si condivide, seppur con le limitazioni date dalla cornice prescrittiva che deve essere fornita dal diritto anche in tema di amnistia, quanto questi afferma sul ruolo che la politica deve (o dovrebbe avere). «L'ethos della politica pretende che si sia in grado di superare anche le più terribili crudeltà. La politica comporta anche il far fronte ai momenti decisivi, in cui le concettualizzazioni teoriche-etiche sono messe alla prova delle decisioni pratiche, in lotta con la catena degli eventi» (J. FREUND, "Amnestie", cit., 189).

⁸²⁵ Per una siffatta prospettiva E. MALARINO, "Transición, derecho penal y amnistía...", cit.; V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit. 370 e ss.; non trattano direttamente di amnistia, ma analizzano le funzioni della pena in rapporto ai crimini internazionali G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in G. FIANDACA - C. VISCONTI (a cura di), *Punire mediare e riconciliare*, Torino, Giappichelli 2009, 13-22; G. FIANDACA, *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in F. PALAZZO - R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale*, cit., 97 - 118; M. DONINI, 'La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla "necessaria sproporzione" della pena nelle gross violations', in *Cassazione penale*, n°1, 2007, 6 - 23; L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, Giuffrè 2009; C. MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro*, in G. BERTAGNA - A. CERETTI - C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano, Il Saggiatore 2015, 251 - 303, 270 e ss.; G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, Il Mulino 2004, 70; D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Bari, Laterza 2004, 100. Il tema della funzione della pena a fronte dei crimini internazionali è inoltre fonte di riflessione non solo da parte dei giuristi, ma arriva fino alla cultura popolare. Un esempio per tutti è la pellicola argentina *El secreto de sus ojos (Il segreto dei suoi occhi)* di Juan José CAMPANELLA, Argentina - Spagna 2009, tratto dal romanzo E. SACHERI, *Il segreto dei suoi occhi*, Milano, Rizzoli 2010), che riflette, attraverso una storia di fantasia, sul superamento del passato dittatoriale in Argentina, sulla tensione fra memoria e oblio, sulle possibilità ed i limiti della giustizia penale a fronte di fenomeni

ha sicuramente delle conseguenze sull'ammissibilità o meno dell'amnistia, non ci sembra tuttavia che colga il senso ultimo della questione.

La Corte Interamericana, come detto, desume il divieto di amnistia da un dovere di esercizio dell'azione penale (*duty to prosecute*) e un dovere di punire (*duty to punish*), a sua volta fatti discendere dal dovere di protezione dei diritti umani presenti della CADU⁸²⁶. Lo Stato non avrebbe quindi solo un obbligo di protezione dei cittadini da lesioni di tali diritti. Al contrario, in caso di lesione effettiva, sorgerebbero una serie di obblighi in capo allo Stato (di indagine effettiva e ricerca della verità, di processo e di punizione dei responsabili...), cui corrisponderebbero dei veri e propri diritti, che fanno capo ai famigliari delle vittime e alla società nel suo insieme. Tali diritti sono, secondo la Corte Interamericana, direttamente giustiziabili e possono trovare attuazione solo a mezzo di un procedimento penale⁸²⁷.

Il presupposto necessario è l'idea che «la mancata punizione di una violazione dei diritti umani costituisca a sua volta una lesione ai diritti umani»⁸²⁸. La conseguenza è il sorgere di veri e propri diritti giustiziabili, e non solo di una mera

macrocriminali di tale portata ed infine sulla necessità o meno della pena detentiva in funzione retributiva.

⁸²⁶ Cfr. *supra*, Cap. II, § 7.2.1.

⁸²⁷ Si pensi al diritto alla verità, enunciato come «diritto della vittima o dei suoi familiari a ottenere dagli organi competenti dello Stato il chiarimento dei fatti di violazione e le corrispondenti responsabilità, a mezzo di indagini e di un giudizio (penale)» (cfr. Corte IDU, *Almonacid-Arellano e altri c. Cile*, 26 ottobre 2006, 148). Tale diritto esige «la determinazione giudiziale della verità storica più completa possibile» (cfr. Corte IDU, *Massacro di La Rochela c. Colombia*, 11 maggio 2007, 195; nello stesso senso Corte IDU, *Valle Jaramillo y otros c. Colombia*, 27 novembre 2008, 102), con il fine specifico di «individuare, giudicare e sanzionare» i responsabili (cfr. Corte IDU, *Caso dei Fratelli Gómez Paquiyauri c. Perù*, 08 luglio 2004, 231). Si tratta di un diritto che fa capo direttamente ai familiari delle vittime, ma che ha anche una «dimensione collettiva» (cfr. Corte IDU, *Massacro di La Rochela c. Colombia*, cit., 195), la quale fa capo all'intera società. Per un'elaborazione teorica di tale diritto, J.E. MÉNDEZ, *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, in M. ABREGÚ, C. COURTIS (a cura di), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores Del Puerto 1997, 517 - 540; per l'aspetto collettivo A. OLIVEIRA, M.J. GUEMBE, *La verdad, derecho de la sociedad*, ivi, 541 - 558; per una posizione fortemente critica, D. PASTOR, «La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa de desprestigio actual de los derechos humanos», in *Nueva Doctrina Penal*, 2005, 73 - 114; E. MACULAN - D. PASTOR, *El derecho a la verdad*, cit. Per una ricostruzione completa dell'istituto Y. NAQVI, «The right to truth in international law: fact or fiction?», in *International Review of Red Cross*, 2006, 245 - 273.

⁸²⁸ M.A. SANCINETTI, *Las Leyes Argentinas de Impunidad y El Artículo 29 de la Constitución de la Nación Argentina*, in J. LÓPEZ - M. BAJO (a cura di), *1 Dogmatica y Ley Penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Buenos Aires 2004, 811 - 826, 814.

«legittima pretesa alla punizione»⁸²⁹, da parte della vittima e la società. Di qui la nascita di una «teoria penalistica centrata sulla figura della vittima [...] basata sulla neutralizzazione del danno morale permanente che la vittima continua a soffrire in conseguenza del crimine subito»⁸³⁰. I gruppi di vittime, che hanno subito l'uso e l'abuso del diritto penale a fini politici durante i regimi dittatoriali, rivendicano oggi un uso del diritto penale contro il potere stesso, trasformando il diritto penale in un mezzo di gestione dei problemi sociali e mezzo di trasformazione della società⁸³¹.

Il fenomeno è dunque più vasto e la sfiducia verso l'amnistia è sintomatica di una generale sfiducia verso il potere politico. A tale sfiducia corrisponde un aumento di aspettative a carico del processo penale, aspettative quasi "messianiche"⁸³². Si delinea dunque una considerazione rilevante, che ci mostra come il dibattito attorno all'amnistia transizionale abbia una portata e delle conseguenze molto più ampie e

⁸²⁹ J. M. SILVA SANCHEZ, "Doctrines Regarding the Fight Against Impunity and the Victim's Right for Perpetrator to be Punished", in *Pace Law Review*, 2008, 865 - 884, 877.

⁸³⁰ *Ivi*, 884.

⁸³¹ J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, Milano, Giuffrè 2004, 24 e ss. *Ibidem* l'Autore parla anche di una traslazione della concezione del diritto penale da *Magna Charta* del reo a *Magna Charta* della vittima (l'espressione del diritto penale come *Magna Charta* del reo è di F. VON LISZT, "Deterministische Gegner der Zweckstrafe", in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 325 - 358, 330). Il tema è quello dell'uso del diritto penale non solo in «funzione di scudo», bensì anche in «funzione di spada» (cfr. F. TULKENS, "The paradoxical relationship between criminal law and human rights", in *Journal of International Criminal Justice*, 577 - 595, 578); un tema legato all'ambiguità di fondo del diritto penale come strumento sia di «minaccia che di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali» (cfr. M. DELMAS-MARTY, *Le paradoxe penal*, in M. DELMAS-MARTY - C. LUCAS DE LEYSSAC (a cura di), *Libertes et droits fondamentaux*, Parigi, Seuil 1996, 368 - 392, 368). Vi è quindi un conseguente mutamento del rapporto fra diritti umani e diritto penale, laddove i primi non sono più solo la «cattiva coscienza» del secondo, che contribuisce alla costruzione di un diritto penale umano. Al contrario i diritti umani diventano anche una «buona coscienza», che usa il diritto penale come mezzo per garantire la protezione dei diritti umani stessi. Ciò comporta lo sviluppo di una progressiva insofferenza verso le garanzie liberali per il reo, con il rischio significativo «che la legittimità dello scopo perseguito giustifichi i mezzi [...] con i "crimini contro l'umanità" che vadano ad occupare il posto precedentemente occupato dai "crimini contro la divinità"» (cfr. F. TULKENS, "The paradoxical relationship...", cit., 593). E' questo il presupposto teorico che spiega il nuovo ruolo della vittima nel processo penale e il riconoscimento di un suo «"interesse alla punizione", che coincide con un interesse a ottenere sia una riparazione pratica che una soddisfazione simbolica» (*ivi*, 595). Sullo stessa tematica, R. BARTOLI, "Chiaro e oscuro" dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto, in M. MECCARELLI ET AL. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, cit., 137 - 156.

⁸³² Di "fede messianica" nel diritto penale parla D. PASTOR, "La deriva neopunitivista...", cit., 73. Sulle aspettative riversate sul diritto nella gestione delle transizioni politiche, TEITEL parla di "portare il Messia attraverso il diritto" (cfr. R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 81).

profonde. La conclusione che ne deriva è la seguente: l'esautorazione della politica dalla trasformazione della società costituisce un fenomeno che trascende il tema dell'amnistia transizionale e che involge nel profondo il rapporto fra governanti e governati⁸³³.

7.2.4.2 Divieto di amnistia e obblighi di criminalizzazione

A tale evoluzione va ricondotta anche la questione problematica degli "obblighi di criminalizzazione"⁸³⁴.

⁸³³ Per quanto riguarda la giustizia di transizione, LOLLINI parla di una «depoliticizzazione dei meccanismi di costruzione dei nuovi Stati democratici», realizzata mediante un «ipertrofia del sistema giudiziario durante le fasi di transizione politico-costituzionale - che - produce una sostanziale atrofia della costruzione politica delle nuove democrazie» (cfr. A. LOLLINI, *La "giustizia di transizione". Il principio del "duty to prosecute" come una nuova variabile di "eterodeterminazione" dei processi costituenti?*, in G. GOZZI - F. MARTELLI (a cura di), *Guerre e minoranze. Diritti delle minoranze, conflitti interetnici e giustizia internazionale nella transizione alla democrazia dell'Europa Centro-Occidentale*, Bologna, Il Mulino 2004, 323 - 362, 361. Nella «tendenza alla internazionalizzazione (o de-nazionalizzazione) secondo modalità retributive [...] della giustizia post-conflitto», l'Autore vede il realizzarsi di un «costituzionalismo eterodiretto [...] una nuova forma di intervento esterno (o di etero-influenza) sui paesi in transizione» (cfr. A. LOLLINI, *"Fare i conti con il passato": Osservazioni sulla struttura e sulle funzioni dei meccanismi di risoluzione dei conflitti nelle transizioni costituzionali*, in G. MANNOZZI - F. RUGGERI (a cura di), *Pena, riparazione, riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo Millennio*, Atti del Convegno di Como, 13-14 maggio 2005, Varese, Insubra University Press 2007, 119 - 136, 135.

⁸³⁴ Fra i primi lavori sul tema, D. PULITANÒ, "Obblighi costituzionali di tutela penale?", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Civile*, 1983, 484 - 531. Confronta, anche per ulteriori rimandi, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike 2012, 92 e ss. (in particolare per il dibattito sul fronte interno *ivi*, 93; per quello relativo agli obblighi di tutela di matrice sovranazionale *ivi*, 106); C. SOTIS, "Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 173 e ss.; ID., *Il diritto senza codice*, cit., 169 e ss.; F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè 2011, 243 - 298; ID., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA. VV. *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene 2011, vol. IV, 2645 - 2704; ID., *Les obligations de protection pénale des droits fondamentaux*, in G. GIUDICELLI-DELAGE - S. MANACORDA - J. TRICOT (a cura di), *«Devoir de punir?» Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Paris, Société de législation comparée 2013, 53 e ss.; S. MANACORDA, *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in M. MECCARELLI ET AL. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, cit., 307 - 348; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale: logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, Giuffrè 2012, 47 e ss. Per una riflessione sul rapporto fra obblighi di tutela, Costituzione, fonti sovranazionali e giurisprudenza della Corte Costituzionale, G. INSOLERA, "Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?", in *Diritto penale e processo*, 2005, 671 - 678.

In Italia, già a inizio anni '80, un Autore aveva colto negli obblighi di tutela un «paradossale (imprevedibile?) sviluppo della teoria dei beni giuridici costituzionali, che la dottrina penalistica degli anni '70 ha elaborato in chiave critica e riformatrice del sistema punitivo»⁸³⁵. Nella questione degli obblighi punitivi, il diritto penale si ricollega «alla realizzazione dello Stato sociale di diritto»⁸³⁶ e tuttavia la realizzazione dello stesso non è lasciata alla scelta discrezionale del potere politico. Al contrario, il tema può essere letto come punto di incontro «fra una crisi di transizione della politica criminale [...] ed un'ideologia giudiziaria che proprio nella crisi ha maturato la consapevolezza della forza e delle ragioni del proprio specifico ruolo di tutela. [...] L'approdo estremo di una logica di supplenza».

Anche il tema del divieto di amnistia costituisce un esempio di tale supplenza ad opera delle Corti. Essa sembra nascere a fronte dell'assenza di fiducia in un potere politico, che spesso ha usato la discrezione, spettantegli in fase di transizione, al fine esplicito di garantire ampi spazi di impunità ai suoi affiliati⁸³⁷.

⁸³⁵ Cfr. D. PULITANÒ, "Obblighi costituzionali di tutela penale?", cit., 487; il riferimento alla dottrina penalistica degli anni '70 è inteso a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit. Il paradosso è stato evidenziato alla luce del «carattere garantista che ha sostanzialmente contrassegnato l'intera costruzione teorica del diritto penale costituzionale» (cfr. L. STORTONI, "Profili costituzionali della non punibilità", cit., 632); ivi infatti «lo stesso riferimento ai beni costituzionali, cioè, è operato solo in funzione di giustificazione del sacrificio della libertà, ma gli stessi valori costituzionali non assumono mai, di per sé, un ruolo centrale nel discorso onde da essi scaturisca un qualsivoglia obbligo di tutela [...] sul piano rigorosamente costituzionale, quindi, solo limiti negativi» (ivi, 635). Secondo tale concezione quindi «il problema di una funzione *promozionale* o di solidarietà sociale del diritto penale, lungi dall'essere assente, viene riservata al legislatore ordinario, rispetto al quale i dettami costituzionali devono costituire un impulso giuridicamente non azionabile» (ivi, 636). Al contrario, «l'idea degli obblighi di penalizzazione sembra non fare altro che prendere sul serio fino in fondo tale valore fondante del sistema dei beni giuridici costituzionali [...] da un lato un limite garantista invalicabile, dall'altro un contenuto minimo irrinunciabile della coercizione statale vengono collegati al medesimo principio regolativo» (cfr. D. PULITANÒ, "Obblighi costituzionali di tutela penale?", cit., 495).

⁸³⁶ Ivi, 488.

⁸³⁷ E tuttavia il tema non è affatto solo legato alla giustizia di transizione, come dimostra il già citato panorama degli obblighi di tutela, oggi anche (o forse soprattutto) di matrice sovranazionale. Tuttavia, negli anni '80, il tema si era già palesato in tutta la sua forza nella decisione resa dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco il 25 febbraio 1975 (commentata ivi, 492 e ss.; testo in *Juristenzeitung*, 1975, 205 e ss.) in relazione all'esistenza o meno di un obbligo costituzionale di penalizzazione dell'aborto; in tale decisione la Corte ha riconosciuto un'obbligazione relativa all'uso della minaccia penale come mezzo di tutela del diritto alla vita, riconoscendo quindi alla gerarchia dei beni giuridici la possibilità di offrire criteri di legittimazione positiva.

Il citato Autore⁸³⁸ coglie il rischio di un'involuzione etica e religiosa del summenzionato approccio e parla di sospetto di una «teologia della Costituzione»⁸³⁹, che concepisce cioè la Costituzione come un edificio chiuso, che esige valori di fedeltà e di attiva difesa, negando le responsabilità primarie di valutazione e di scelta del potere politico legislativo. Proprio tale spazio di valutazione lasciato al legislatore sarebbe invece alla base della struttura stessa del sistema politico democratico⁸⁴⁰. In particolare «il fondamento della penalizzazione obbligatoria appare qui indipendente da una tutela del bene giuridico, misurabile come dato di realtà; la tutela si identifica *a priori* nell'esistenza di un principio normativo, concernente il giusto e l'ingiusto, il cui valore si pone come assoluto». Ciò fa sì, secondo l'Autore, che il legame di tale posizione con la teoria del diritto penale costituzionalmente orientato sia solo apparente, in quanto quest'ultima «fa del diritto una 'tecnica sociale' e non un'affermazione astratta di valori. La natura 'relativa' delle conseguenze che ne derivano (p. es. eventuali obbligazioni a ricorrere alla minaccia penale) è il correlato logico della fondazione relativa o strumentale della prevenzione generale penale»⁸⁴¹. Ciò rende imprescindibile e non surrogabile a livello "tecnico" il momento di valutazione politica, intriso di elementi prognostici. Sussiste infatti un principio di responsabilità legislativa d'indirizzo politico⁸⁴².

⁸³⁸ *Ivi*, 498. Di approccio religioso ai diritti umani parla anche F. TULKENS, "The paradoxical relationship...", cit., 593. In relazione al processo penale come luogo di realizzazione del diritto alla verità, PASTOR parla di analogie con l'Inquisizione e di "totalitarismo della verità" (cfr. D. PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità?*, cit., 156); STORTONI parla di «valenza particolarmente impositiva e di forzata pedagogia» della tutela penale (cfr. L. STORTONI, "Profili costituzionali della non punibilità", cit., 637).

⁸³⁹ D. PULITANÒ, "Obblighi costituzionali di tutela penale?", cit., 498; per tale espressione cfr. J. SEIFERT, *Verfassungsgerichtliche Selbstbeschränkung*, in M. TOHADIPUR (a cura di), *Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik. Zur verfassungsrechtlichen Stellung und Funktion des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp 1976, 116 - 135, 124.

⁸⁴⁰ D. PULITANÒ, "Obblighi costituzionali di tutela penale?", cit., 499. L'Autore si richiama anche a BECCARIA, il quale individuava il fondamento del monopolio del legislatore in materia penale nel suo essere rappresentativo «di tutta la società unita per il contratto sociale» (*ivi*, 518). STORTONI ricorda che lo stesso «affidamento alla dialettica parlamentare del potere normativo penale [...] è operato a tutela dei diritti del cittadino e, quindi, in ultima analisi, costituisce un suo diritto costituzionalmente sancito» (cfr. L. STORTONI, "Profili costituzionali della non punibilità", cit., 642).

⁸⁴¹ D. PULITANÒ, "Obblighi costituzionali di tutela penale?", cit., 502.

⁸⁴² *Ivi*, 512. Al contrario l'alternativa proposta è quella di una «riserva costituzionale di campi di materia alla giustizia penale come luogo e forma necessaria di gestione (autoritaria e autonoma) se non di determinazione delle politiche dei beni giuridici ritenuti di maggior rilievo» (*ivi*, 513). Nello stesso senso L. STORTONI, "Profili costituzionali della non punibilità", cit., 639). Sottolinea FIANDACA

Parlare di diritti delle vittime alla punizione, alla verità e alla giustizia riporta l'analisi al più ampio rapporto fra diritti fondamentali e diritto penale.

La prospettiva dei diritti delle vittime è una prospettiva individualistica⁸⁴³ e tuttavia nel diritto penale «la figura deontica originaria è il dovere, non il diritto»⁸⁴⁴, esso si basa sulla «priorità del male»⁸⁴⁵. In altri termini «la “prestazione” statale, cui tende il diritto penale, ha natura e funzioni diverse dalle prestazioni dello stato sociale. [...] Nella prospettiva coercitiva si esprime, non specificamente lo stato sociale e lo stato democratico, ma lo stato guardiano, pacificatore autoritario del *bellum omnium contra omnes*. [...] L'effettività della tutela, che il diritto penale intende assicurare, non è quella che contraddistingue lo stato sociale, come passaggio dalla formale attribuzione al godimento effettivo di dati diritti; ma è quella che definisce in via generale le funzioni - e la vigenza - dell'ordine giuridico»⁸⁴⁶. A tale funzione è inoltre intrinsecamente associato il principio di legalità, la cui funzione è quella di mantenere «il problema della coercizione come problema aperto politicamente e razionalmente»⁸⁴⁷. Il principio di legalità salda dunque il diritto penale con la democrazia e l'orizzonte dei diritti con l'orizzonte del diritto⁸⁴⁸; è cioè attraverso le scelte di politica criminale del legislatore che «l'individualismo dei diritti si inserisce in un orizzonte sociale»⁸⁴⁹.

come, con riferimento ai crimini internazionali, vi sia un «ruolo fondamentale della *dimensione politica*: nel senso che la scelta a monte rimane politica anche quando, eventualmente, si prescelga la soluzione giudiziaria» (cfr. G. FIANDACA, *I crimini internazionali*, cit., 18).

⁸⁴³ «Il discorso dei diritti è *individualistico per definizione*: riguarda il conferimento di potere (*empowerment*) agli individui, ne protegge la capacità d'azione» (cfr. D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in M. MECCARELLI ET AL. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, cit., 81 - 114, 84).

⁸⁴⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi 1990, 53, citato *ivi*, 88.

⁸⁴⁵ *Ibidem*.

⁸⁴⁶ D. PULITANÒ, «Obblighi costituzionali di tutela penale?», cit., 515. ZIMRING definisce infatti, criticamente, la «privatizzazione del diritto penale» come concezione dello stesso quale «un altro servizio pubblico, al pari della pulizia delle strade o della nettezza urbana, nell'ambito del quale è il governo a porsi al servizio della comunità e non viceversa» (cfr. F.E. ZIMRING, *La pena di morte*, Bologna, Il Mulino 2009, 109).

⁸⁴⁷ D. PULITANÒ, «Obblighi costituzionali di tutela penale?», cit., 519.

⁸⁴⁸ Espressione di D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit. 112.

⁸⁴⁹ *Ibidem*. Sottolinea l'autore come «un *paradosso dell'individualismo democratico* è stato ravvisato nel suo legame con qualità essenzialmente positive (rispetto delle regole, moderazione, attenzione ai propri privati interessi) che peraltro sono «*naturale alimento tanto della cultura del rispetto e dei*

7.2.4.3 Le conseguenze sulla potestà punitiva

Tali riflessioni ci portano a trarre le fila del discorso.

Quando si riconosce un diritto della società e delle vittime all'accertamento della verità a mezzo (esclusivo!⁸⁵⁰) di giudizi penali e un diritto alla punizione dei colpevoli; quando si afferma che tali diritti sono immediatamente giustiziabili e possono cioè essere fatti valere davanti al giudice penale anche a fronte di provvedimenti legislativi di senso contrario (amnistia), il tema del discorso è evidente. Non si discute del rispetto o meno di un trattato, ma si sta affermando che in riferimento a determinati beni giuridici la titolarità della potestà punitiva non fa capo allo Stato ma direttamente alla società intera (concetto vago, dato che la società è rappresentata democraticamente attraverso il potere legislativo e non attraverso il potere giudiziario) e a soggetti individuali privati (le vittime), che hanno il potere di azionarla anche “contro” la volontà del legislatore.

Il discorso è molto più radicale e profondo. Esso investe la concezione stessa del diritto penale, al di là della giustizia di transizione, e comporta una ridefinizione del concetto stesso di potestà punitiva⁸⁵¹.

diritti quanto dell'apatia e dell'indifferentismo”. Lo sfondo etico-politico della civiltà dei diritti umani è un individualismo aperto a concezioni del bene non grettamente individualistiche, il cui orizzonte non si esaurisce nella rivendicazione dei diritti. Non è un orizzonte che possa essere dato per scontato» (ivi, 113; la citazione è da N. URBINATI, *Liberi e uguali*, Roma - Bari, Laterza 2011, 106). E' questo il presupposto ideologico che porta alla considerazione per cui la «riduzione del penale *um der Freiheit Willen*: è una possibilità *indefinita*, in un campo di tensione segnato da richieste di *sicurezza dei diritti* che prendono forma anche di richieste *di giustizia*, fondate o infondate. Il diritto penale *dei diritti umani* resta un problema drammaticamente aperto ed ambiguo» (ivi, 114).

⁸⁵⁰ Ciò viene detto espressamente a partire dalla sentenza Corte IDU, *Almonacid-Arellano e altri c. Cile*, cit. Ivi si afferma che la verità storica contenuta nei rapporti delle TRC «non può sostituire l'obbligazione dello Stato a ricercare la verità attraverso processi» (penali) (cfr. *ivi*, 150).

⁸⁵¹ Sul tema si rimanda a G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, Utet 1942. Ivi l'Autore si richiama (*ivi*, 16) alla nozione del MANZINI per cui «il potere d'imporre precetti penalmente sanzionati non è un diritto dello Stato, ma un attributo della sovranità» (citazione da V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., 75). Ciò contrappone nettamente la nozione di potestà punitiva a quella di diritto soggettivo, laddove quest'ultimo viene invece definito come «possibilità giuridica di pretendere l'adempimento di un obbligo» [*ivi*, 74; citazione da T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Roma, Editrice del Foro Italiano 1938 (ristampa), 52]. CARNELUTTI sottolinea come la distinzione fra il diritto soggettivo e la potestà sta nell'essere la potestà potenza di comandare per la tutela di un interesse altrui e non proprio (*ivi*, 83). In ogni caso viene esclusa «l'esistenza di un rapporto giuridico, in senso tecnico, tra lo Stato e il reo, avente per oggetto l'applicazione e la esecuzione della sanzione penale» (*ivi*, 99). ANGELOTTI afferma che la potestà punitiva è fuori del diritto penale, rientra nel

La dottrina ha unanimemente e da tempo abbandonato una nozione soggettivistica di tale concetto come «diritto soggettivo statale di punire»⁸⁵². Ancor meno, con riferimento ai cittadini come collettività, già nel 1942 veniva negata categoricamente l'esistenza di un «diritto sostanziale dei cittadini alla punizione del reo. In nessuna delle norme giuridiche in cui sono stabiliti i vincoli del potere punitivo dello Stato è stabilito un diritto soggettivo dei cittadini alla punizione del reo o è, comunque, detto che l'esercizio di quel potere è dovuto ai cittadini, offesi o non offesi che essi siano dal reato. L'interesse dei cittadini a che venga esercitata la giustizia penale [...] non è [...] tutelato nella forma di diritto soggettivo»⁸⁵³.

Al contrario, leggendo la citata giurisprudenza della Corte interamericana e i summenzionati contributi dottrinali che la sostengono, pare volersi configurare implicitamente un diritto soggettivo alla punizione non in capo allo Stato, ma sia alla collettività, sia soprattutto a dei soggetti privati, che possono esigerla: le vittime.

Se le impressioni di chi scrive fossero corrette e questa fosse effettivamente la linea che si intende perseguire, le conseguenze sarebbero di notevole portata. Si potrebbe anzi dire che si arriverebbe a sovvertire l'evoluzione stessa del diritto penale, sorto e sviluppatosi proprio con lo scopo di «neutralizzare la vittima» e la sua esigenza di vendetta⁸⁵⁴, estromettendola dal processo penale e rivendicando il monopolio statale nel ruolo dell'accusa. Lo stesso termine “vittima” non esiste legalmente e non può esistere come tale nel procedimento penale, proprio per la mancanza di un provato atto «illecito (e colpevole al di là di ogni ragionevole

potere di governo, nella sovranità (*ivi*, 103). In ogni caso VASSALLI ricorda come la potestà punitiva è «inalienabile, intrasmissibile, irrinunciabile, imprescrittibile» (*ivi*, 105). Con il concetto di “irrinunciabilità” si vuole tuttavia non escludere la facoltà del legislatore di disporre cause di non punibilità, quanto rimarcare il fatto che, anche così facendo, il legislatore sta esprimendo la potestà, poiché esso è libero di esercitarla o meno, ma la sua volontà non può mai disporre la perdita (*ivi*, 108). Ancora sulla natura della potestà punitiva, M.A. CATTANEO, *Le radici filosofiche del diritto penale delle garanzie*, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane 2002, 35- 45.

⁸⁵² Così F. CORDERO, *Contributo allo studio dell'amnistia*, cit., 25 e G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, cit., 16. Si veda la nota precedente per altre posizioni dottrinali.

⁸⁵³ *Ivi*, 271 (per le opinioni contrarie, minoritarie, di ZANOBINI, RANIERI, DE NOTARISTEFANI, DE MAURO, BIERLING, si veda *ibidem*, sub nota n. 1).

⁸⁵⁴ La letteratura su questi temi è vastissima; fra i molti lavori, ci si limita qui a segnalare J.M. SILVA SANCHEZ, “Doctrines Regarding the Fight Against Impunity...”, cit., 879. Il tema è quello del simbolismo e della duplicazione dei messaggi; per tutti, E. FRONZA, *Diritto penale del nemico e giustizia penale internazionale*, cit.

dubbio)»⁸⁵⁵. Finché dunque l'imputato è un presunto innocente, non vi è una vittima, al più vi è una «presunta vittima»⁸⁵⁶.

Portando dunque il discorso alle sue estreme conseguenze, «il cuore di questa teoria è formato da risposte simboliche ed espressive (sul piano morale): una dichiarazione di colpevolezza e una sentenza di condanna»⁸⁵⁷. La privatizzazione della giustizia può dunque conoscere derive inquietanti⁸⁵⁸ e lascia intravedere una

⁸⁵⁵ J.M. SILVA SANCHEZ, "Doctrines Regarding the Fight Against Impunity...", cit., 882.

⁸⁵⁶ *Ivi*, 884.

⁸⁵⁷ *Ibidem*. Aggiunge l'Autore che «l'imposizione e applicazione di una pena [...] giustificata sulla base delle necessità della vittima, sarebbe solo una vendetta istituzionalizzata, mascherata dietro un velo di apparente razionalità» (*ibidem*).

⁸⁵⁸ ZIMRING indica come si sia prodotto un mutamento anche a livello di linguaggio e di comunicazione, laddove ad esempio, in ambito statunitense, si giustifica la pena capitale per un assassino anche con riferimento al diritto alla "chiusura" (*closure*) dei parenti della vittima (intesa come sentimento di soddisfazione per la chiusura di un'esperienza brutta) e quindi di un diritto all'esecuzione della pena di morte come unica possibilità di superare l'evento traumatico passato. Emblematica in tal senso è la dichiarazione, riportata dall'Autore, del governatore del Nebraska, Michael Johanns. Questi afferma che il compito del governo nel regolare il sistema della pena di morte è «far sì che la legge vada a vantaggio delle vittime e delle loro famiglie» (cfr. F.E. ZIMRING, *La pena di morte*, 109). In questa logica il processo penale, con le sue regole garantistiche, costituisce un evidente ostacolo al diritto dei familiari ad un rapido ottenimento della *closure*. Il concetto di *closure* (non in quest'ottica estrema, legata alla pena di morte) è evocato anche da molti Autori della giustizia di transizione, quali ad esempio ROHT-ARRIAZA, CROCKER, MINOW (per i rimandi bibliografici, L. FLETCHER - H. WEINSTEIN, "Violence and Social Repair...", cit., 593 sub nota 70). Secondo il politologo statunitense RIEFF, il concetto di *closure* è «una delle fantasie psicologiche più maligne e corrosive di quest'epoca» (cfr. D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 129). Il concetto di *closure* legato alla pena di morte, come sopra riproposto, è evidentemente una degenerazione. Esso tuttavia costituisce l'estremo di una tendenza surrettiziamente introdotta anche in Sudamerica, laddove si annida il rischio che «la protezione penale dei diritti umani - conti - più che la protezione dei diritti umani dal diritto penale» (cfr. E. MALARINO, *Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina. Un'analisi della sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Nazione del 14 giugno 2005 nel caso Simón*, in E. FRONZA - G. FORNASARI (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente*, cit., 31 - 98, 95). Una decisione argentina del 2011, ad esempio, mostra un caso di degenerazione del diritto alla verità e del suesposto concetto di privatizzazione della giustizia (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 5 de Buenos Aires, *Resolucion declarativa de los sucesos históricos conocidos como el genocidio del pueblo armenio - años 1915/1923*, 01 aprile 2011). Ivi un giudice argentino emette una decisione irrevocabile su fatti storici avvenuti quasi un secolo prima dall'altro lato del globo (il genocidio armeno), senza coinvolgimento di cittadini argentini. Tale decisione è emessa su istanza dei discendenti dei sopravvissuti, oggi residenti in Argentina. In tale giudizio, definito come *juicio esclarecedor de la verdad histórica*, il giudice, sulla base delle sole prove prodotte dal ricorrente, accerta l'avvenuto genocidio ed emette una ferma condanna non solo dello Stato turco, ma anche delle potenze internazionali che all'epoca non fecero sentire la propria voce, con un silenzio paragonato ad un assenso. Il giudice definisce se stesso come *vector procesal*: egli «rispettosamente omologa e fa proprie le dimostrazioni contenute nella querela [...] opera come strumento per l'ottenimento dei documenti e delle testimonianze per avvicinarsi alla verità, la cui reale costruzione conosce il querelante [...] la provenienza degli elementi

delega della collettività al giudice penale, a fronte di una delusione nei confronti del potere politico. Questa tendenza, nel caso dell'ammnistia, è più palese. Alla base vi sono la semplificazione offerta dal giudicato penale (colpevole / non colpevole), il carattere di "teatro pedagogico" del processo stesso come luogo solenne, formale e artificiale dello *ius dicere*⁸⁵⁹ ed infine la forza immutabile dell'interpretazione accolta nel giudicato.

Chi si proponga di fondare seriamente un generale divieto di amnistia, senza ricorrere a scorciatoie, dovrà anche affrontare la sfida che vi è a monte. Dovrà cioè coniugare la sottrazione di una porzione significativa di potestà punitiva alla sovranità statale con le garanzie del diritto penale e i principi fondanti lo Stato di diritto e la democrazia.

probatori si trova pienamente corroborata e dispensa da ogni messa in discussione circa la verosimiglianza e l'autenticità [...] inoltre la ricostruzione fattuale del genocidio armeno è già chiara alla luce delle innumerevoli testimonianze di storici e studiosi, i quali in definitiva fan sì che non si possa che concordare» sulla commissione del genocidio e sulle relative cause e responsabilità (*ivi*, 7.5). Ma se la prova dei fatti è addirittura non necessaria e se il processo altro non è che uno strumento offerto alla vittima, qual è la funzione del giudice? Egli lo dice espressamente: «questo magistrato non è uno storico, né un testimone di tali fatti di grande rilevanza storica. E' solamente l'organo giurisdizionale che convalida e dà forza di legge, a mezzo della sua dichiarazione di verità, ai risultati di un'indagine» (esperita dalle vittime) (*ibidem*). La vittima dunque ha diritto di rivolgersi ad un giudice perché la propria verità (ossia quella che la vittima stessa produce in giudizio a mezzo delle prove) sia "bollata" come autentica ed acquisti non solo il requisito dell'ufficialità, ma soprattutto quello dell'irrevocabilità e dell'inibizione di qualsiasi messa in discussione. A questo diritto della vittima, perciò, le garanzie processuali non possono che costituire uno scomodo ostacolo.

⁸⁵⁹ Così M. OSIEL, *Politiche della punizione*, cit., 106. Vedasi anche A. GARAPON, *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, Milano, Feltrinelli 1997.

CAPITOLO III

LA TRANSIZIONE ITALIANA COME AMNESICA E INCOMPIUTA

1. *La transizione amnesica italiana e la transizione obliosa spagnola.*

Considerazioni preliminari

L'analisi specifica dell'istituto dell'amnistia sin qui condotta, sia alla luce dei profili penalistici che di quelli di giustizia di transizione, ci consente di riportare lo studio nuovamente nell'orizzonte più ampio del processo di transizione nel suo complesso, potendo formulare delle valutazioni. Si ribadisce qui nuovamente la scelta metodologica del presente lavoro, che parte dalla constatazione che l'amnistia interviene sulla persecuzione penale di determinati fatti, ovvero sulla conseguente applicazione della pena. Il giudizio penale e la pena non sono però lo strumento attraverso il quale si realizza una transizione, ma sono semmai uno degli strumenti che concorrono a realizzare un processo molto articolato, che include anche meccanismi stragiudiziali e dinamiche costituzionali, politiche, antropologiche e culturali. Si è scelto di procedere preliminarmente all'analisi dell'amnistia in relazione alle finalità della stessa e ai relativi parametri. Nelle pagine che seguono si cercherà di verificare come la transizione italiana si sia rapportata ad altri importanti interessi in gioco.

In Italia vi è stata un'*amnistia complessa*⁸⁶⁰. Si è qualificato il caso italiano come caratterizzato da uno stato di incapacità (*inability*) di compiere indagini e di svolgere un procedimento in maniera autentica. A tale incapacità, quantomeno dal 1948 (prima è tema dibattuto fra gli storici), corrisponde anche una mancanza di volontà (*unwillingness*) della classe politica con riferimento alla persecuzione e alla punizione dei responsabili di crimini, oggi qualificabili come internazionali.

Prima di avanzare nell'analisi, vale la pena soffermarsi su un accostamento che, a prima vista, può risultare comune. La transizione italiana è infatti palesemente distante da quella dell'alleata Germania, mentre potrebbe, invece, avere elementi di similitudine con la soluzione della Spagna, nel passaggio dalla dittatura franchista alla democrazia⁸⁶¹.

⁸⁶⁰ Cfr. *supra*, Cap. II, § 7.2.3.

⁸⁶¹ Con riferimento a tale transizione, A. GIL GIL, *La justicia de transición en España*, cit.; J.P. TAMARIT SUMALLA, *Historical Memory and Criminal Justice in Spain. A Case of Late Transitional Justice*, Antwerpen, Intersentia 2013; P. AGUILAR, *The Spanish Amnesty Law of 1977 in Comparative*

In quel contesto specifico, la Legge di amnistia 15 ottobre 1977, n. 46⁸⁶² costituisce l'esempio per antonomasia di una transizione fondata su una scelta a favore dell'impunità. Nella pratica, essa si è tradotta in una vera e propria scelta di oblio dei crimini commessi durante la Guerra Civile e la dittatura franchista. Tale assetto è stato poi inficiato solo marginalmente dalla *Ley de memoria histórica*, varata nel 2007 dal governo socialista di Zapatero⁸⁶³. L'amnistia spagnola ha consentito una transizione pacifica alla democrazia e, salvo il correttivo fornito dalle misure non penalistiche contenute nella summenzionata legge del 2007, essa resta tuttora in vigore, nonostante gli appelli del Comitato dei Diritti Umani⁸⁶⁴ e del Comitato sulle Sparizioni Forzate⁸⁶⁵ delle Nazioni Unite. Si parla infatti di "modello spagnolo"⁸⁶⁶ proprio per indicare la possibilità di una transizione riuscita, senza né

Perspective: From a Law for Democracy to a Law for Impunity, in F. LESSA F. - L.A. PAYNE (a cura di), op. cit., 315 - 335; ID. - C. RAMÍREZ-BARAT, *Amnesty and Reparations Without Truth or Justice in Spain*, in N. WOUTERS (a cura di), *Transitional Justice and Memory in Europe (1945-2013)*, Cambridge, Intersentia 2014, 199 - 258; O. MARTIN-ORTEGA - R.A. ALJIA-FERNANDEZ, *Where is My Grandfather? Impunity and Memory in Spain*, in S.E. BIRD - F.M. OTTANELLI (a cura di), *The Performance of Memory as Transitional Justice*, Cambridge - Antwerpen - Portland, Intersentia 2015, 97 - 114.

⁸⁶² Essa in particolare amnistiava qualsiasi reato compiuto per fini politici (per un'analisi dettagliata A. GIL GIL, *La justicia de transición en España*, cit., 52 e ss.).

⁸⁶³ *Ivi*, 73 e ss.; le misure adottate con tale legge sono indicate e analizzate dettagliatamente anche in tutte le opere summenzionate.

⁸⁶⁴ Cfr. ONU, Comitato dei diritti umani, *Final Conclusions and Recommendations on Report of Spain*, in *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, A764/40, 31 ottobre 2008, 41; l'appello è stato reiterato più volte; per il più recente si veda ONU, Comitato dei diritti umani, *Concluding observations on the sixth periodic report of Spain*, CCPR/C/ESP/CO/6, 13 agosto 2015, 21.

⁸⁶⁵ Cfr. ONU, Comitato sulle sparizioni forzate, *Concluding observations on the report submitted by Spain under article 29, paragraph 1, of the Convention*, CED/C/ESP/CO/1, 12 dicembre 2013, 11.

⁸⁶⁶ Così J. ELSTER, *Chiudere i conti*, cit. 93; G. FORNASARI, *Giustizia di transizione*, cit., 34. HUYSE definisce il modello spagnolo "una terza via verso l'impunità" oltre all'autoamnistia degli ex dittatori e all'amnistia negoziata fra dittatore e forze democratiche; si tratta infatti in questo caso di un'amnistia concessa all'unanimità da queste ultime (così H L. HUYSE, "Justice after Transition", cit., 51). Si parla anche di «modello assoluto di oblio del passato» (terminologia dell'Istituto Max Planck richiamata da A. GIL GIL, *La justicia de transición en España*, cit., 100). ARNOLD è indeciso sulla collocazione di tale modello. Se infatti si guarda all'amnistia singolarmente sarebbe da collocare fra i modelli del "colpo di spugna" (*Schlußstrichmodell*), ma l'Autore si chiede se invece, leggendo l'amnistia alla luce della transizione pacifica, non si possa definire la Spagna come "modello della riconciliazione" (*Aussöhnungsmodell*) (J. ARNOLD, *Einführungsvortrag*, cit., 14). Indipendentemente dalla qualificazione, il caso spagnolo è stato visto come «un esempio di come sia possibile una riconciliazione nazionale senza giustizia penale» (cfr. A. GIL GIL, *La justicia de transición en España*, cit., 137).

accertamento di responsabilità, né punizione, né epurazioni, né (salvo le novità introdotte dalla menzionata legge del 2007) memoria storica. La si definisce come una «transizione alla democrazia realizzata su un patto di silenzio e oblio»⁸⁶⁷. Se da un lato è vero che si tratta di un patto fondato sul concreto timore di un ritorno alla guerra civile⁸⁶⁸, dall'altro è vero anche che esso ha avuto il consenso trasversale di tutte le forze politiche e della società civile⁸⁶⁹.

Il percorso di impunità spagnolo presenta delle unicità, che ancora una volta mostrano invece il carattere più complesso del caso italiano. La Spagna è infatti l'unico Paese in cui la scelta per un'impunità generale è dichiarata espressamente ed approvata come tale da tutte le forze democratiche. Nel caso italiano vi è invece un «volere e disvolere»⁸⁷⁰, un'enorme minaccia sanzionatoria iniziale, seguita da una deroga parziale e da un risultato pratico che si traduce pressoché in niente. Si ha quindi un “molto rumore” iniziale e un “nulla” finale; per tale risultato l'opinione pubblica biasima, di volta in volta, la magistratura, il governo, o via via categorie

⁸⁶⁷ *Ivi*, 25.

⁸⁶⁸ Così K. AMBOS, *Prólogo, ivi*, 17. Tali timori hanno mostrato la loro fondatezza nel tentato colpo di Stato del 23 febbraio 1981 (noto anche come “23-F”).

⁸⁶⁹ Come ha scritto il romanziere CERCAS, «Morto Franco, quasi tutti iniziarono a costruirsi un passato da incastrare nel presente e per prepararsi il futuro [...] dopo tutto, a metà degli anni Settanta l'intero paese aveva sulle spalle quarant'anni di dittatura a cui quasi nessuno aveva detto No e a cui quasi tutti avevano detto Sì, con cui quasi tutti avevano collaborato per piacere o per forza e in cui quasi tutti avevano prosperato [...] la democrazia venne costruita in Spagna su una menzogna, su una grande menzogna collettiva o su una lunga serie di piccole menzogne individuali» (cfr. J. CERCAS, *L'impostore*, cit., 221). L'Autore preferisce tale ultima espressione a quella convenzionale «patto di oblio», in quanto quest'ultima «è una verità contraddittoria»; «più che una falsità è un luogo comune; vale a dire, una mezza verità. Non è vero che durante la Transizione sia stata disattivata la memoria e si siano dimenticati la guerra e il dopoguerra, o le loro vittime [...] al contrario [...] non è vero neppure che esistesse un patto di oblio politico; al contrario: ci fu un patto di ricordo, il che spiega come, durante la Transizione, tutti o quasi tutti i partiti politici complottassero per non ripetere gli errori che quarant'anni prima avevano portato alla guerra civile [...]. Quel patto fu un patto implicito che proibiva di usare il passato immediato come arma di dibattito politico; se quel periodo fosse stato dimenticato, sarebbe stato irrazionale firmare il patto [...]. Oltre a essere un luogo comune, il patto di oblio è un altro eufemismo, un modo di nominare senza nominarla una delle principali carenze della Transizione, e cioè il fatto che non si indagasse a fondo sul passato recente e non si perseguissero i crimini della dittatura e non venissero integralmente risarcite le sue vittime» (*ivi*, 285). Come evidenzia GIL GIL, il consenso è confermato dal fatto che non solo durante la transizione non vi furono quasi istanze di giustizia (così A. GIL GIL, *La justicia de transición en España*, cit., 51), ma anche dal fatto che non furono percorse le possibili vie d'azione residuali lasciate dall'amnistia, con un'unica eccezione costituita dal caso *Ruano* (*ivi*, 101). Ciò ha fatto sì che, nella pratica, il modello spagnolo si stato un modello di «impunità assoluta» (cfr. *ibidem*).

⁸⁷⁰ Cfr. U. PIOLETTI, “Osservazioni sul decreto di amnistia...”, cit., 473.

comunicative più ampie e evanescenti come il sistema, lo mancata rivoluzione, lo stato delle cose in Italia. Sono lamentele che vengono poi progressivamente attutite dal tempo che passa e dalle esigenze della ricostruzione. In Spagna, all'opposto, vi è «una consapevole decisione di perdonare incondizionatamente e di non guardare al passato [...] non un processo passivo di dimenticanza, bensì un processo attivo che consiste nell'ignorare deliberatamente eventi che erano ricordati sin troppo bene»⁸⁷¹. E in ciò emerge l'unicità del caso spagnolo: si tratta de «l'unico Paese dove è stata presa la decisione di *evitare* la giustizia di transizione. Una decisione a volte lodata, ma mai copiata»⁸⁷².

A differenza dell'Italia, inoltre, l'amnistia è stata adottata con voto parlamentare, da parte del primo parlamento democratico, con approvazione del 93,3% dei deputati⁸⁷³.

Va tuttavia osservato che l'unicità della soluzione spagnola si spiega probabilmente anche alla luce della peculiarità della sua situazione politica, non caratterizzata solo dalla debolezza delle nuove forze democratiche rispetto all'apparato di una dittatura durata trentasei anni. L'elemento dirimente pare infatti costituito dalla distanza temporale di quarant'anni fra i crimini più atroci della dittatura, durante la Guerra Civile, e la transizione. Quest'ultima vide protagonista una classe politica e una società civile che, per la maggior parte, non avevano un ricordo diretto e vivo di tali crimini e che sentivano, invece, come priorità la costruzione di una società democratica. Ciò rende dunque inimmaginabile un modello spagnolo per il caso italiano.

Si tornerà su questa dicotomia quando si valuterà la transizione italiana in rapporto all'elaborazione della memoria storica⁸⁷⁴. Per ora ci si limiterà alla seguente considerazione: ad una lettura superficiale, Italia e Spagna paiono accomunate,

⁸⁷¹ Cfr. J.P. TAMARIT SUMALLA, "Transition. Historical Memory and Criminal Justice in Spain", in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 729 - 752, 730.

⁸⁷² *Ibidem*. Anche ELSTER afferma: «per quanto la transizione spagnola sia stata talvolta presa a modello [...] nessun altro paese ha davvero deciso consensualmente di ignorare il proprio passato» (cfr. J. ELSTER, *Chiudere i conti*, cit. 93).

⁸⁷³ Nella fattispecie da tutti i gruppi parlamentari tranne *Alianza Popular* (astenuta); la legge venne quindi adottata con 296 voti a favore, 2 contrari, 18 astenuti e 1 voto nullo (si veda A. GIL GIL, *La justicia de transición en España*, cit., 49).

⁸⁷⁴ Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.

all'esisto finale, tanto dall'impunità quanto dall'assenza di memoria storica. Il risultato spagnolo è frutto tuttavia di una scelta espressa in favore di impunità e oblio, di una *transizione obliosa*⁸⁷⁵; al contrario il risultato italiano è frutto di una *transizione amnesica*, dove cioè diversi fattori portano a veri e propri vuoti, sia di giustizia che di memoria storica.

2. *L'approccio metodologico alla transizione italiana nel suo insieme. Una lezione dall'esperienza sudafricana*

L'esperienza spagnola indica come, pur a fronte di apparenti analogie, le singole soluzioni transizionali sono in realtà segnate dalle particolarità del contesto in cui avvengono. In contesti «iper-politicizzati»⁸⁷⁶, come quelli delle transizioni politiche, non sembra dunque possibile elaborare dei veri e propri “modelli” transizionali, se con tale termine si volesse pensare a soluzioni intercambiabili, esportabili ed importabili da un Paese all'altro. Al contrario, la giustizia di transizione è forgiata dalle circostanze fattuali e specifiche di tipo storico, politico, militare, economico, antropologico, religioso⁸⁷⁷ e giuridico del singolo contesto. Vi

⁸⁷⁵ Del resto Yan THOMAS fa notare che l'amnistia, come al suo opposto il regime dell'imprescrittibilità, è sempre «un'operazione politico-giuridica sul tempo. [...] Non si nega la realtà. Ma esternamente ad essa, come su un piano di quasi-realtà parallela, si costruiscono dei regimi di temporalità che operano 'come se' il tempo fosse diverso da ciò che è veramente. Questi regimi sono delle sistemazioni, dei montaggi, delle finzioni, tutti nella stessa maniera. Delle finzioni in quanto la cancellazione, il rovesciamento o l'immobilizzazione del tempo operano su un registro ipotetico - come se fosse dimenticato ciò che probabilmente non lo è [...] queste sistemazioni, questi montaggi, queste finzioni non agiscono direttamente né sul tempo né sulla memoria» (cfr. Y. THOMAS, *La verità, il tempo, il giudice e lo storico*, in G. FOCARDI - C. NUBOLA (a cura di), *Nei tribunali*, cit., 351 - 384, 371). Sul tema del rapporto fra amnistia e tempo si rimanda a F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob 1999, in particolare 145. In ambito italiano, anche se non prettamente collegata al tema dell'amnistia, una riflessione sulla gestione del tempo da parte del diritto è offerta da L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè 2009. In ambito penalistico, sul rapporto fra tempo, persecuzione e clemenza, G. INSOLERA, “Le clemenze “anomale””, cit., in particolare 4 e ss.

⁸⁷⁶ Cfr. R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 4.

⁸⁷⁷ E' stato a questo riguardo giustamente sottolineato che «un esame dell'amnistia attuata da Togliatti nel 1946 potrebbe essere utile inoltre, nel quadro della peculiare storia italiana, per discutere fino a che punto l'indubbia vocazione trasformistica di un paese come l'Italia possa essere considerata una condizione favorevole al ricorso all'amnistia; e, questione ancor più impegnativa, fino a che punto il cattolicesimo, che costituisce da secoli il denominatore comune delle culture politiche dominanti in questo paese, abbia funzionato da motivazione profonda del ricorso all'amnistia» (cfr. P.P. PORTINARO, *Introduzione*, cit., 22). Del resto, sottolinea lo stesso Autore, «il paradigma della riconciliazione poggia su tre pilastri: il diritto, l'economia e la religione» (cfr. P.P. PORTINARO, *I conti*

sono piuttosto tipologie di giustizia di transizione, strutture di riferimento che possono sì circolare, adattandosi però alle situazioni specifiche e concrete, conoscendo variazioni conseguenti.

Una transizione può inoltre essere un modello anche in quanto fornisce uno strumento di valutazione di altre esperienze. Nel quadro comparato, a spiccare per la sua unicità è in particolare il caso della transizione sudafricana, frutto della peculiare situazione in cui quel Paese si è trovato, nel passaggio dall'apartheid alla democrazia⁸⁷⁸. E' utile tuttavia in questa sede richiamarsi ad alcuni tratti di tale

con il passato, cit., 182). Sul rapporto fra amnistia e cristianesimo, anche PINGER W., "Amnestie im demokratischen Rechtsstaat", in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1970, 73 e ss., 73, citato in V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 235). A tal riguardo si noti che nel 2002, periodo a livello internazionale segnato dal massimo fervore dello slogan *no peace without justice*, papa Giovanni Paolo II celebrava la XXXV Giornata Mondiale della Pace affermando che «non si ristabilisce appieno l'ordine infranto, se non coniugando fra loro giustizia e perdono. I pilastri della vera pace sono la giustizia e quella particolare forma dell'amore che è il perdono. [...] Il perdono non si contrappone in alcun modo alla giustizia, perché non consiste nel soprassedere alle legittime esigenze di riparazione dell'ordine leso. Il perdono mira piuttosto a quella pienezza di giustizia che conduce alla tranquillità dell'ordine, la quale è ben più che una fragile e temporanea cessazione delle ostilità, ma è risanamento in profondità delle ferite che sanguinano negli animi. Per un tale risanamento la giustizia e il perdono sono ambedue essenziali. [...] Non c'è pace senza giustizia, non c'è giustizia senza perdono» (cfr. GIOVANNI PAOLO II, PAPA, "Messaggio del Santo Padre per le celebrazioni della XXXV Giornata Mondiale della Pace. 1 gennaio 2002. Non c'è pace senza giustizia. Non c'è giustizia senza perdono", 8 dicembre 2001, disponibile al seguente link:

http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_20011211_xxxv-world-day-for-peace.html). Il filosofo ebreo Karl LÖWITH contrappone inoltre il ruolo della memoria nell'ebraismo a quello nel cristianesimo, asserendo che mentre il destino del popolo ebraico è oggetto dell'interpretazione nella comunità ebraica, i cristiani non sono un popolo storico, in quanto «la loro solidarietà è basata esclusivamente sulla fede» (citazione contenuta in D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 55); vi sarebbe cioè, nel cristianesimo, una sorta di deresponsabilizzazione indiretta dal "peso" della memoria, data dalla convergenza di tutte le aspettative sulla volontà del Dio extramondano e dalla subordinazione dell'uomo alla sua volontà. Ancora, MARGALIT fonda il proprio modello di comunità universale di memoria in opposizione al «pessimismo secondo cui tutte le cose saranno dimenticate, così come espresso nell'Ecclesiaste: "Non c'è ricordo della gente dei tempi passati, neanche ce ne sarà di quelli che verranno in seguito. Non ci sarà ricordo nemmeno di loro fra quelli che verranno più tardi ancora" (1:11)» (cfr. A. MARGALIT, *The ethics of memory*, cit., 82). Con riferimento al periodo di Tangentopoli e alla possibilità del ricorso a un'amnistia, PADOVANI afferma: «l'idea di un *auto-da-fé* collettivo si tradurrebbe in meccanismi di "ingegneria penitenziale" squisitamente cattolici, e forse per questo corrispondenti al *Volskgeist* di un paese sensibile alle suggestioni del circuito "confessione-pentimento-penitenza-perdono-salvezza"» (cfr. T. PADOVANI, "Il problema «Tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, 448 - 462, 455).

⁸⁷⁸ I lavori sulla transizione sudafricana sono innumerevoli e non è possibile offrire un'elencazione esaustiva. Fra questi in particolare ci si è avvalsi di A. LOLLINI, *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa*, Oxford - New York, Bergahn 2011; A. DU BOIS-PEDAIN, *Transitional Amnesty in South Africa*, cit.; C. VILLA-VICENCIO - E. DOXTADER (a cura di), *The provocations of amnesty*, cit.

esperienza, al fine di spiegare la chiave di lettura qui scelta per valutare la transizione italiana.

Non si descriverà in questa sede il funzionamento di tale transizione, ci si limiterà a dire che essa rappresenta un *unicum* nel panorama comparato, in quanto ha trasformato una situazione di debolezza, tipica del contesto transizionale, in una situazione di forza.

In contesti di transizione le istanze della giustizia si trovano spesso ad essere limitate da fattori quali le esigenze di pacificazione, ma anche le difficoltà materiali nell'accertare responsabilità e nel condannare responsabili di fenomeni macrocriminali sistematici, spesso perpetrati con consenso di larghe fasce della popolazione e degli apparati dello Stato. Ciò ha di fatto reso quasi sempre inevitabile nella Storia, come visto, il ricorso all'uso dell'amnistia, la quale in ogni caso corrisponde ad una resa. Comunque la si valuti, l'amnistia è infatti sempre uno strumento di rinuncia dell'accertamento di responsabilità e della punizione al fine dell'ottenimento di un obiettivo concreto molto limitato e contingente: la pace negativa, intesa cioè come assenza di conflitto.

Il caso sudafricano è differente. Partendo dalla consapevolezza dei limiti dello strumento penale in sede di transizione, si è infatti cercato di trasformare la debolezza in vantaggio e l'amnistia da "scudo" a "spada"⁸⁷⁹. In che modo ciò è avvenuto? Perché «la TRC, e in particolare il processo transizionale di amnistia, è stata stabilita al fine di svolgere una *funzione costituente*»⁸⁸⁰. Sia il processo costituente che quello transizionale di amnistia «incoraggiavano la *costituzione dell'unità del corpo politico*, assicurando contemporaneamente solidità e stabilità future. Infatti l'innovativa *procedura step-by-step* del processo costituente e la *procedura* delle confessioni pubbliche, che era alla base del processo di amnistia, erano meccanismi volti ad attivare un'identica dinamica: *inclusione*»⁸⁸¹. La genialità della soluzione sudafricana è riassunta brevemente nella seguente descrizione: «il nuovo Stato, attraverso la costruzione di un'intelligente mitologia politica, ha trasformato la quasi impossibilità di esercitare azioni punitive in relazione ai crimini del passato in un fatto funzionale alla costruzione del sistema costituzionale. Al

⁸⁷⁹ Espressione di E. BENNUN, *Amnesty and International Law*, cit., 109.

⁸⁸⁰ A. LOLLINI, *Constitutionalism and Transitional Justice*, cit., 11.

⁸⁸¹ *Ivi*, 12.

cuore di questa trasformazione c'è la costituzionalizzazione di un modello di giustizia di transizione basato su uno scambio fra confessione e amnistia»⁸⁸². Processo costituente e processo transizionale vengono dunque indirizzati verso il futuro e verso la creazione del «dogma dell'unità nazionale, la cittadinanza comune e il mito politico della *Rainbow Nation*»⁸⁸³.

Quest'ultimo concetto in particolare opera su un piano politico e simbolico, al fine di definire simbolicamente il nuovo corpo politico post-apartheid e la nuova struttura costituzionale. Le conseguenze di questa rivoluzione copernicana sono molte e non potranno essere qui analizzate. La più evidente è la nascita di un'inedita forma di amnistia, che include elementi della grazia ed elementi della premialità; essa diventa uno strumento *ad personam*, che richiede per la sua applicazione una richiesta del destinatario ed un suo comportamento positivo, quale il contributo di una piena confessione⁸⁸⁴.

Quella sudafricana è in questo modo l'unica amnistia storicamente realizzata a non avere una mera funzione negativa (o di contenimento) cioè di sospensione della persecuzione penale per fini di pacificazione. Al contrario essa ha una funzione positiva (o costruttiva) ambiziosa, in quanto diventa uno strumento di partecipazione attiva e di confronto, di costruzione della società democratica, la quale trova proprio nella confessione un riconoscimento formale e una sottomissione a sé⁸⁸⁵.

Tutto ciò, ovviamente, non ha nulla a che fare con l'esperienza della transizione italiana avvenuta cinquant'anni prima. Perché allora la si richiama? Perché l'esperienza rivoluzionaria sudafricana si limita a rendere esplicito (e a sottomettere alle logiche del nuovo Stato democratico) qualcosa che è presente in ogni processo di transizione: il legame fra le scelte di giustizia di transizione ed il processo costituente⁸⁸⁶. Tale legame può essere scomposto ulteriormente nel legame

⁸⁸² *Ivi*, 13.

⁸⁸³ *Ivi*, 35.

⁸⁸⁴ Per un'analisi dettagliata del meccanismo *ivi*, 127 e ss.

⁸⁸⁵ *Ivi*, 215.

⁸⁸⁶ E' stato a questo proposito affermato che «i processi contro le violazioni dei diritti umani possono essere molto più vicini a ciò che Ackerman etichetta come “momenti costituzionali” di tanti tentativi, formali o informali, di riforma costituzionale» (cfr. C.S. NINO, *Radical Evil on Trial*, cit., 131, citazione contenuta in M. OSIEL, *Politica della punizione*, cit., 113).

fra le scelte di giustizia di transizione e ulteriori processi quali la pacificazione, la costruzione di un nuovo ordine costituzionale democratico, l'elaborazione di una memoria collettiva, gli interessi delle vittime a una ricostruzione dei fatti, ma anche a una ricomposizione delle ferite. Per questo motivo sarebbe limitativo valutare la transizione italiana solo in rapporto alla persecuzione o alla punizione degli autori dei crimini.

Il processo di transizione ed il suo risultato di quasi totale impunità, che si è fin qui esposto, nelle prossime pagine verranno pertanto posti in relazione a tali altri fattori, al fine di poter esprimere un giudizio sulla transizione nel suo complesso. Se è vero cioè che lo strumento penale ha avuto il percorso molto limitato sin qui descritto, cosa è corrisposto a tutto ciò dal punto di vista della pacificazione, della formazione di uno stato democratico, della tutela delle vittime, della costruzione di una memoria storica?

3. *La pacificazione e la Costituzione antifascista*

Un processo di transizione persegue, come noto, finalità molteplici e contrapposte⁸⁸⁷. Tuttavia è stato evidenziato che vi è una finalità primaria, che è il presupposto di tutte le altre, compresa la possibilità di perseguire una giustizia retributiva. E' stato infatti correttamente affermato che «finalità primaria dell'intero processo di transizione è conquistare e/o mantenere una situazione elementare, basilare, di 'non-conflitto'» inteso come «situazione elementare di assenza di guerra e di violazioni massive e/o sistematiche dei diritti umani [...] le possibilità di azione della politica di transizione dovrebbero essere sempre limitate alle misure che non pongano in pericolo questo obiettivo»⁸⁸⁸.

In quest'ottica dunque si può constatare che le esperienze «in Spagna in relazione ai crimini del franchismo e in Italia con i crimini nazi-fascisti, mostrano

⁸⁸⁷ Di qui anche la necessità di approcci olistici, cfr. *supra*, Cap. I, § 1; si veda anche A. BORAINÉ, "Transitional Justice: a holistic interpretation", in *Journal of International Affairs*, 17 - 27; R.G. TEITEL, "Transitional Justice in a New Era", in *Fordham International Law Journal*, 2002, 893 - 906; L. FLETCHER - H. WEINSTEIN, "Violence and Social Repair", cit.

⁸⁸⁸ Cfr. E. MALARINO, "Transición, derecho penal y amnistía...", cit., 210. Tale Autore, di conseguenza, non ritiene che sia possibile un bilanciamento fra gli interessi della giustizia e quelli della pace, dovendo quest'ultima avere priorità sulla giustizia. Allo slogan *no peace without justice*, egli contrappone "tanta giustizia, quanta la pace permetta" (*ivi*, 222).

che l'assenza di punizione non è stata un ostacolo per la pacificazione e la riconciliazione»⁸⁸⁹. Al contrario, in Italia, l'assenza di punizione dei fascisti ha forse scongiurato un golpe da parte delle forze reazionarie fortemente legate al regime e che hanno rappresentato un fattore di continuità con la vita repubblicana. Inoltre alcuni elementi di continuità istituzionale, da un lato, e l'esigenza di riassorbire la grande base fascista, anche a fini elettorali, dall'altro, hanno consentito la fase costituente e il passaggio a un regime democratico che dura sino ad oggi. La Repubblica democratica inoltre, dopo l'esperienza fallita del governo *Tambroni* nel 1960, ha relegato le forze che si richiamavano direttamente al fascismo ad un fenomeno nettamente minoritario. La pace e la Costituzione democratica sono quindi un indubbio successo della transizione.

Anche in Italia, come in Sudafrica, si è partiti dalla necessità di costituire un nuovo ordine democratico su di un mito dell'origine. Tutte le civiltà infatti sono costruite su un mito di sangue che delinea il nuovo *nòmos* per contrasto con l'alterità, con il mostruoso. Si pensi agli "eroi civilizzatori", cui si legava la fondazione di una città; ad esempio Teseo, il quale sconfigge il mostruoso Minotauro e fonda i confini, naturali e morali, di Atene. I confini di Roma sono bagnati addirittura dal sangue di un fratricidio. E' La «tabuizzazione del negativo»⁸⁹⁰, essenziale per legittimare un nuovo ordine.

E tuttavia i miti costitutivi non guardano solo al passato, ma anzi essenzialmente al futuro, costruendo un'unità ideale, poco importa se essa esista o meno al momento della fondazione. E' il caso ad esempio della *Rainbow Nation* sudafricana; è possibile dibattere se essa esista o meno oggi, ma di sicuro non esisteva al termine dell'apartheid e tuttavia essa viene posta come mito costitutivo alla base dell'intero processo transizionale⁸⁹¹. E' stato infatti affermato che «l'unità nazionale, che è una delle basi per la riconciliazione, non si fonda sulla verità, ma su miti largamente accettati»⁸⁹².

⁸⁸⁹ *Ivi*, 212.

⁸⁹⁰ Cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 423.

⁸⁹¹ A. LOLLINI, *Constitutionalism and Transitional Justice*, cit., 35.

⁸⁹² Cfr. D. JACOBS, *A Narrative of Justice and the (Re)Writing of History: Lessons Learned from World War II French Trials*, in K.J. HELLER - G. SIMPSON (a cura di), *The Hidden Histories of War Crimes Trials*, cit., 122 - 136, 136. Aggiunge tale Autore, parlando del contesto francese: «in Francia, il mito della *résistance* e dell'illegalità del regime di Vichy è stato centrale per l'identità nazionale. Il

Alla base del processo costituente italiano, vi è un concetto che è parimenti un mito fondante e che di certo non esisteva in un Paese che aveva sostenuto vent'anni di dittatura e dove la Resistenza era stata, comunque, un fenomeno minoritario: l'antifascismo. Che cosa significa antifascismo? Finché governava il fascismo, il concetto indicava chiaramente la condizione di chiunque fosse "contro". L'antifascista era, nella maggior parte dei casi, costretto a "pagare" questo status di contrarietà con il confino, l'esilio o altre peggiori vessazioni. Antifascista era un vocabolo che veniva usato, nel linguaggio di massa e della propaganda, in maniera indifferenziata rispetto a termini evocanti il caos e il male della nazione, quali "disfattista" o "sovversivo"⁸⁹³. Ma se in negativo il concetto era chiaro, ben più difficile lo era in positivo, all'interno di una Costituente che riuniva ideologie profondamente differenti, dal cattolicesimo al comunismo.

Come si vedrà meglio in tema di memoria storica, il mito dell'antifascismo opera su due livelli: vi è prima la finzione di un concetto di antifascismo presente all'interno della Costituente, come guida in positivo nella redazione della Costituzione; vi è poi una seconda finzione, che è quella dell'Italia come Paese antifascista nella sua maggioranza. Questo secondo livello di finzione qualifica l'Italia, da un lato come vittima della guerra voluta dal solo Mussolini per

fatto che ci siano voluti cinquant'anni perché un presidente francese riconoscesse che le azioni di Vichy erano effettivamente azioni della Francia, lo rende evidente. Uno si deve chiedere se, a quel tempo, un tale mito non fosse necessario perché il Paese potesse andare avanti. In altre parole, i periodi post-conflitto dovrebbero essere visti in una dimensione diacronica più che sincronica, in quanto differenti periodi possono richiedere differenti narrazioni e cornici istituzionali» (*ibidem*). Nello stesso senso, con riferimento alla transizione spagnola, il romanziere CERCAS si chiede: «la democrazia venne costruita in Spagna su una menzogna, su una grande menzogna collettiva o su una lunga serie di piccole menzogne individuali. Si sarebbe potuta costruire in altro modo? Si sarebbe potuto costruire la democrazia sulla verità? Avrebbe potuto l'intero paese riconoscersi per ciò che era, in tutto l'orrore e in tutta la vergogna e la codardia e la mediocrità del suo passato, e malgrado ciò tirare avanti? Avrebbe potuto riconoscersi o conoscere sé stesso, come Narciso, e malgrado ciò non morire per eccesso di realtà come Narciso? Oppure quella grande menzogna collettiva fu una delle nobili menzogne di Platone o una delle menzogne officiose di Montaigne o una delle menzogne vitali di Nietzsche?» (cfr. J. CERCAS, *L'impostore*, cit., 222); e ancora «Anche le nazioni fanno il possibile per evitare di conoscersi o di riconoscersi per ciò che sono» (*ivi*, 260). Parimenti R. KIPLING scrisse «ogni nazione, al pari di ogni individuo, porta avanti un vano spettacolo - altrimenti non potrebbe vivere con se stessa» (citazione contenuta in D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 8).

⁸⁹³ Nella celebre pellicola *Una giornata particolare*, il personaggio di Gabriele, omosessuale che verrà condotto al confino, dice di se stesso ad Antonietta, madre di famiglia e fervente fascista: «Io non credo che l'inquilino del sesto piano sia antifascista, secondo me è il fascismo che è contro l'inquilino del sesto piano» (cfr. *Una giornata particolare*, di Ettore SCOLA, Italia - Canada 1977).

compiacere l'alleato tedesco, dall'altro come Paese eroico, in quanto auto-curatore della propria "malattia" fascista⁸⁹⁴.

Entrambi i livelli di finzione dell'antifascismo trovano espressione nel concetto di *popolo dei morti*, evocato per la prima volta da Piero Calamandrei nell'intervento in sede di Costituente il 04 marzo 1947. In tale occasione egli affermò: «credo che i nostri posteri [...] si immagineranno [...] che in questa nostra assemblea, mentre si discuteva sulla nuova costituzione repubblicana, seduti su questi scanni non siamo stati noi, [...] ma sia stato tutto un popolo dei morti, di quei morti, che non conosciamo uno ad uno, caduti nelle nostre file, nelle prigioni e sui patiboli, sui monti e sulle pianure, nelle steppe russe e nelle sabbie africane, nei mari e nei deserti»⁸⁹⁵. Tale concetto, «ben lungi dal rappresentare un passato alle spalle, di cui possibilmente dimenticarsi, è un'immanenza positiva che deve parlare quotidianamente nel presente dei vivi»⁸⁹⁶. Può sembrare un mero esercizio di retorica, ma in realtà nell'idea del *popolo dei morti* si annida la base di un allargamento del senso di cittadinanza nel nuovo ordine democratico. Esso infatti amplia la nozione di antifascismo da coloro che erano stati antifascisti e avevano combattuto nella Resistenza, a tutti gli italiani che della guerra si erano trovati ad essere in qualche modo vittime (una condizione che, questa sì, a differenza dell'antifascismo aveva accomunato tutti gli italiani, dalle vittime innocenti degli eccidi nazisti a chi aveva subito semplicemente i bombardamenti alleati o l'occupazione).

Sono queste le premesse che hanno trasformato un fenomeno di pochi (l'antifascismo) in un fenomeno nazionale alla base di una Costituzione⁸⁹⁷. Ed ecco dunque delineato il salto logico fondamentale: «la guerra è dunque la vera premessa del processo costituente»⁸⁹⁸, non il fascismo e, di conseguenza, l'antifascismo

⁸⁹⁴ In questo senso T. JUDT, *The Past Is Another Country*, cit., 304.

⁸⁹⁵ cfr. L. PAGGI, *Il popolo dei morti*, cit., 233.

⁸⁹⁶ *Ivi*, 232.

⁸⁹⁷ Al riguardo T. JUDT, *The Past Is Another Country*, cit., 299, il quale spiega che tale trasformazione fu portata avanti dalla stessa Resistenza, sia perché era funzionale a ricreare un livello minimo di coesione sociale nel Paese, sia perché ciò legittimava ancora di più un mito della Resistenza di cui il PCI poteva farsi portatore. Aggiunge l'Autore che, in quest'ottica, «è ironicamente appropriato che fosse Togliatti [...] a redigere l'amnistia del 1946» (*ibidem*).

⁸⁹⁸ Cfr. L. PAGGI, *Il popolo dei morti*, cit., 228.

militante nella forma della Resistenza. «Ciò che fonda e legittima il nuovo stato non può essere [...] l'eroismo partigiano combattente, e nemmeno la cultura dell'antifascismo come determinata tradizione politica, ma l'esperienza diffusa, pervasiva, della guerra totale, che in tanto può giungere a ridefinire la natura stessa del campo politico in quanto ha investito l'umanità nel suo complesso»⁸⁹⁹.

Dietro il termine formale "antifascismo", vi è dunque questa torsione concettuale, che priva tale concetto di un legame effettivo con le colpe del fascismo e con l'opposizione e resistenza allo stesso⁹⁰⁰.

Non è un caso che, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, gli antifascisti militanti siano stati accomunati da un senso di delusione. Il concetto di antifascismo, collante in negativo di ideologie diverse e ben poco definito in positivo, era stato sì usato come fattore propulsivo del nuovo ordine costituzionale e fattore coesivo, ma anche con «funzione di ideologia della ricostruzione»⁹⁰¹. Dietro il concetto di antifascismo e sulle conseguenze che esso dovesse avere, tuttavia, vi erano posizioni molto differenti⁹⁰².

⁸⁹⁹ *Ivi*, 234.

⁹⁰⁰ «In Italia, la politica memoriale ufficiale si è concentrata sulle vittime italiane, prime fra tutte le vittime dell'Italia occupata dai tedeschi dopo il 1943, evidenziando così la lotta nazionale contro un nemico straniero. La storia del fascismo italiano veniva presentata come una lotta del popolo italiano contro il fascismo prima e contro gli occupanti stranieri poi. La guerra civile che aveva dilaniato l'Italia, fra fascisti e antifascisti, veniva così marginalizzata assumendo un consenso antifascista delle popolazione contro la leadership fascista e lo stato fantoccio della Germania nel Nord dopo il 1943. [...] A differenza che in Germania o Austria perciò, l'antifascismo rimase un ingrediente centrale della memoria italiana della guerra, in quanto era stato costruito al fine di unire e non di dividere la nazione» (cfr. S. BERGER, *Remembering the Second World War*, cit., 122).

⁹⁰¹ In questo senso L. BALDISSARA, "Politiche della memoria e spazio del ricordo in Europa", in *il Mulino*, 2016, n. 1, 6 - 20, 7. L'Autore sostiene anche che sull'antifascismo «si è scaricata qualsivoglia aspettativa di modernizzazione del paese».

⁹⁰² Il dirigente comunista Lucio LOMBARDO RADICE contrappone l'antifascismo radicale ad un «"agnosticismo" costituzionale dei dirigenti democristiani» (cfr. L. LOMBARDO RADICE, "La classe dirigente italiana", in *Les Temps Modernes*, 1947, XXIII-XXIV, 436 - 442, 441), conseguenza di una concezione di «antifascismo immobile». Aggiunge l'Autore: «essere antifascisti a fondo non è possibile se non si voglia al tempo stesso rinnovare la struttura politica e sociale del Paese: il rigore della logica antifascista esclude la possibilità di conservativismo, dell'equilibrio politico e sociale prefascista, del "liberalismo" classico. L'antifascismo militante di ieri [...] è l'antifascismo conseguente di oggi. La concezione dello Stato propria del liberalismo classico non può essere accettata oggi dall'antifascismo conseguente: tale concezione porta infatti oggi a confondere l'ordine con la repressione brutale, l'autorità dello Stato con la difesa di privilegi, la legalità con i moschetti dei carabinieri. [...] E' per questo che l'antifascismo conseguente esige, al tempo stesso, riforme sociali radicali, che mettano fine al predominio economico di gruppi finanziari e terrieri necessariamente fascisti, ciò significa una riforma radicale che faccia dello Stato il bastione delle libertà popolari,

E' ben noto il fenomeno dell'inattuazione della Costituzione nell'immediato dopoguerra, fondata sulla distinzione fra norme precettive e programmatiche, di cui alla sentenza n. 1 del 1956 della Corte Costituzionale⁹⁰³. Se quindi l'*amnistia Togliatti* è stata «significativamente contestuale all'avvio della Costituente, frutto di un accordo tra partiti, che escludeva dal nuovo orizzonte costituzionale il fascismo»⁹⁰⁴, non poteva non registrarsi una delusione negli antifascisti che, a fronte della rinuncia alla persecuzione penale e della libertà per gli ex fascisti, non vedevano il corrispettivo di significative riforme sociali, che modificassero il Paese in senso radicalmente più democratico⁹⁰⁵. Ad alcuni quella democratica poté dunque sembrare forse una rivoluzione mancata o un'apparente rivoluzione seguita da una «restaurazione clandestina»⁹⁰⁶, al fine di evitare «che il crollo del fascismo potesse

rimuovendo il carattere di strumento di difesa delle classi privilegiate, che esso aveva al tempo della democrazia pre-fascista» (*ivi*, 441 - 442).

⁹⁰³ In questo senso F. COLAO, *I processi a Rodolfo Graziani*, cit., 183.

⁹⁰⁴ *Ivi*, 185.

⁹⁰⁵ Secondo PERETTI-GRIVA, «non si pensò che la pacificazione si sarebbe meglio perseguita con una sana opera di giustizia distributiva» (cfr. D.R. PERETTI-GRIVA, «Il fallimento dell'epurazione», cit. 1080). Afferma BATTAGLIA: «il fenomeno della nostra Costituzione inattuata [...] non è indice di una particolare protervia dei magistrati che rifiutino fedeltà o dimostrino avversione al regime repubblicano: dice, invece, che la Repubblica non ha conquistato quella forza politica che le supposero i costituenti. E il fatto che le «sanzioni contro il fascismo» siano state applicate nel senso voluto dal legislatore nel 1945, ed interpretate e applicate alla rovescia nel 1947, non denuncia un'improvvisa ottusità dei giudici e una loro generale volontà di porre la propria «equità» al di sopra della legge. Dice, soprattutto, che nel 1945 l'antifascismo al potere possedeva la forza politica sufficiente a rendere effettive tutte le sue leggi; e che, invece, negli anni successivi la forza politica dei suoi avversari crebbe in tal modo da riuscire a vanificarne non poche. Altrettanto potrebbe dirsi di alcune leggi agrarie, e persino di alcune norme di procedura» (cfr. A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., 4). Il senso di mancata compensazione per l'impunità, è evidenziato benissimo dallo stesso CALAMANDREI: «ciò che ci turba non è veder circolare di nuovo per le piazze queste facce note: il pericolo non è lì; non saranno i vecchi fascisti che rifaranno il fascismo. Che tornino in libertà i torturatori e i collaborazionisti e i razziatori, può essere una incresciosa necessità di pacificazione che non cancella il disgusto: talvolta il perdono è una forma superiore di disprezzo. No, il pericolo non è in loro: è negli altri, è in noi: in questa facilità di oblio, in questo rifiuto di trarre le conseguenze logiche della esperienza sofferta, in questo riattaccarsi con pigra nostalgia alle comode e cieche viltà del passato [...] sono questi i segni dell'antica malattia. E nei migliori, di fronte a questo rigurgito, rinasce il disgusto: la sfiducia nella libertà, il desiderio di appartarsi, di lasciare la politica ai politicanti. Questo è il pericoloso stato d'animo che ognuno di noi deve sorvegliare in se stesso: se io mi sorprendo a dubitare che i morti sono morti invano, che gli ideali per cui son morti fossero stolte illusioni, io porto con questo dubbio il mio contributo alla rinascita del fascismo» (cfr. P. CALAMANDREI, «Desistenza», in *Il Ponte*, 1946, 837 - 838, 837).

⁹⁰⁶ Espressione di CALAMANDREI (cfr. P. CALAMANDREI, «Restaurazione clandestina», cit.).

aprire la strada, oltreché alla rivoluzione istituzionale, anche ad una più profonda rivoluzione in senso economico e sociale»⁹⁰⁷. Come a dire, quasi, che il cambio di forma di Stato sembrava essere consentito, purché non cambiasse realmente la società. E' stato affermato che «i miti, per attecchire hanno bisogno di esser finanziati; e nessuno penserà in Italia a finanziare in odio alla repubblica, fino a che questa non costituirà un serio pericolo di trasformazione sociale contro gli abbienti, cioè contro coloro che hanno a disposizione i mezzi di finanziamento»⁹⁰⁸.

Dopo l'esperienza del governo *Tambroni*, le istituzioni recuperarono nuovamente il concetto di antifascismo, declinato in una forma di “antifascismo ufficiale”⁹⁰⁹. Ciò porta alla conseguenza paradossale per cui, negli anni del terrorismo, si fronteggiano una concezione di antifascismo a difesa dell'assetto istituzionale e una concezione di antifascismo militante, cui i gruppi armati si richiamano⁹¹⁰.

⁹⁰⁷ *Ivi*, 963. Aggiunge l'Autore: «io penso che la colpa di tutto questo è stata ed è, più che dei giudici, dei legislatori, i quali, incapaci di istituire apertamente organi rivoluzionari di giustizia politica, non si sono ricordati che i giudici ordinari sono [...] i custodi delle leggi che trovano in vigore [...]. E se i legislatori saliti al potere dopo la liberazione non hanno avuto il coraggio o l'accortezza di sconfessare apertamente la vecchia legalità e di crearne una nuova, non c'è da meravigliarsi che i magistrati, rimasti attaccati al filo illusorio della continuità giuridica, si siano fatti senza volerlo i restauratori della legalità fascista» (*ivi*, 966).

⁹⁰⁸ *Ivi*, 962.

⁹⁰⁹ Così G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit., 45. Egli descrive un” antifascismo ritrovato” da parte delle istituzioni dal 1969 al 1990. Dopo il tentativo di deriva reazionaria del governo *Tambroni*, «l'Italia si riconosceva nel 25 aprile, nel 2 giugno, nelle corone di fori deposte ogni anno alle Fosse Ardeatine, nelle lapidi scoperte per ricordare i caduti partigiani; il pantheon delle nostre glorie nazionali aggiungeva agli eroi del Risorgimento quelli dell'antifascismo e della resistenza» (cfr. G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit., 45). Tale “antifascismo ufficiale” viene definito dalla politica del PCI di unità nazionale: «racchiuso in una dimensione ufficiale e celebrativa, diventato il segno di riconoscimento di maggioranze governative e schieramenti parlamentari, recisi i collegamenti tra i suoi aspetti esistenziali e i suoi aspetti politici, diventato separato e altro rispetto a una spinta dal basso che aveva peraltro perso la radicalità e l'intensità degli anni precedenti, l'antifascismo si avvità su se stesso» (*ibidem*). «L'antifascismo “ufficiale”, schierato in difesa della legalità e dell'“ordine repubblicano fu una scelta forse resa obbligata dalla necessità di fronteggiare la minaccia del terrorismo. È certo però che quella torsione innaturale (l'antifascismo era nato contro una dittatura e aveva nel suo paradigma identitario le stimmate dell'antagonismo, del conflitto, dell'opposizione minoritaria ed eroica) lo lasciò come estenuato. Non era solo questione di “compromesso storico” e di “alleanze con la Dc”, tra “cattolici e comunisti”. Fu allora che all'antifascismo si chiese di privilegiare tutti gli aspetti condivisi dei suoi valori nel tentativo di proporlo come fondamento della nostra “religione civile”» (*ivi*, 170).

⁹¹⁰ Si veda G. BERTAGNA ET AL. (a cura di), *Il libro dell'incontro*, cit., 66. «In quel periodo storico [...] inizia anche a mutare, soprattutto in tanti giovani, il senso dell'antifascismo (per rimanere ancorati solo a questo tema, ovviamente), che diventa *antifascismo militante*. L'antifascismo perde la

Se una delusione degli antifascisti di allora è comprensibile, tuttavia il nostro giudizio dev'essere formulato avendo a riguardo il lungo periodo. Il ritardo nell'attuazione della Costituzione è un dato condiviso; tuttavia, proprio da quella situazione di comunanza data dagli esiti del conflitto mondiale, nacque una cultura dei diritti⁹¹¹. Negli anni Settanta, una nuova generazione porta avanti quei diritti di seconda generazione ignorati negli anni Cinquanta e che tuttavia trovavano e trovano una base in quella Costituzione antifascista, che costituisce anche, in un certo senso, una contropartita per l'impunità dei fascisti. Pur nella consapevolezza che, a quasi settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, «il risultato tuttavia non sarà un ordinato e pacifico sviluppo della democrazia, ma un rapporto assai complesso tra stato e società civile [...] assai meno lineare di quanto Calamandrei, e con lui gran parte della nuova classe politica repubblicana, avesse immaginato», il giudizio comunque deve essere oggi meno severo di quello formulato a fine anni Quaranta.

Restano ferme le considerazioni svolte sulla traslitterazione del concetto di antifascismo a *popolo dei morti* come mito fondante l'unità nazionale. Come si

sua caratura unitaria e acquista, in quell'arco di tempo che sposterà sugli anni settanta, una prospettiva inedita di denuncia e azione contro il sistema di potere rappresentato dal governo [...]. L'antifascismo militante diviene, al contrario, un progetto per recuperare una visione della società che, a giudizio di molti, era stata interrotta, e per aprire le porte a una società futura nella quale far emergere un'identità collettiva non ancora identificata, perché affossata e tradita, dopo la fine della seconda guerra mondiale, in primo luogo dalla "pacificazione nazionale" voluta dalla cosiddetta amnistia Togliatti. [...] In Italia, come altrove, per recuperare e accelerare questo progetto rivoluzionario si è arrivati a uccidere o a colpire uomini politici, magistrati, appartenenti alle forze dell'ordine, giornalisti, d'azienda. Al suo interno la violenza, intesa come attacco al corpo del nemico, ha assunto il suo carattere più atroce e ha rivelato tutta la sua carica de-umanizzante» (cfr. A. CERETTI, *Lotta armata, vittime, conflitti e dissidi. Un'ultima ricognizione*, ivi, 375 - 400, 380). Non ci è tuttavia possibile in questa sede indagare il significato di questa evoluzione, influenzata da altri fattori politici e generazionali, che non hanno a che fare con il tema del presente lavoro. Va ad ogni modo tenuto a mente che tale concezione di antifascismo militante non è limitata ai casi di lotta armata, bensì è propria in generale delle rivolte degli anni '60 e '70. PIVATO fa risalire la nascita dell'immagine pubblica della simbolica congiunzione fra Resistenza e lotte studentesche ai versi della canzone *Per i morti di Reggio Emilia* di Fausto Amodei del 1960 (si veda S. PIVATO, *Vuoti di memoria*, cit., 20). Sull'uso delle armi dei partigiani da parte delle Brigate Rosse, si veda "Franceschini: 'Le Brigate Rosse usarono armi dei partigiani'", in *La Repubblica*, 05 settembre 1990, disponibile al seguente link: <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1990/09/05/franceschini-le-brigate-rosse-usarono-armi-dei.html>).

⁹¹¹ Come è stato evidenziato «la vecchia classe politica spazzata via dal fascismo aveva parlato di valori. Ora si determina una rifondazione dei valori sulla base dei bisogni. *Dai valori ai bisogni, e dai bisogni ai diritti*. Una *rivoluzione dei diritti*, quale si origina, per contrappasso, dalla estrema penuria e deprivazione creata dalla guerra» (cfr. L. PAGGI, *Il popolo dei morti*, cit., 181).

dirà⁹¹², tale concezione del popolo italiano si è rivelata autoassolutoria ed ha portato a un oblio delle responsabilità del fascismo. Ciò ha sicuramente significato una conseguente perdita della possibilità di porre le colpe passate come specchio o limite negativo del nuovo ordine democratico.

Fermo restando questo aspetto, di cui si tratterà fra breve, la transizione italiana non merita tuttavia un giudizio negativo sotto il profilo del rapporto fra transizione, pacificazione e percorso costituente.

4. *La transizione italiana alla luce della partecipazione delle vittime e del contributo alla ricerca della verità*

Si è visto come, in anni recenti, a partire quantomeno dalla seconda fase della giustizia di transizione⁹¹³, si riconosca uno spazio sempre maggiore ai diritti delle vittime, primo fra tutti un diritto alla ricerca e alla diffusione della verità⁹¹⁴. E' un'evoluzione relativamente nuova, frutto di una sempre maggiore influenza dei cittadini sul potere politico⁹¹⁵, che sembra sempre più dettare il contenuto dei meccanismi transizionali, sino ai casi estremi della già menzionata *giurisprudenza commando* interamericana. Si sono già esposte⁹¹⁶ le critiche verso una visione

⁹¹² Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.

⁹¹³ Cfr. *supra*, Cap. I, § 1.

⁹¹⁴ Cfr. *supra*, Cap. II, § 7.2.1.

⁹¹⁵ In questo senso H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 95, il quale fa risalire l'evoluzione ai primi del '900, con l'inizio della «dipendenza dei governi dalle opinioni dei propri elettori»: «la volontà di passare direttamente e senza indugi dallo stato di guerra a una condizione di pace è espressione della ragion di stato che antepone il miglioramento delle relazioni internazionali al diritto violato e alle richieste di giustizia delle vittime. Tale conflitto non può più essere riconosciuto e risolto solo nelle stanze di governo se il “common man” acquista un'importanza decisiva non solo in quanto elettore, ma come lettore di giornali, utente della radio e della televisione, autore di lettere al direttore, partecipante ad inchieste e talk shows. Per sua spontanea scelta egli non può dimenticare e l'esigenza di punire i misfatti è un principio fondamentale di tutte le società, corrispondente al nostro equipaggiamento genetico» (*ivi*, 96). Ciò fino alle conseguenze più nette, a partire dagli anni '90, quando la pressione dell'opinione pubblica internazionale sui governi porta all'affermazione di un «*new moral frame*» (cfr. P.P. PORTINARO, *I conti con il passato*, cit., 20), che va «oltre la criminalizzazione degli atti di guerra, riproponendo su scala globale la questione dei risarcimenti e delle riparazioni per torti commessi in passato a danno di individui e collettività» (*ibidem*), fino all'imposizione di «una qualche forma di verità oggettivizzata» (Cfr. D. JACOBS, *A Narrative of Justice*, cit., 136), affermata inderogabilmente in via autoritativa.

⁹¹⁶ Cfr. *supra*, Cap. II, § 7.2.4.

vittimocentrica e privatizzata della giustizia di transizione, nonché verso l'idea di un obbligo dello Stato di ricostruire ed affermare una verità storica inderogabile per il tramite del processo penale⁹¹⁷.

Tali critiche, relative a soluzioni estreme, non fanno tuttavia venire meno l'importanza della prospettiva della vittima. Ferme restando le necessarie garanzie, quando la giustizia di transizione si avvale dello strumento penale, «la funzione di *Magna Charta* che svolge il principio di legalità, corrispondente alla sua lettura “dal punto di vista dell'autore”, non può valere [...] ad offuscare gli ulteriori significati di tutela che pure si riconnettono a detto principio, soprattutto quelli ricavabili da una sua ricostruzione “dal punto di vista della vittima”»⁹¹⁸. Del resto un siffatto principio trova oggi riconoscimento in tutti i contesti transizionali, a cominciare dalla stessa sentenza della Corte costituzionale sudafricana nel caso *AZAPO*, che motiva la costituzionalità del modello sudafricano anche sulla base del ruolo maggiore riconosciuto alle vittime rispetto al processo penale⁹¹⁹.

Viceversa lo scenario della transizione italiana appare desolante quanto alla partecipazione delle vittime, alle quali non viene riconosciuta la possibilità di costituzione di parte civile nelle CAS, né alcun ruolo in merito all'applicazione o meno dell'amnistia. La gravità di tale estromissione, va denunciata tuttavia soprattutto con riferimento ai decenni successivi all'immediato dopoguerra. Pur a fronte di atti simbolici come il conferimento di medaglie al valore, non è stato mai predisposto uno spazio, diverso dal processo penale, in cui le vittime potessero raccontare la propria storia, né tantomeno uno spazio di confronto con gli autori dei crimini.

⁹¹⁷ Nella ricostruzione interamericana si parla di un «diritto della vittima o dei suoi familiari a ottenere dagli organi competenti dello Stato il chiarimento dei fatti di violazione e le corrispondenti responsabilità, a mezzo di indagini e di un giudizio (penale)» (cfr. Corte IDU, *Almonacid-Arellano e altri c. Cile*, cit., 148); tale diritto esige «la determinazione giudiziale della verità storica più completa possibile» (cfr. Corte IDU, *Massacro di La Rochela c. Colombia*, 11 maggio 2007, 195; nello stesso senso Corte IDU, *Valle Jaramillo y otros c. Colombia*, 27 novembre 2008, 102), con il fine specifico di «individuare, giudicare e sanzionare» i responsabili (cfr. Corte IDU, *Caso dei Fratelli Gómez Paquiyauri c. Perù*, 08 luglio 2004, 231).

⁹¹⁸ Cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 402.

⁹¹⁹ Corte Costituzionale del Sudafrica, *Azanian People's Organisation (AZAPO) e altri c. Presidente della Repubblica del Sudafrica e altri*, cit.; sulla partecipazione delle vittime nel processo sudafricano e per un bilancio di tale ruolo, si veda anche il documentario *One day after peace*, di Erez LAUFER e Miri LAUFER, Israele - Sudafrica, 2012.

Quanto questa necessità fosse presente nelle vittime, anche a molti anni di distanza, lo si è visto nei significativi casi in cui le vittime superstiti hanno potuto essere sentite all'interno dei processi per le grandi stragi, tenutisi dopo il passaggio del terzo millennio, in seguito alla scoperta dell'*Armadio della Vergogna*⁹²⁰. Si è trattato tuttavia di una ricostruzione unilaterale, in quanto offerta in processi contumaciali, e frammentaria, in quanto basata sul dato, casuale, della longevità sia delle vittime che degli autori.

Nessun meccanismo stragiudiziale è stato invece attivato. Ciò non solamente negli anni Quaranta, quando il pericolo per la pacificazione sociale poteva essere considerato ancora attuale e quando la giustizia di transizione era in uno stadio embrionale di sviluppo, che non conosceva molte alternative fra gli estremi della persecuzione penale e dell'amnistia. Non sono state seguite vie differenti nemmeno a seguito del lavoro della Commissione d'inchiesta negli anni '90 e della successiva accertata impossibilità di aprire indagini con riferimento ad alcuni crimini descritti nei fascicoli dell'*Armadio della Vergogna*, a causa della morte degli autori. Spazi di dialogo e confronto con le vittime sono poi inesistenti anche con riferimento ai crimini commessi all'estero⁹²¹.

Il fallimento della transizione italiana si registra però soprattutto con riguardo alla ricerca della verità. Non si fa qui riferimento a una verità storica che debba essere accertata in maniera definitiva per il tramite di una sentenza penale, bensì a una verità storica complessa e oggetto di costante ricerca. Ad essa il processo penale può offrire un contributo, per quanto parziale e condizionato dallo scopo specifico del processo penale stesso, dai mezzi che questo ha a disposizione e dalle norme procedurali che lo regolano. Va cioè ricordato che lo scopo per cui la "macchina" del processo penale è istituita, non consiste nell'accertamento della verità, bensì nella verifica del capo d'imputazione, ossia nell'accertare la responsabilità di un determinato soggetto per un determinato fatto, sulla base di regole sostanziali e procedurali precostituite, prime fra tutte la regola *in dubio pro reo* e il criterio del

⁹²⁰ In particolare A. SPERANZONI, *Il testimone della disumanizzazione*, cit.; sul ruolo delle vittime all'interno del processo per l'eccidio di Marzabotto-Montesole, davanti al Tribunale militare di La Spezia, si rinvia alla vivida testimonianza offerta dal menzionato documentario *Lo stato di eccezione* di Germano MACCIONI, Italia 2009.

⁹²¹ Uno spazio di confronto, pur con l'esclusione della partecipazione delle vittime, è quello offerto dalle commissioni storiche bilaterali, in particolare la Commissione mista italo-slovena.

ragionevole dubbio⁹²². Si fa quindi qui riferimento a un concetto più complesso, provvisorio e sfaccettato di verità⁹²³, che pare più compatibile con il concetto di democrazia⁹²⁴.

⁹²² Per una critica dettagliata all'uso del processo penale come mezzo per l'accertamento della verità si rimanda al già citato D. PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità?*, cit., nonché a C. MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro*, cit., 278 e ss.; C. GINZBURG, *Il giudice e lo storico*, Torino, Einaudi 1991, in particolare 89 e ss. e P. CALAMANDREI, "Il giudice e lo storico", in *Rivista di diritto processuale civile*, 1939, XVII, 105-128. Nel processo penale, la nozione di verità che viene in gioco rimanda alla concezione aristotelica della "teoria della corrispondenza" come comprensione indirizzata a qualcosa; tale concetto trova una manifestazione in SCHOPENHAUER, per il quale «nessuna verità è più certa, più assoluta, più lampante di questa: tutto ciò che esiste per la conoscenza, e cioè il mondo intero, non è altro che l'oggetto in rapporto al soggetto, la percezione per lo spirito percipiente» (cfr. P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino, Einaudi 2000, 10; citazione da A. SCHOPENHAUER, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, Milano, Mursia 1969, 39). Tale concezione si adatta bene alla struttura del processo penale, in cui il giudice non indaga autonomamente la realtà, ma conosce solo i fatti allegati dalle parti i quali, in base alla legge, deve considerare rilevanti per il suo giudizio e ciò limitatamente ad un'ipotesi accusatoria contenuta nell'atto di imputazione, al fine di stabilire se, in base alle prove prodotte ed in base alla legge sostanziale e processuale, un imputato debba essere considerato colpevole o innocente. Nel processo penale «lo scopo principale deve essere sempre la verifica della colpevolezza o dell'innocenza dell'accusato, da determinarsi sulla base delle sole prove ammissibili, dell'analisi e del giudizio sulla credibilità dei testimoni e delle regole che limitano la prova. [...] L'oggetto non è la verità concepita in senso puro dal punto di vista epistemologico, bensì una verità limitata relativa alla colpevolezza o all'innocenza dell'accusato» (cfr. D. FRASER, *Law's Holocaust Denial. State, Memory, Legality*, in L. HENNEBEL - T. HOCHMANN (a cura di), *Genocide denials and the law*, Oxford, Oxford University Press 2011, 2 - 48, 6). Il processo penale culmina quindi sì in una verità, ma una verità particolare, limitata dall'imputazione e dalle norme processuali, una verità processuale.

⁹²³ Il dizionario della lingua italiana, in seguito ad una prima definizione tautologica per cui verità è «condizione di ciò che è vero», prosegue affermando che verità è «ciò che corrisponde esattamente a una determinata realtà» (cfr. N. ZINGARELLI, *Lo Zingarelli 2004 - Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, Zanichelli 2004, 2001). Il concetto di "verità" è stato oggetto, nei secoli, di molteplici riflessioni e costruzioni teoriche a livello filosofico, teologico, artistico sin dagli albori del pensiero, con risultati molteplici e complessi che non possono essere sintetizzati in questa sede. Oltre alla già menzionata "teoria della corrispondenza", conviene però segnalare, poiché utile in relazione al diritto in parola, la "teoria del consenso" di HABERMAS, per cui la verità è l'accordo attorno ad un'asserzione. Secondo VON SIMONS, «l'unica verità oggi assoluta è la sua relatività [...] ogni epoca ha le sue verità» (cfr. P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, cit., 12, citazione da W. VON SIMONS, "Carl Schmidt und der Staat unserer Tage", in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1989, 185 - 219, 185). Interessante è la concezione del teologo BONHOEFFER, il quale pone l'esempio pratico di un maestro che chiede ad un bambino, davanti a tutta la classe, se è vero che il padre si ubriachi. Pur essendo quella la realtà, il bambino nega. Secondo il teologo, egli dice il falso, ma al tempo stesso esprime una verità: che la famiglia è un'istituzione in cui il maestro non ha diritto di immischiarsi (cfr. V. MANCUSO, *La vita autentica*, Milano, Cortina 2009, 114; citazione da D. BONHOEFFER, *Cosa significa dire la verità?* in appendice a *Etica*, Milano, Bompiani 1983, 310-311). Vito MANCUSO commenta affermando che BONHOEFFER propone una concezione della verità a più dimensioni, per cui un'affermazione falsa può contenere più verità di un'affermazione in sé vera. In base a questa concezione, la relazionalità dell'essere e l'incremento della qualità delle relazioni sono più importanti della descrizione oggettiva di come stanno le cose. Si nega quindi l'esattezza in funzione del livello più alto della relazione. La verità quindi è intesa come relazione. La verità come esattezza è una verità che «si dice, si riconosce, si dichiara, si professa», mentre la verità come relazione «si fa, si attua, si

realizza, si costruisce. Nel primo caso la verità è un dato, una tesi, una dottrina, un dogma. Nel secondo caso la verità è un processo, un evento, una relazione, un sistema. Nel primo caso chi nega la verità dice un'eresia. Nel secondo caso chi nega la verità agisce ingiustamente. [...] La verità è molto più che esattezza, perché l'esattezza dice solo un aspetto particolare della realtà. La verità è invece l'intero delle relazioni» (cfr. *ivi*, 117).

Nei contesti di transizione alla democrazia, il concetto di verità assume un indubbio significato politico, come evidenziato da Vaclav HAVEL, il primo ad aver parlato di bisogno di verità dopo la caduta dell'URSS e di una politica della verità avente una «dimensione morale in quanto fenomeno politico [...] il vivere nella verità come ribellione dell'uomo a una posizione costrittiva è [...] un tentativo di riassumere in proprio la responsabilità di se stessi [...] qualunque riflessione sul carattere e sulle prospettive di una tale politica deve necessariamente rispecchiare anche questa sua dimensione» (cfr. P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, cit., 38, citazione da V. HAVEL, *Versuch, in der Wahrheit zu leben*, Reinbek, Rohwolt 1989, 18). La nozione di verità di BONHOEFFER può in parte richiamare alla mente l'esperienza della transizione sudafricana. In tale contesto, il *Final Report* della TRC ha escluso di aver prodotto una mera "verità processuale", facendo invece riferimento a una nozione più complessa di verità, declinata in quattro forme: verità fattuale e legale, verità narrativa e personale, verità sociale e verità curativa (al riguardo A. CERETTI, *Per una convergenza di sguardi*, in G. BERTAGNA ET AL. (a cura di), *Il libro dell'incontro*, cit., 219 - 250, 240). La nozione di verità di BONHOEFFER appare invece difficilmente compatibile con l'idea di un diritto giustiziabile alla verità. A questo riguardo Yasmin NAQVI suggerisce piuttosto di fare riferimento alla concezione di Jacques DERRIDA, che riconduce la verità ad un uso del linguaggio comunicativo da parte dello Stato. Essa in realtà costituirebbe solo una traccia della verità, da valutare nel gioco di incontro-scontro di diverse interpretazioni, all'interno del quale vi è un ruolo fondamentale del potere e della forza di imporre la propria interpretazione (cfr. Y. NAQVI, "The right to truth in international law...", cit., 251) Sulla stessa linea, l'autrice richiama anche Michel FOUCAULT, per il quale «la verità non è al di fuori del potere, né estranea al potere: la verità è una cosa di questo mondo: è prodotta solamente in virtù di diverse forme di coercizione» [*ivi*, 252, citazione da M. FOUCAULT, *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977* (a cura di Colin GORDON), London, Harvester Wheatsheaf 1980, 114]. In questo modo la nozione di verità che sembra più affine al concetto di diritto alla verità appare essere quella di verità autoritativa, soprattutto se il diritto alla verità viene inteso come diritto giustiziabile e quindi idoneo ad essere fatto valere in un processo penale che culmini in una sentenza che accerti la verità in maniera irrevocabile. Con riferimento alla transizione italiana, la distinzione fra verità processuale e fra giudice e storico fu al centro della linea difensiva scelta dal difensore del maresciallo Graziani, Francesco CARNELUTTI. Si veda F. COLAO, *I processi a Rodolfo Graziani*, cit., in particolare 204 e ss.

⁹²⁴ Il problema del rapporto fra verità e democrazia è stato enucleato da Gustavo ZAGREBELSKY, secondo cui: «la democrazia non è il regime della verità. Se c'è la verità, non ci possono essere opinioni, discussioni, compromessi, elezioni, votazioni, maggioranze e minoranze, dissenso e garanzie: tutte cose senza le quali non c'è democrazia possibile, ma solo assolutismo politico. Ma la democrazia non può nemmeno essere il regime del contrario della verità, cioè della menzogna e dell'inganno. [...] Ma come difendersi dalla menzogna pubblica senza cadere nella verità ufficiale? [...] C'è chi teme [...] che, "commissionando" la verità, si voglia rendere ufficiale una nuova menzogna» (cfr. G. ZAGREBELSKY, dalla quarta di copertina di P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, cit.). Egli ha teorizzato il concetto di *democrazia critica*, indicando come questa debba essere fondata sull'etica della possibilità: «il pensiero della possibilità contiene sempre e di nuovo l'apertura alla ricerca e il suo postulato è la strutturale plurivalenza di ogni situazione in cui ci si venga a trovare. La sua esigenza etica non è la verità o la giustizia assolute, come per lo spirito dogmatico, ma, tra tutte le possibilità, la ricerca orientata al meglio [...]. Solo per il pensiero delle possibilità, la democrazia, oltre che un mezzo, può anche essere un fine e perciò, oltre che servire, deve anche essere servita» (cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Torino, Einaudi 1995, 7). «La democrazia

Qual è stato dunque il contributo della transizione italiana alla ricerca della verità sui crimini commessi? Ci pare di poter affermare che il contributo è stato minimo. Anzi, più volte nella storia, vi sono stati interventi in senso contrario, tesi all'insabbiamento. Si è già richiamata l'opinione secondo cui «la complessiva opera di giudizio delle Cas fallisce come progetto di costituzione di una memoria pubblica nazionale sulle colpe fasciste. Nell'impianto giudiziario non vi era, infatti, sufficiente uniformità e sistematicità, mancava quella volontà organizzativa necessaria a definire un giudizio esemplare, che soltanto la classe politica avrebbe potuto imprimere assumendosi la responsabilità di un preciso ed univoco orientamento sulla colpa. Eppure qua e là le sentenze di primo grado appaiono straordinarie nella chiarezza delle descrizioni, offrono affreschi e brandelli di storia che oltrepassano la riluttività concettuale delle norme sul collaborazionismo e lo stesso fallimento giudiziario»⁹²⁵.

Si è già accennato alle distorsioni della memoria storica prodotte dalla strutturazione dei fatti tipici dei delitti fascisti e in particolare dalla centralità del *collaborazionismo*⁹²⁶, nonché dalla scarsa determinatezza del testo del

critica è un regime inquieto, circospetto, diffidente nei suoi stessi riguardi, sempre pronto a riconoscere i propri errori, a rimettersi in causa, a ricominciare da capo» (*ivi*, 102). Peter HÄBERLE si richiama, a questo riguardo, alla regolamentazione normativa dei media in ambito statunitense, che «presuppone un'aperta lotta sociale per la verità, per l'idea migliore e per la rappresentazione migliore dei fatti. [...] La verità non si raggiunge in primo luogo attraverso procedure giudiziarie [...] ma attraverso il libero mercato delle idee. [...] Dopo tutto, il principio del pluralismo si trasforma in un compito dello stato costituzionale, ad esempio mediante la limitazione di un eccessivo potere di mercato da parte della televisione privata» (cfr. P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, cit., 94). «Lo Stato costituzionale presuppone uomini e cittadini disponibili a interpretare la via della "ricerca della verità", che a ben vedere è anche la meta» (*ivi*, 96). In un siffatto regime democratico, secondo l'Autore, devono tuttavia trovare posto delle verità assolute che sono fondanti l'ordine costituzionale stesso, come la tolleranza e la dignità dell'uomo, in quanto «condizioni di verità» (*ivi*, 108), ma può esserci spazio anche per le «menzogna-salvavita» (scelta del falso per proteggersi dal crollo della propria biografia) sia a livello individuale che collettivo, come nella rimozione di Vichy (*ivi*, 100). Una soluzione che ci riporta al concetto bonhoefferiano di verità come relazione.

Al'interno della dottrina penalistica italiana, riflette compiutamente sul tema del rapporto fra verità e processo penale D. PULITANÒ, *Cura della verità e processo penale*, in G. FORTI ET AL. (a cura di), *«Verità» del precetto e della sanzione*, cit., 63 - 98. Si veda inoltre M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza 2009, nonché M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in G. FORTI ET AL. (a cura di), *«Verità» del precetto e della sanzione*, cit., 175 - 179 e G. SPANGHER, *Brevi note su verità e processo penale*, *ivi*, 175 - 180 e F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, *ivi*, 199 - 217.

⁹²⁵ Cfr. T. ROVATTI, *Tra giustizia legale e giustizia sommaria*, cit., 44.

⁹²⁶ Cfr. *supra*, Cap. II, § 4.3.

provvedimento di amnistia⁹²⁷. L'operare dell'amnistia, nella maggior parte dei casi, come amnistia propria ha due conseguenze negative con riferimento al tema della verità. Da un lato priva l'Italia del possibile apporto dei processi penali alla ricerca della verità, dall'altro provoca pesanti distorsioni dei fatti. Ciò, perché l'amnistia non offriva una via intermedia fra la pena nella sua integralità e la liberazione per amnistia. Perciò, al fine di sfruttare il più possibile le maglie del provvedimento, il risultato sono sentenze che offuscano la verità, più che illuminarla. Come è stato già evidenziato, «quale prefetto non riuscì a provare di avere agito, magari per un'ora soltanto in venti lunghissimi mesi di terrore, in contrasto con i doveri imposti dall'alleanza con i camerati tedeschi? Quale giudice trovò difficile dimostrare di aver accolto una raccomandazione e di aver salvato un partigiano dal plotone di esecuzione?»⁹²⁸. «Il fascismo è stato un'illusione [...] e un'illusione, forse, è stato anche l'ultimo fascismo: se aveva ministri che fieramente avversavano i tedeschi, e prefetti animati da buoni propositi, e giudici che condannavano a morte involontariamente, e carabinieri che fucilavano perché prostrati nell'animo e fiaccati nella volontà, e rastrellatori ignari di cosa fosse un rastrellamento, e torturatori che oltraggiavano ma non seviziavano, e delatori occasionali, e briganti neri che non attentavano all'ordine pubblico, e cavalieri dell'ideale nobili e disinteressati»⁹²⁹.

A fronte di questi risultati, ci si chiede: in uno Stato che versa in una condizione di incapacità (*inability*) e (quantomeno dal 1948) di mancanza di volontà (*unwillingness*) nel perseguire in maniera autentica (*genuinely*) gli autori di crimini internazionali, ci si può aspettare qualcosa di diverso? Probabilmente no. Il fallimento più grave della transizione italiana non va allora ricercato negli anni '40, né negli anni '50, quando il procuratore Santacroce archivia i fascicoli nell'*Armadio della Vergogna*. In quegli anni probabilmente la stessa distorsione del paradigma antifascista in chiave vittimaria ed autoassolutoria ha svolto, come detto, una funzione di unità e riconciliazione. Pur sacrificando nell'immediato sia la

⁹²⁷ Si tratta di fattori che, di nuovo, riportano a una responsabilità del legislatore, anche con riferimento all'impatto delle disposizioni normative sulla memoria storica, cioè alla funzione narrativa svolta dal precetto penale. Ciò può aprire un'ulteriore tema di studio, quale quello del rapporto fra legislazione e verità ed in particolare se sussista o meno un obbligo di verità per il legislatore. Si pone un tale quesito F. PALAZZO, *Verità come metodo di legiferazione*, cit., 106.

⁹²⁸ Cfr. C. GALANTE GARRONE, "Guerra di Liberazione (dalle galere)", cit., 1045.

⁹²⁹ *Ivi*, 1066.

persecuzione penale che una memoria storica delle responsabilità italiane, tale distorsione è forse servita alla costruzione della democrazia⁹³⁰.

Il fallimento va cercato semmai negli anni successivi, quando la ricostruzione è stata portata avanti, la democrazia ha raggiunto una certa stabilità ed il popolo italiano, in particolare le nuove generazioni, non chiedono conto al proprio Paese delle responsabilità passate, né in forma giudiziaria (come per esempio in Germania, ad opera del procuratore Fritz Bauer nel processo di Francoforte⁹³¹), né in altre forme. Al contrario, il popolo italiano perpetua memorie divise del conflitto mondiale⁹³² e le proietta sui conflitti del presente (in cui riadattare le vecchie

⁹³⁰ «La lezione della seconda guerra mondiale è stata la più basilare: la necessità di evitare a tutti i costi la guerra in Europa [...]. Anche molti vincitori erano scioccati da 50 milioni di morti, innumerevoli città distrutte ed economie rovinare. [...]. Perciò i fondatori dell'integrazione, fra cui Robert Schuman, Alcide De Gasperi e Konrad Adenauer, si adoperarono per prevenire la ripetizione del massacro [...]. Le commemorazioni della guerra dovevano perciò bilanciare una conferma del sacrificio fra i vincitori con una perdita di significato nazionale da parte dei perdenti attraverso un messaggio di generale distruttività della guerra. Invece di ripetere messaggi di intensa nazionalizzazione tramite il 'culto dei morti' come dopo la Prima guerra mondiale, i ricordi della seconda guerra mondiale aspiravano a misure di riconciliazione tramite l'enfaticizzazione della sofferenza comune» (cfr. K.H. JARAUSCH, *Nightmares or Daydreams? A Postscript on the Europeanisation of Memories*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), *A European Memory?*, cit., 309 - 320, 315).

⁹³¹ Con tale denominazione si è soliti indicare sei processi a carico degli ufficiali delle SS impiegati ad Auschwitz celebrati a Francoforte sul Meno; tre di essi furono celebrati dal 1963 al 1968; gli altri dal 1973 al 1981.

⁹³² Sul tema G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit., 169. Il filosofo Remo BODEI descrive la società italiana della Prima Repubblica con l'espressione «guerra civile dell'anima» (cfr. R. BODEI, *L'ethos dell'Italia repubblicana*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, v. III/2, Torino, Einaudi 1997, 625-706, 641), dove «dell'asprezza dei vecchi conflitti ideologici di tipo nazionalistico, che hanno caratterizzato il mondo prebellico, resta nella coscienza dei militanti l'intensità, sublimata in lotta decisiva tra Bene e Male. Le nuove strutture identitarie, i partiti, fanno leva, di conseguenza, non tanto su fattori di concordia civile, quanto di divisione (specchio della divisione del mondo): sull'antifascismo, sull'anticapitalismo, sull'anticomunismo o sull'avversione per chi, durante la guerra, ha tradito Mussolini e il suo progetto di rendere grande l'Italia. La storia dell'Italia repubblicana rappresenta per l'etica il luogo di scontro e di mediazione tra molteplici valori e piani di vita, prodotti dalla combinazione di almeno cinque fattori caratteristici. Ossia:

- a) il fascismo [...];
- b) la divisione dalla quale l'Italia esce dopo oltre due decenni di regime fascista [...];
- c) la permanenza nello stato italiano del centro ufficiale della cattolicità [...];
- d) l'inserimento nella sfera di influenza politica e, in parte, culturale degli Stati Uniti;
- e) la presenza del partito comunista più forte, ma anche più "liberale" dell'intero Occidente» (*ivi*, 641-642).

Il permanere di memorie divise della guerra è il sintomo della mancanza di una netta vittoria; evidenzia piuttosto il carattere di guerra civile del caso italiano e lo isola quindi dalle altre esperienze europee. E' infatti stato affermato che «storicamente, è solo quando non c'è un vincitore evidente che entrambe le parti possono portare avanti le rispettive memorie incompatibili. Un esempio è dato dalla

categorie di “fascista” e “antifascista”). Proprio la violenza dei nuovi conflitti in funzione dell’ottenimento di riforme sociali, impedisce forse alla società italiana di interessarsi ad una rilettura del passato e alla messa in discussione delle proprie responsabilità.

5. *La memoria collettiva italiana nella scena europea*

Nelle pagine seguenti si indagherà un aspetto centrale nella valutazione delle esperienze di giustizia di transizione, misurabile nel lungo periodo: l’apporto che il processo transizionale fornisce alla costruzione di una memoria storica degli eventi traumatici del passato. A tal fine si intraprenderà un’analisi comparata per verificare se e in che misura l’Italia si differenzi rispetto all’elaborazione del passato nelle altre nazioni europee. Preliminarmente è necessaria tuttavia una premessa terminologica sulle nozioni di “memoria” e di “memoria collettiva”.

5.1 *Sul concetto di memoria*

Indagare le scelte effettuate in fase transizionale apre una riflessione su un tema di portata enorme: quello del rapporto fra diritto e memoria collettiva. E’ una relazione complessa e molto attuale, tutt’altro che unilaterale. Da un lato infatti i risultati delle scelte giuridiche transizionali costituiscono una base per la costruzione della memoria collettiva⁹³³. Dall’altro, come detto, in anni più recenti la relazione avviene anche in senso contrario, con la memoria che preme sul diritto al fine di ottenere una sanzione, una sacralizzazione, un’attestazione cui viene attribuita la qualità dell’inderogabilità: ciò può avvenire attraverso lo strumento legislativo (mediante il fenomeno delle leggi memoriali⁹³⁴ ovvero delle leggi che criminalizzano il fenomeno negazionista⁹³⁵) ovvero mediante il processo (ad esempio per il tramite

Bosnia Erzegovina nata dagli Accordi di Dayton del 1995» (cfr. D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 12).

⁹³³ Come evidenziato da MARGALIT, «la giustizia di transizione [...] ha molto a che fare (*is deeply involved*) con l’etica della memoria» (cfr. A. MARGALIT, *The ethics of memory*, cit., 12).

⁹³⁴ Nella letteratura italiana, A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria nazionale si fa legge*, cit. e sulla genesi del fenomeno E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., 43.

⁹³⁵ *Ibidem* per un quadro generale.

dei c.d. processi per la verità ovvero laddove si riconosca un diritto alla verità direttamente giustiziabile). Dal piano della storia, occorre quindi spostarsi a quello della memoria ed in particolare di quella forma di memoria, che i sociologi chiamano “memoria collettiva”⁹³⁶.

Prima di discutere di memoria collettiva in Europa e in Italia, è necessaria una breve premessa su cosa si intenda qui in generale per “memoria”. Gli storici, tendono a contrapporre nettamente la memoria alla storia. «La memoria perpetua il passato nel presente, mentre la storia lo fissa in un ordine temporale chiuso, ordinato e organizzato in base a procedimenti razionali che si collocano agli antipodi della sensibilità del vissuto [...] la memoria attraversa le epoche, mentre la storia le separa [...] la storia ignora le percezioni soggettive del passato, [...] la memoria ha una vocazione singolare, mentre la storia universale»⁹³⁷. Ancora, «la memoria si declina sempre al presente, il quale ne determina le modalità: la selezione degli eventi di cui bisogna conservare il ricordo, la loro interpretazione, le loro “lezioni”, ecc. Essa si trasforma in una sfida politica e assume la forma di un imperativo etico»⁹³⁸; «in

⁹³⁶ Nonostante alcuni abbozzi di elaborazione ad inizio ‘900 da parte di Hugo VON HOFFMANSTHAL (“memoria super-individuale”) e di Aby WARBURG (“memoria sociale”), il concetto di “memoria collettiva” viene formulato per la prima volta nel 1925 dal sociologo francese Maurice HALBWACHS, allievo di Émile DURKHEIM e morto nel campo di concentramento di Buchenwald (sulle elaborazioni precedenti ad HALBWACHS, F. WHITLING, *Damnatio Memoriae and the Power of Remembrance. Reflections on Memory and History*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), *A European Memory?*, cit., 87 - 97, 89). Egli riteneva che tutto, dalla sessualità alle tradizioni storiche, fosse un costrutto sociale; secondo la sociologa statunitense Lewis COSER, per HALBWACHS la memoria collettiva è «una ricostruzione del passato alla luce del presente [...] una ricostruzione e al tempo stesso una deformazione»; lo storico Horst MÖLLER commenta affermando che «la coscienza collettiva applicata alla memoria genera la memoria collettiva - la quale - forma i gruppi sociali, le generazioni, le nazioni e costituisce l'identità» (citazioni contenute in D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 23). Secondo Jan ASSMANN, la base della teoria di HALBWACHS è costituita dall'affermazione per cui quello che resta del passato è solamente «ciò che una società in ogni epoca è in grado di ricostruire nella sua cornice di riferimento presente»; da qui lo stesso ASSMANN, assieme alla moglie Aleida ASSMANN, parte per elaborare una teoria della “memoria culturale”, concepita come una forma di espressione simbolica dell'auto-concezione di una società (si veda H. UHL, *Culture, Politics, Palimpsest. Theses on Memory and Society*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), *A European Memory?*, cit., 79 - 86, 81; *ivi* anche per i rimandi bibliografici). Tra i principali studiosi ad aver sviluppato le teorie di HALBWACHS vi è il già menzionato Pierre NORA, il quale ha proposto anche una storicizzazione del fenomeno memoriale, formulando una storia della memoria suddivisa in tre fasi (premoderna, moderna e postmoderna) (al riguardo W. KANSTEINER, *In pursuit of German Memory: History, Television and Politics after Auschwitz*, Athens, Ohio University Press 2006, 14; si rimanda a *ivi* 11 - 17 anche per un resoconto delle problematiche aperte che gli studiosi della memoria collettiva devono affrontare).

⁹³⁷ Cfr. E. TRAVERSO, *Il passato: istruzioni per l'uso*, cit., 25

⁹³⁸ *Ivi*, 15.

breve la memoria, sia individuale che collettiva, è sempre una visione del passato filtrata attraverso il presente»⁹³⁹. Secondo altro Autore, «la memoria è la vita [...], vulnerabile a tutti gli usi e a tutte le manipolazioni, suscettibile di latenze e rianimazioni [...] è affettiva e magica, porta a sacralizzare i ricordi, mentre la storia è una visione laica del passato, la quale costruisce un discorso critico»⁹⁴⁰.

Ormai celebre è la necessaria separazione dei registri evocata da uno storico francese, per motivare il suo rifiuto di testimoniare al processo a carico di Maurice Papon: «La giustizia si pone la questione di sapere se un individuo è colpevole o innocente; la memoria nazionale è la risultante di una tensione esistente tra ricordi memorabili e commemorabili e oblii che permettono la sopravvivenza della comunità e la sua proiezione nel futuro; la storia è un'impresa di conoscenza e di delucidazione. Questi tre registri possono sovrapporsi, ed è ciò che è accaduto nei processi per crimini contro l'umanità. Ma in questo modo sono gravati da un onere insopportabile: essi non possono rispondere in egual misura alle sfide della giustizia, della memoria e della storia»⁹⁴¹.

Si registrano tuttavia anche posizioni meno nette, di storici che cercano un equilibrio fra storia e memoria ed una necessaria integrazione dei due piani⁹⁴².

⁹³⁹ *Ivi*, 19.

⁹⁴⁰ *Ivi*, 26; citazione da P. NORA, *Entre histoire et mémoire. La problématique des lieux*, in P. NORA (a cura di), *Les lieux et la mémoire. I. La République*, Paris, Gallimard 1984, XIX.

⁹⁴¹ *Ivi* 72, citazione da H. ROUSSO, *La hantise du passé*, Paris, Textuel 1998, 97; per una riflessione più recente dello stesso autore, H. ROUSSO, *Face au passé. Essais sur la mémoire contemporaine*, Paris, Belin 2016.

⁹⁴² Fra questi lo storico israeliano Saul FRIEDLÄNDER: «lo storico non può - e non deve, secondo la visione di Friedländer - essere il guardiano della memoria. La prospettiva dello storico è analitica, critica, a favore della complessità e sospettosa nei confronti delle generalizzazioni. A fronte di rappresentazioni semplificate del passato, il dovere dello storico consiste, secondo Friedländer, nel reintrodurre la complessità di eventi storici discreti, l'ambiguità del comportamento umano e l'indeterminazione di più ampi processi sociali. Tuttavia, se lo storico pone una distanza critica dagli eventi sotto esame, è solo l'integrazione dei destini individuali all'interno della narrazione storica che, in conclusione, permette allo storico di superare la dicotomia fra l'imperscrutabile astrazione dei milioni di morti e la tragedia di ogni vita individuale e di ogni morte durante lo sterminio. La sfida consiste dunque nell'elaborare una storia dell'Olocausto che includa non solo la storia comune delle vittime, ma anche la narrazione degli eventi secondo la percezione delle vittime ed i loro destini individuali. Questa è una storia che cerca di colmare la distanza critica aperta dalla distanza analitica [...]. La storia è quindi sia un ordinare a distanza che un avvicinarsi verso le memorie documentate» (cfr. M. PAKIER - B. STRATH, *A European Memory?*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), *A European Memory?*, cit., 1- 20, 6; gli Autori fanno riferimento principalmente a S. FRIEDLÄNDER, "History, Memory and the Historian", in *New German Critique*, 80, 3 - 15).

A prescindere dalle diverse ricostruzioni, emerge che la memoria ha sempre una connotazione politica, in quanto legata alle esigenze del presente. E ciò anche prima della fase recente di *memory boom*⁹⁴³.

5.2 Sul “dovere di ricordare”

Non è qui possibile aprire il vasto tema, se sussista o meno un “dovere di ricordare” i tragici fatti del passato. Ci si limita a dar conto dell’esistenza di un tale dibattito sia all’interno della comunità dei giuristi, che in quelle degli storici e dei filosofi. Si tratta infatti evidentemente di un dibattito che trascende sia la storia che la memoria e riguarda «piuttosto la morale, l’ideologia e, spesso materiale intellettuale scottante per la mobilitazione culturale e politica»⁹⁴⁴.

Da una parte vi sono i sostenitori di un siffatto dovere, i quali lo fondano sul piano dell’etica⁹⁴⁵, ovvero della morale⁹⁴⁶. Tali approcci partono dal presupposto che

⁹⁴³ Cfr. *infra*, Cap. III, § 5.4. Analizzando ad esempio le commemorazioni della Guerra civile americana negli anni, RIEFF afferma che «non c’era niente di innocente in tali commemorazioni» (cfr. D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 11); l’Autore richiama quindi la definizione dello storico francese Jacques LE GOFF, il quale sostiene che «la memoria ambisce a salvare il passato solo per servire il presente e il futuro» (*ivi*, 22), per poi concludere a sua volta sostenendo che «gli esercizi di ricordo collettivo della storia assomigliano più al mito da una parte e alla propaganda politica dall’altra che alla storia» (*ibidem*) e in definitiva «quando si parla di ricordo, sembra che l’ultima parola sia quella di Nietzsche: “non ci sono fatti, solo interpretazioni”» (*ivi*, 36). L’Autore afferma inoltre: «qualsiasi difetto la storia nel senso tradizionale possa avere, essa non è narcisistica, vale a dire che essa è genuinamente interessata al passato [...]. Al contrario il ricordo ha a che fare con l’amore per se stessi e l’auto-riconoscimento, il che significa che, nella maggior parte dei casi, non è nulla di più che il presente travestito» (*ivi*, 108).

⁹⁴⁴ *Ivi*, 30.

⁹⁴⁵ Il filosofo israeliano Avishai MARGALIT (A. MARGALIT, *The ethics of memory*, cit.) auspica la creazione di una comunità etica universale. Si augura quindi di forgiare il presente e il futuro sulla base di «simboli che inglobino memorie condivise» (*ivi*, 95) e ciò in virtù di un imperativo etico. Una visione che, secondo i critici, è troppo vicina alla vecchia utopia di un governo globale, troppo distante dal mondo reale, che fa fatica anche solo ad affrontare le sfide del presente, senza porsi il problema dell’eternità (così D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 41). MARGALIT ritiene invece che debbano esserci dei *minima* etici comuni a tutta l’umanità, in quanto la storia ha presentato degli «incubi morali» che sono esempio del «male radicale e dei crimini contro l’umanità» (A. MARGALIT, *The ethics of memory*, cit., 82); è proprio la necessità di prevenire tale male radicale a imporre all’umanità intera di sviluppare una memoria universale. MARGALIT afferma che «non si tratta di un’utopia [...] anche il progetto di ricordare la più triste delle memorie è un progetto di speranza. Io rigetto categoricamente il pessimismo secondo cui tutto sarà dimenticato, così come espresso nell’Ecclesiaste. [...] Il progetto della memoria non è la vanità delle vanità [...] La fonte dell’obbligo di ricordare, ritengo, deriva dagli sforzi delle forze del male radicale di minare la morale stessa, fra

«coloro che non ricordano il passato sono condannati a ripeterlo»⁹⁴⁷ e sono caratterizzati da un denominatore comune, che consiste nel riconoscimento dell'esistenza di un'obbligazione, la si chiami morale oppure etica, a ricordare, dove il ricordo costituisce un'assunzione di responsabilità. Ciò pur nella consapevolezza delle molte difficoltà e dei molti possibili abusi, cui la memoria collettiva è soggetta. Un Autore⁹⁴⁸, in particolare, ha ben enucleato tali abusi e tuttavia, pur ritenendo in generale che le società abbiano bisogno di storia e non di memoria, egli afferma che il ricordo collettivo, quando non diventa un abuso, può servire come modello per la comprensione di nuove situazioni che coinvolgono attori differenti e quindi può servire, almeno potenzialmente, alla liberazione del genere umano⁹⁴⁹.

Del resto, la motivazione più forte per tesi siffatte viene tratta dalle parole di Hitler in persona. Egli, il 22 agosto 1939, affermò che la Germania avrebbe sterminato i polacchi «senza pietà né compassione» e ciò senza obiezione della comunità internazionale, perché «del resto chi parla oggi dello sterminio degli armeni? [...] L'interpretazione che prevale in un dato momento è una funzione del potere, non della verità»⁹⁵⁰.

Fondare un dovere morale di ricordare significa cercare di negare la validità dell'affermazione di Hitler per il futuro. Tuttavia, come è stato fatto notare, ciò è al tempo stesso un segno di profonda sfiducia nel potere politico, alla luce

l'altro, anche riscrivendo il passato e controllando la memoria collettiva» (A. MARGALIT, *The ethics of memory*, cit., 82).

⁹⁴⁶ Così Paul RICOEUR, il quale afferma che ricordare è un «dovere morale» ed un «debito nei confronti delle vittime», le quali altrimenti sarebbero uccise due volte (citazioni contenute in D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 56). La memoria sarebbe al tempo stesso necessaria al superamento del passato, in quanto «il “troppo” e il “non abbastanza” di memoria condividono lo stesso difetto, l'aderenza del passato al presente: il passato che non vuole passare» (cfr. P. RICOEUR, *Ricordare, dimenticare, perdonare. L'enigma del passato*, Bologna, Il Mulino 2012, citato in G. BERTAGNA - A. CERETTI - C. MAZZUCATO, *Breve storia di un lungo percorso*, in G. BERTAGNA ET AL. (a cura di), *Il libro dell'incontro*, cit., 15 - 29, 28). RICOEUR si riferisce tuttavia a una memoria fatta di un «incrocio di parole [...] che vengano da tutte le parti: rei, vittime, lo Stato» (citazione contenuta in A. CERETTI, *Per una convergenza di sguardi*, cit., 236).

⁹⁴⁷ Citazione da G. SANTAYANA, *La vita della ragione o le fasi del progresso umano*, 1905, contenuta in D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 41.

⁹⁴⁸ T. TODOROV, *Gli abusi della memoria*, S. Maria Capua Vetere, Ipermedium 1996.

⁹⁴⁹ In questo senso D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 115, commentando il pensiero di TODOROV.

⁹⁵⁰ *Ivi*, 67.

dell'esperienza storica, laddove così si ritiene che esso non persegua mai in sé fini morali⁹⁵¹. D'altro canto, esso presuppone, se non un'adesione al mito del progresso, quantomeno un profondo ottimismo⁹⁵².

Le conclusioni dei summenzionati filosofi sono state riprese anche dalla dottrina giuridica italiana⁹⁵³.

In senso diametralmente opposto, tutti coloro che, invece, negano l'esistenza di un dovere di ricordare, prendono a riferimento uno storico francese del XIX secolo⁹⁵⁴, secondo il quale, l'essenza di una nazione è che «tutti gli individui hanno molte cose in comune e anche che tutti hanno dimenticato varie cose»⁹⁵⁵. Egli afferma anche che «l'oblio, e direi perfino l'errore storico, è un fattore essenziale per la creazione di una nazione»; ciò in quanto «le nazioni non sono qualcosa di eterno. Hanno avuto il loro inizio e avranno la loro fine» e per sopravvivere devono basarsi su un «plebiscito quotidiano»⁹⁵⁶. Secondo il pensiero dello storico ottocentesco,

⁹⁵¹ *Ivi*, 68.

⁹⁵² MAZZUCATO sintetizza tale atteggiamento citando l'arcivescovo sudafricano Desmond Tutu, secondo il quale «la premessa di tutto il lavoro della TRC è la possibilità che le persone cambino. Altrimenti non avrebbe senso mettere in piedi la Commissione!» (cfr. C. MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro*, cit., 302).

⁹⁵³ MAZZUCATO riprende le conclusioni di MARGALIT, auspicando la creazione di uno spazio di verità, per definire la quale si richiama al concetto di “parresia” inteso come «coincidenza fra ciò che si dice e ciò che si crede intimamente vero» (*ivi*, 288). Si tratta di una dimensione dialogica e collettiva, che l'Autrice lega alla figura essenziale del «testimone morale». Questi è indicato da MARGALIT come colui che, avendo sofferto per un male, si sente in dovere di renderlo noto, fornendo con il suo racconto «una descrizione chiarificatrice che si pone *in relazione* con la nostra esperienza e la nostra vita [...] Per “dire la verità” occorre raccontare una storia» (*ivi*, 289). Ammonisce tuttavia l'Autrice che tale narrazione dev'essere «per definizione una storia aperta [...] non sono solo le vittime, come si potrebbe di primo acchito pensare, che desiderano “sapere” la verità che ciò che è accaduto; anche i colpevoli hanno bisogno del racconto degli offesi per conoscere davvero, e fino in fondo, *cosa hanno fatto* [...]». Decisivo in questo lavoro, è dunque che l'attività verbale sia, appunto, un *dia-logos*: un *parlar-si*, *interrogar-si*, *spiegar-si*, *capir-si*. Decisivo è che si tratti, nelle parole di Raimon Panikkar, di un “dialogo duologale”, non un “dialogo dialettico” [...], un affresco “aperto” che si offre all'intellezione dei suoi autori e di chi vorrà incamminarsi nell'avventura dello sguardo» (*ivi*, 290 e ss.).

⁹⁵⁴ Ci si riferisce a Ernest RENAN. Citato in D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 29; C. GINZBURG, “Prueba, memoria y olvido”, in *Nuestra Memoria*, 2005, 18; D. PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità?*, cit., 148.

⁹⁵⁵ Tale frase è richiamata sia da RIEFF, che da GINZBURG e PASTOR, nelle rispettive opere e alle rispettive pagine richiamate nella nota precedente.

⁹⁵⁶ Cfr. D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 29.

dunque, se «costretta a scegliere, una nazione dovrebbe optare per un ben ponderato mito, codificato nel ricordo collettivo, piuttosto che per la storia»⁹⁵⁷. Egli collega il rapporto con il passato alla vita e alla sopravvivenza stessa della società, in linea con l'affermazione del celebre filosofo, secondo il quale «la questione fino a quale grado la vita avrà bisogno dei servizi della storia è una delle questioni e preoccupazioni somme per quanto riguarda la salute di un uomo, di un popolo, di una civiltà, dato che con un certo eccesso della stessa si sbriciola e degenera la vita e alla fine, attraverso questa degenerazione, la storia stessa»⁹⁵⁸. In epoca più recente, è stato asserito che «una nazione è un gruppo di persone unite da una visione errata del proprio passato e un odio nei confronti dei propri vicini»⁹⁵⁹.

Altro Autore prende atto del fatto che la lezione che dovrebbe essere ricavata dal passato è che «la memoria, così come concepita e portata avanti dalle comunità, dai popoli e dalle nazioni - che [...] è selettiva, nella maggior parte dei casi funzionale a se stessi, e storicamente discutibile - ha portato alla guerra invece che alla pace, a rancore e risentimento [...] e ad una maggiore determinazione per una vendetta esatta, piuttosto che a un impegno verso il difficile lavoro del perdono [...] ciò è oggi endemico in Israele-Palestina, in Iraq e Siria, nel populismo nazionalista hindu del partito indiano Bharatiya Janata [...] e fra gli jihadisti e islamisti sia nel mondo mussulmano che nella diaspora mussulmana nell'Europa occidentale, in Nord America e in Australia [...] non chiudiamo gli occhi davanti al prezzo che le società hanno pagato e continuano a pagare di fronte alla consolazione del ricordo. La storia non è un menu. Non si può avere la solidarietà che un mito nazionale aiuta a formare e sostenere, senza l'egocentrismo; né si può avere l'orgoglio senza la paura»⁹⁶⁰. Continua l'Autore: «a meno che uno non aderisca a una delle forme più grezze del mito del progresso, religioso o secolare che sia, non c'è ragione alcuna di ritenere che un aumento di ricordo trasformerà il mondo, relegando il genocidio in un barbaro passato». Conclude dunque egli, sancendo: «quando è possibile, che le società ricordino, se il ricordare [...] non genera altri orrori. Ma quando non è possibile allora [...] diamo una chance all'oblio, che è un altro modo di dire: dare una chance

⁹⁵⁷ Interpretazione di RIEFF, *ibidem*.

⁹⁵⁸ Citazione di Friedrich W. NIETZSCHE, *ivi*, 38.

⁹⁵⁹ Citazione del politologo Karl DEUTSCH, *ivi*, 138.

⁹⁶⁰ Così RIEFF, *ivi*, 39.

alla politica e mettere a riposo l'idealismo»⁹⁶¹. Pensando al contesto italiano, tali parole possono richiamare i versi del poeta premio Nobel, il quale chiedeva all'uomo del suo tempo di dimenticare i padri⁹⁶². A questo riguardo è stato evidenziato che le memorie europee, sarebbero meglio qualificabili come «incubi», i quali «creano narrazioni esortative, che lasciano intravedere conseguenze tragiche, se alcune tendenze pericolose non sono fermate in tempo»⁹⁶³.

Il summenzionato Autore vede una base comune fra i teorici del dovere di ricordare e quell'atteggiamento di tutela dei diritti umani che si spinge fino a risultati vicini a quelli della giurisprudenza che abbiamo denominato *commando*. Afferma infatti egli: «il progetto dei diritti umani condivide con il progetto del dovere di memoria la stessa visione di una moralità fondata sul diritto [...]. Inoltre entrambe le visioni sono assolutistiche, mentre l'essenza della democrazia è il compromesso. Anche se tutto verrà dimenticato nel pieno del tempo geologico, l'idea della memoria collettiva consiste nella fatto che essa in teoria si può rinnovare sempre. Tale rinnovamento, lungi dall'assicurare giustizia, è una formula per infiniti reclami e infinita vendetta»⁹⁶⁴. Egli non nega che il «perdonare senza dimenticare» proposto dai due summenzionati teorici del dovere di ricordare⁹⁶⁵, possa in alcuni casi essere sufficiente. Tuttavia sostiene che non si può escludere che in altri l'unica soluzione possa essere l'oblio, poiché «il ricordo può essere l'alleato della giustizia ma [...] non è un amico affidabile per la pace, mentre l'oblio a volte può, e a volte lo ha fatto,

⁹⁶¹ *Ivi*, 101. L'Autore richiama una massima dell'ex governatore di New York, Mario Cuomo, secondo il quale «si fa campagna elettorale in poesia, ma si governa in prosa» (*ivi*, 104) e si rifà anche alle conclusioni di MARX in merito al doversi staccare dal passato e seppellire i morti per poter fare la rivoluzione sociale (*ivi*, 58).

⁹⁶² Ci si riferisce a Salvatore QUASIMODO, quando scriveva, rivolto all'uomo del suo tempo: «Hai ucciso ancora, / come sempre, come uccisero i padri, come uccisero / gli animali che ti videro per la prima volta. / E questo sangue odora come nel giorno / Quando il fratello disse all'altro fratello: / “Andiamo ai campi”. E quell'eco fredda, tenace, / è giunta fino a te, dentro la tua giornata.» ed implorava quindi: «Dimenticate, o figli, le nuvole di sangue / Salite dalla terra, dimenticate i padri: / le loro tombe affondano nella cenere» (cfr. S. QUASIMODO, *Uomo del mio tempo*, in *Giorno dopo giorno*, Milano, Mondadori 1947).

⁹⁶³ Cfr. K.H. JARAUSCH, *Nightmares or Daydreams?*, cit. 315. Egli aggiunge: « Questa memoria da incubo è basata su esperienze di sofferenza, che normalmente diminuiscono con il tempo e difficilmente serviranno da legame duraturo per il futuro» (*ibidem*).

⁹⁶⁴ *Ivi*, 110.

⁹⁶⁵ RICOEUR e MARGALIT.

giocare questo ruolo»⁹⁶⁶. In questo modo egli si pone dunque in aperto contrasto con «la tendenza generale degli attivisti per i diritti umani, compresi membri della magistratura come Garzón, di presentare il diritto e la giustizia come inseparabili», nonché «la giustizia come prerequisito essenziale per una pace duratura»⁹⁶⁷.

5.3 *Lo scenario europeo postbellico e il caso peculiare della Germania*

Il caso italiano di autoassoluzione non è certo un *unicum* a livello europeo; in tutta Europa «l'edificio postbellico è stato costruito» su «sabbie storiche», in quanto «le identità collettive - siano esse etniche, nazionali o continentali - sono sempre composizioni complesse di mito, memoria e convenienza politica»⁹⁶⁸. In tutta Europa, pur in misura diversa, nel lungo periodo vi è stato un processo di riduzione di tutte le responsabilità della guerra in capo alla Germania⁹⁶⁹. «De Gaulle in Francia, De Gasperi in Italia e vari governi del Fronte Nazionale dominati dai comunisti nell'Est Europa, tutti ritennero necessario comunicare ai loro cittadini che le loro sofferenze erano il prodotto dell'azione dei tedeschi e di pochi collaborazionisti traditori, che loro avevano sofferto e resistito eroicamente e che il loro dovere presente, a guerra finita e con i responsabili puniti, era dedicarsi a obiettivi postbellici, riporre la propria fede nei regimi costituzionali e *lasciarsi la guerra alle spalle*»⁹⁷⁰. «Dal 1948 le nazioni occidentali dell'Europa dissero addio al passato più prossimo e si imbarcarono nella “avventura europea”, cui da allora sono associate le loro energie e prospettive nazionali [...] nell'ambito di tale nuovo europeismo, per circa venticinque anni l'Europa occidentale si è basata su una “amnesia collettiva” [...], lasciando che la propria metà del continente si appoggiasse su una serie di

⁹⁶⁶ *Ivi*, 122.

⁹⁶⁷ *Ivi*, 124.

⁹⁶⁸ Cfr. T. JUDT, *The Past Is Another Country*, cit., 317.

⁹⁶⁹ *Ivi*, 297.

⁹⁷⁰ Cfr. *Ivi*, 299. L'Autore, da un lato, afferma che in Italia «non è stato fatto nulla. Nel 1960, 62 dei 64 prefetti della Repubblica erano stati funzionari sotto il fascismo, così come *tutti* i 135 capi della polizia» (*ivi*, 302). Dall'altro, sostiene che anche nei Paesi in cui si sono svolti molti processi, come in Francia, Danimarca e Austria, si è scelto comunque «di ridurre al minimo il numero dei condannabili e condannati e di riservare a questi una funzione simbolica e rappresentativa di criminali e traditori, lasciando invece intatto il resto del tessuto sociale o, dove ciò non fosse possibile, riparare i danni il prima possibile tramite un processo di negligenza benigna collettiva» (*ibidem*).

cruciali “miti fondanti” [...] essi richiedevano un’accettazione comune del fatto che il nazismo era un fenomeno unicamente tedesco, che la Germania occidentale era stata efficientemente denazificata e che coloro che dovevano essere puniti, salve alcune note eccezioni, lo erano stati»⁹⁷¹.

Un caso necessariamente a sé, è invece quello della Germania. Ciò, ovviamente, a fronte dell’entità dei crimini commessi e della scelta di utilizzare il modello della giustizia penale internazionale, che proprio con i processi di Norimberga conosce la sua prima vera attuazione⁹⁷². Non vanno tuttavia dimenticate le circostanze

⁹⁷¹ *Ivi*, 303; l’espressione “amnesia collettiva” è ripresa da Hans-Magnus ENZENSBERGER. In questo quadro l’Autore sottolinea comunque la particolarità del caso italiano, dove l’amnesia è più forte e dove opera un «doppio mito» che consiste sia nell’attribuire tutta la responsabilità al solo Mussolini, sia nel ritenere che tutta la nazione avesse preso parte, eroicamente e con entusiasmo, alla propria liberazione (*ivi*, 304). VON LINGEN afferma che le “meta-narrazioni” sul periodo bellico costituiscono «l’ossatura del nuovo Stato»; tali meta-narrazioni sarebbero la modalità di trasmissione del consenso nella società, in quanto «il successo dell’inclusione o esclusione di cittadini sulla base del loro comportamento durante il conflitto, così come la distinzione fra gruppi di aggressori e di vittime, sono fattori determinanti per la stabilità della nazione post-conflitto. Tale processo di composizione di nuove élite dopo il 1945 si è svolto parallelamente alla ricostruzione delle identità nazionali sulla base di un consenso postbellico in relazione alla memoria collettiva» (cfr. K. VON LINGEN, *Nuremberg, Rome, Tokyo*, cit., 8).

⁹⁷² «Il significato di Norimberga è che la guerra veniva dichiarata illegittima. L’aggressione veniva ritenuta il crimine “supremo”. Inoltre, la forma appropriata di giudizio era il processo e il foro appropriato il Tribunale Militare Internazionale. Il giudizio, dopo la guerra, prese le forme della responsabilità individuale. Il giudizio a Norimberga rappresenta la convinzione che, nonostante la pervasività della cultura della criminalità totalitaria, una trasformazione normativa è possibile a mezzo della responsabilità individuale. [...] E’ il giudizio (*judgment*) che distingue il lavoro del Tribunale di Norimberga dalla politica tradizionale» (R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 33). «Una dimensione del significato di Norimberga è la sua concezione a strati della responsabilità. L’innovazione del Tribunale, basata sulla nozione americana di *conspiracy*, consisteva nel collegare la responsabilità individuale a quella dell’organizzazione. Anche se in seguito essa venne limitata, la concezione di responsabilità penale di Norimberga continua a offrire una riconcettualizzazione radicale e un’espansione nella concezione di responsabilità individuale per persecuzione statale» (*ivi*, 35). Scrive nel 1946 CALAMANDREI, a proposito di Norimberga: «in realtà questa giustizia va angosciosamente in cerca di una pacificazione più vasta: vuol aprire ai popoli un filo di speranza in una autorità più alta degli stati. [...] le leggi, non scritte nei codici dei re, alle quali obbediva Antigone [...] l’ “umanità”, vaga espressione retorica, ha dato segno di voler diventare un ordinamento giuridico. Ma i bombardamenti a tappeto? Ma le popolazioni innocenti sterminate dall’alto? Ma la bomba atomica? Perché gli imputati si trovano solo tra i vinti? Perché i giudici soltanto tra i vincitori? Domande gravi: ma che non debbono servire, se fatte in buona fede, a spostare il problema. L’essenziale, infatti, non è per ora che i giudici siano senza peccato: l’essenziale è che la violazione delle leggi dell’umanità abbia cominciato a trovare un tribunale e una sanzione. Quel che conta è il “precedente”, che domani varrà come legge per tutti, per i vinti e per i vincitori». (cfr. P. CALAMANDREI, “Le leggi di Antigone”, in *Il Ponte*, 1946, 933 - 934, 934).

Per una recentissima analisi sull’elaborazione e narrazione del passato in Germania e l’impatto della giustizia su tali meccanismi in relazione alla transizione dopo la Prima guerra mondiale, dopo il Nazismo e dopo la riunificazione delle due Germanie, si rimanda all’opera A. WEINKE, *Gewalt, Geschichte, Gerechtigkeit: Transnationale Debatten über deutsche Staatsverbrechen im 20.*

eccezionali in cui la Germania postbellica si trova; non siamo infatti di fronte alla «abituale presenza dello Stato nel quadro internazionale», bensì ad «una riconosciuta assenza di sovranità nazionale»⁹⁷³.

Il Tribunale di Norimberga ha posto innumerevoli criticità, che non possono qui essere esaminate, a cominciare da una «retroattività particolarmente evidente»⁹⁷⁴. Per tale ragione, oltre che per la sua natura speciale, all'atto istitutivo esso è stato considerato un «tribunale dei vincitori».

La soluzione repressiva di Norimberga ha portato anch'essa alla creazione di un mito fondante. Qual è, cioè, l'immagine del nazismo e della guerra che possiamo trarre dalle sentenze di Norimberga? Come tutti i miti, tale immagine attinge certamente alla realtà, ma operando una selezione e trasponendola su un piano separato, operando cioè una semplificazione. Innanzitutto dal giudizio sono escluse totalmente le azioni degli Alleati (si pensi al noto bombardamento di Dresda). Non solo, anche la lettura del fenomeno nazista si basa su una semplificazione. L'esigenza di giudicare l'ideologia nazista colpevole in sé, nonché la necessità di sanzionare il tema razziale e lo sterminio degli ebrei, hanno spinto a favore dell'adozione della categoria semplificante della *conspiracy*⁹⁷⁵. Ciò avrebbe ridotto l'esperienza nazista «alla stregua di un complotto contro la civilizzazione, di un patto cospirativo e banditesco che saldava il gruppo di potere intorno a Hitler - in una - dimensione complottarda che avrebbe finito con l'inibire il giudizio storico complessivo sul concreto funzionamento e sulle responsabilità e le diffuse connivenze su cui quel sistema di dominio aveva potuto rapidamente crescere e consolidarsi. Dopo Norimberga, dunque, si faceva difficile storicizzare l'esperienza nazista». Del resto, alla base di questa visione complottarda del nazismo vi è lo «sforzo delle classi dirigenti post-belliche di ricomporre le profonde fratture della «guerra dei trent'anni» e di ricostruire un'Europa devastata, materialmente e moralmente». Ciò è avvenuto «attraverso l'elaborazione di una memoria pubblica del

Jahrhundert, Göttingen, Wallstein 2016. Al riguardo anche G. VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit.; per un bilancio della transizione tedesca post '89, K. MARXEN - G. WERLE, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz*, Berlin, De Gruyter 1999.

⁹⁷³ Cfr. R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 125.

⁹⁷⁴ Cfr. *ivi*, 34.

⁹⁷⁵ L. BALDISSARA, «Politiche della memoria», cit., 9.

nazismo e del fascismo che enfatizza, da una parte, la loro estraneità alla storia della civiltà europea e, dall'altra, la forza e l'unità della coalizione antifascista»⁹⁷⁶.

Norimberga, paradigma repressivo per antonomasia, si colloca apparentemente agli antipodi di quello italiano dell'*amnistia Togliatti*. Eppure si vede che anche questa soluzione comporta una semplificazione, un mito fondante. Si può forse spingersi a dire che Norimberga ha costituito anzi *il* mito fondante su cui ricostruire non solo la nuova Germania, bensì l'intera Europa occidentale⁹⁷⁷. Norimberga dichiara dunque, con la forza del giudicato penale, la criminalità del nazismo in senso universale; connaturale è quindi anche una funzione simbolica di tale dichiarazione⁹⁷⁸, su cui si costruisce il nuovo assetto politico e culturale

⁹⁷⁶ *Ibidem*. Evidenzia inoltre TEITEL che «per ragioni di prudenza, il tribunale finì con il limitarsi ai crimini contro cittadini che erano associati allo stato di guerra, collegando così i crimini contro l'umanità con la più tradizionale e da tempo stabilita categoria dei crimini di guerra» (cfr. R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 125). Afferma BATTINI: «un diritto selettivo e parziale fu applicato dalle Nazioni Unite allo scopo di sancire, attraverso il giudizio penale, il giudizio storico definitivo nei confronti del nazionalsocialismo, ma quella scelta produsse effetti a catena, contribuendo a nascondere la natura della guerra totale e dei crimini contro l'umanità» (cfr. M. BATTINI, *La mancata Norimberga italiana*, cit., 111).

⁹⁷⁷ Secondo MAGUIRE, l'immagine di Norimberga come “tribunale dei vincitori”, ha prodotto in realtà «due miti: il mito americano della funzione redentiva del processo e il mito tedesco della dura giustizia del vincitore» (cfr. M. MAGUIRE, *La contraddittoria “lezione” di Norimberga*, in L. BALDISSARA - P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire*, cit., 119 - 144, 141).

⁹⁷⁸ La funzione simbolica è connaturale alle caratteristiche di semplificazione (colpevole/innocente), nonché di pubblicità e ufficialità proprie del processo penale; essa è ancor più evidente a fronte dei gravi crimini di cui si occupa la giustizia penale internazionale. In tale ambito in particolare essa può conoscere anche delle degenerazioni, che ci portano ai confini con il diritto penale del nemico. Tale espressione in ambito penale internazionale si concretizza in maniera parzialmente differente rispetto alla teorizzazione originaria di JAKOBS; essa si esprime infatti nella «necessità di formulare un rimprovero per il fatto commesso, con il fine di lanciare un messaggio dal forte contenuto simbolico-espressivo. La giustizia penale internazionale si trova di fronte infatti ad un nemico sconfitto [...] una criminalità di Stato, o di apparato, che viene giudicata dal nuovo status quo. Il rituale del processo penale si trova così a legittimare ex post la sconfitta politico-militare di un male ritenuto intollerabile attraverso lo strumento retorico-simbolico e questo perché il diritto e la giustizia vengono percepiti come strumento di mediazione imparziale, equilibrato e dunque diverso rispetto alla mera forza politica e militare. [...] Canalizzando il conflitto all'interno di uno spazio giudiziario, si esprime un messaggio di carattere simbolico-espressivo, ma inquadrandolo in uno spazio e in una struttura razionale, quale quella giuridica. [...] Emerge come il fine principale della giustizia penale internazionale possa, in taluni casi, essere non tanto l'accertamento delle responsabilità individuali per i fatti commessi, quanto piuttosto quello di “fare giustizia”, di ricostruire gli avvenimenti storici stabilendo, con l'autorità di un tribunale, il giusto e l'ingiusto, il bene e il male in una determinata sequenza di eventi conflittuali, lanciando così un messaggio esemplare all'opinione pubblica, che da un lato ha bisogno sul piano emotivo di vedere puniti quei crimini e dall'altro vuole vedere riaffermare pubblicamente i valori calpestati. [...] Il processo penale diviene così meccanismo non per la “risoluzione dei conflitti”, ma per la “attuazione di scelte politiche” e assume, secondo Mark Osiel, i caratteri di un “teatro pedagogico”» (cfr. E. FRONZA, *Diritto penale del nemico e giustizia penale*

dell'Occidente. Ciò, del resto, spiega il fatto che la liberazione in tempi brevi dei condannati a Norimberga abbia avuto un'importanza solo relativa; lo stesso può dirsi anche per la "amnistia fredda", che seguì negli anni seguenti nella Germania occidentale⁹⁷⁹. Norimberga aveva già svolto la sua funzione.

Il processo di Norimberga, con tutti i suoi limiti e le critiche cui può essere soggetto, è tuttavia in qualche modo "servito" come base per una criminalizzazione ufficiale del nazismo e dei suoi atti. Ciò non ha avviato automaticamente un processo di elaborazione nel passato in Germania; al contrario ci vogliono tre decenni e un ricambio generazionale perché quell'operazione possa avere luogo; e molti altri fattori sono intervenuti⁹⁸⁰, alcuni in modo casuale. Essenziale è, ad esempio, la messa

internazionale, cit., 377. La citazione è da M. OSIEL, *Politica della punizione*, cit., 106). Lo stesso OSIEL collega la suddetta funzione di teatro pedagogico del processo con l'idea dei miti fondativi, o nel caso di alcune società, di «miti *ri*-fondativi, che marciano una decisiva rottura rispetto al passato» (*ivi*, 107) e tuttavia l'Autore individua sei «limiti morali ed empirici» ad un siffatto uso del processo (per questi si rimanda a *ivi*, 109).

⁹⁷⁹ Sul tema P.P. PORTINARO, *I conti con il passato*, cit., 99 e ss.; QUARITSCH rammenta come «i condoni delle pene non furono espressione di umanesimo o dell'opinione che i colpevoli avessero espiato sufficienza, ma furono espressione degli interessi di politica estera delle potenze occidentali, traevano dunque origine dalla ragion di stato, secondo la quale gli interessi dello stato precedono tutti gli altri interessi, anche quello di una punizione penale [...] Si favorì "l'oblio" con una disposizione poco appariscente fissata nel "Trattato per la regolamentazione delle questioni sorte dalla guerra e dall'occupazione" (trattato di transizione) stipulato nel 1955 tra le potenze occidentali e la Repubblica federale. Secondo tale disposizione le procure e le corti tedesche non potevano perseguire quei reati che erano già stati oggetto di inchieste penali da parte di una delle tre potenze occidentali ed erano infine stati giudicati in un processo» (cfr. H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 127). Del resto, ciò evidenzia un tema più vasto, che non può qui essere trattato: quello della funzione della pena in sede di giustizia di transizione. Qui infatti la retribuzione sembra perdere la sua centralità, «la pena è informata da un mix di finalità sia retrospettive che in funzione del futuro» (cfr. R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, cit., 154) e spesso una sanzione penale "limitata" concilia la finalità «di punire gli autori con quella di favorire la trasformazione politica» (*ibidem*). Infatti, «mentre la pena è spesso considerata avere funzione retributiva, nella transizione gli scopi della pena diventano notevolmente trasformativi o *forward-looking*» (*ibidem*). Si tratta di una funzione che può spesso collegarsi al summenzionato aspetto simbolico della giustizia di transizione. Per un'analisi del rapporto fra simbolismo e scopi della pena, in particolare in relazione al cosiddetto "espressivismo" della pena per i crimini internazionali, M.A. DRUMBL, *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press 2007, 173; D. GOLASH, *The Justification of Punishment in International Context*, in L. MAY - Z. HOSKINS (a cura di), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press 2010, 201 - 223, 217; M. OSIEL, "Why Prosecute? Critics of Criminal Punishment for Mass Atrocity", in *Human Rights Quarterly*, 2000, 118 - 147.

⁹⁸⁰ Per un'analisi completa, W. KANSTEINER, *In pursuit of German Memory*, cit. Fra i momenti politici più noti, vi è sicuramente il c.d. *Warschauer Kniefall* del 1970, quando il cancelliere della Repubblica Federale, Willy Brandt, si inginocchiò davanti al monumento alla rivolta del ghetto di Varsavia, nella piazza della città oggi a lui dedicata.

in onda della serie tv *Holocaust*⁹⁸¹ nel 1979⁹⁸². Tuttavia «è solo dal 1986, con il confronto tra Jürgen Habermas ed Ernst Nolte, che lo sterminio diviene un elemento essenziale della riflessione pubblica in Germania, pur non essendo mai stato negato in precedenza»⁹⁸³. Successivamente la Germania ha intrapreso un percorso di elaborazione del passato⁹⁸⁴, che ha conosciuto alcuni momenti pubblici molto

⁹⁸¹ *Holocaust (Olocausto)* di Marvin J. CHOMSKY, USA 1978.

⁹⁸² Il fenomeno alimenta la riflessione del filosofo Günther ANDERS (G. ANDERS, *Dopo Holocaust, 1979*, Torino, Bollati Boringhieri 2014). Per un'analisi dell'impatto (molto limitato) della stessa serie in Italia (dove è andata in onda nel 1979 su Rai 1), D. BIDUSSA, *Prefazione, ivi*, 1 - 21, il quale afferma «la più grande sconfitta di *Holocaust*, in particolare nel caso italiano, [...] è che non apre una riflessione ponderata sulla nostra storia nazionale. Né in ambito italiano, né nell'opinione pubblica [...]. Questo è talmente vero che perché il mito del bravo italiano s'imponga come tema di discussione storiografica, prima ancora che civile, occorrerà attendere gli anni novanta. Sarà il passaggio dalla Prima alla Seconda Repubblica a proporlo» (*ivi*, 13). Si veda inoltre E. PERRA, "Narratives of Innocence and Victimhood. The Reception of the Miniseries «Holocaust» in Italy", in *Holocaust and Genocide Studies*, XXII, 2008, 411 - 440.

⁹⁸³ Cfr. D. BIDUSSA, *Prefazione*, cit., 16. Come afferma ANDERS, «chi aveva subito una sconfitta totale senza che venisse riconosciuta una vera disfatta neppure da parte degli alleati (perché ciò avrebbe potuto avere conseguenze politiche indesiderate), ne aveva abbastanza di passati e di futuri millenari, desiderava piuttosto un *presente*: casa, cibo, televisione, viaggi, sesso, insomma *consumo*. Mentre questi desideri storici venivano soddisfatti rapidamente, in modo straordinariamente rapido, e in misura mai vista prima (o meglio, mentre questi desideri venivano appagati in quel modo) i tedeschi non guardarono avanti. Si lasciarono invece *trascinare da una tempesta della storia che non era la loro*, nel migliore dei casi furono trascinati *costoricamente* con un altro soggetto storico. Il consumo non è in relazione né con il passato né con il futuro, giacché il consumatore non è né un pianificatore orientato al futuro né un nostalgico che rimpiange il passato. Nonostante la quantità di avvenimenti accaduti negli ultimi trentacinque anni, la Germania era diventata di fatto *astorica*» (cfr. G. ANDERS, *Dopo Holocaust*, cit., 31).

⁹⁸⁴ ANDERS contesta l'uso di tale espressione, in quanto «l'obiettivo non è "guarire" ma "essere lacerati" [...] il turbamento è, di fatto, la condizione per una possibile "guarigione" morale» (*ivi*, 42). L'Autore contesta l'uso del termine "elaborazione" per tre motivi:

- 1) trattandosi di casi di partecipazione su ordine del superiore, la mera partecipazione «non lascia alcuna traccia nel foro interiore del singolo» (*ivi*, 44);
- 2) «si tratta perlopiù di atti talmente *smisurati* che ogni tentativo di confrontarsi moralmente con essi non può che fallire» (*ibidem*);
- 3) «perché gli esseri umani *possono ricordare* o immaginare [...] solo *ciò che sono in grado di controllare linguisticamente*: dunque perché *la sensibilità e il ricordo hanno limiti segnati dalla esperienza linguistica*» (*ivi*, 45).

Da ciò l'Autore deduce che «se vogliamo davvero fare in modo che nessuno di noi faccia qualcosa di simile a qualcun altro, o che rimanga anche soltanto in un silenzio di connivenza, allora dobbiamo reiterare all'infinito, nonostante i ripetuti scacchi, i nostri sforzi d'immedesimazione» (*ivi*, 51). In questo senso si comprende come lo spagnolo CERCAS ritenga che la migliore traduzione per il termine tedesco *Vergangenheitsbewältigung* sia «il superamento del passato mediante la sua revisione permanente» (cfr. J. CERCAS, *L'impostore*, cit., 289). Da qui, ANDERS, in continuità con le riflessioni della collega ed ex moglie Hannah ARENDT, individua il centro della riflessione in quello che la ARENDT indica come problema morale del male, ossia l'impatto dell'ideologia sull'individuo e sul suo pensiero critico. Con le parole di ANDERS, «quando un essente (l'ariano) incarna per natura e in modo

irrevocabile il bene, e un altro essente (l'ebreo), incarna altrettanto naturalmente e in modo irrevocabile il male, allora non c'è *più posto per la libertà* (l'opzione tra il bene e il male), e ciò in modo altrettanto irrevocabile; e in modo altrettanto irrevocabile, non esiste *più alcuno spazio* per il *dovere morale*, che da quel momento viene schiacciato, per così dire, tra l'essere e il dovere coatto. Proprio questo fu l'obiettivo della dittatura nazionalsocialista. *Dove regna il dovere coatto non può esistere alcun dovere morale*. L'ariano, in quanto *tale*, *deve* fare ciò che ha da fare. Viceversa l'ebreo, in quanto *tale*, *deve* soffrire come *è tenuto* a fare» (cfr. G. ANDERS, *Dopo Holocaust*, cit., 76). Si può notare l'affinità con le conclusioni cui giunge la ARENDT, secondo la quale alla base del totalitarismo vi è una deresponsabilizzazione che riduce e inibisce il pensiero critico e il libero arbitrio, che si fonda sull'attitudine a distinguere il bene dal male, laddove invece libertà e democrazia presuppongono sempre un'assunzione di responsabilità. Con le parole di ANDERS, «è ben vero che possiamo fare la bomba all'idrogeno, ma non siamo in grado di raffigurarci le conseguenze di quel che noi stessi abbiamo fatto [...] con le bombe possiamo distruggere centinaia di migliaia di uomini, ma non compiangere o rimpiangere» (citazione contenuta in S. FABIAN, *Postfazione*, *ivi*, 84 - 97, 93, da G. ANDERS, *L'uomo è antiquato*, I: *Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, Torino, Bollati Boringhieri 2007, 24). Per l'Autore quindi il totalitarismo è tutt'altro che un fenomeno unico, fuori dalla storia, al contrario «l'alba del totalitarismo meccanico» è minacciosamente prossima e noi, smarriti «figli di Eichmann», «già oggi siamo immersi nel suo campo gravitazionale»» (*ibidem*, citazioni da G. ANDERS, *Noi figli di Eichmann*, Firenze, Giuntina 1995, 61). Lo scenario ipotizzato è dunque quello della «scissione tra la facoltà di “produrre” (*herstellen*) e quella di “rappresentare” (*vorstellen*) ciò che produciamo - che costituisce - l'incolmabile scarto che esonera l'uomo dalla sua responsabilità del reale, del gesto, qualunque sia l'esito di un bottone premuto o di un ordine di servizio» (*ivi*, 92). Di nuovo, in termini poetici, si tratta dello scenario già delineato nel citato brano di Bob DYLAN del 1964, *With God on our side*: «But now we got weapons/ Of the chemical dust/ If fire them we're forced to/ Then fire them we must/ One push of the button/ And a shot the world wide/ And you never ask questions/ When God's on your side» (cfr. B. DYLAN, *With God on our side*, cit.). Ivi il concetto di Dio trascende il significato religioso; esso ricorda quel potere totale paventato da TOCQUEVILLE nel 1840 come possibile «lato oscuro» della democrazia: «se cerco di immaginarmi il nuovo aspetto che il dispotismo potrà avere nel mondo, vedo una folla innumerevole di uomini eguali, intenti solo a procurarsi piaceri piccoli e volgari, con i quali soddisfare i loro desideri. Ognuno di essi, tenendosi da parte, è quasi estraneo al destino di tutti gli altri: i suoi figli e i suoi amici formano per lui tutta la specie umana; quanto al rimanente dei suoi concittadini, egli è vicino ad essi, ma non li vede; li tocca ma non li sente affatto; vive in se stesso e per se stesso [...]. Al di sopra di essi si eleva un potere immenso e tutelare, che solo si incarica di assicurare loro i beni e di vegliare sulla loro sorte. [...] Rassomiglierebbe all'autorità paterna, se come essa avesse lo scopo di preparare gli uomini alla virilità, mentre cerca invece di fissarli irrevocabilmente nell'infanzia, ama che i cittadini si divertano, purché non pensino che a divertirsi. Lavora volentieri al loro benessere, ma vuole esserne l'unico agente e regolatore; provvede alla loro sicurezza e ad assicurare i loro bisogni, facilita i loro piaceri [...] non potrebbe esso togliere interamente loro la fatica di pensare e di vivere? Così ogni giorno esso rende meno necessario e più raro l'uso del libero arbitrio, restringe l'azione della volontà in più piccolo spazio e toglie a poco a poco a ogni cittadino perfino l'uso di se stesso [...] esso non spezza le volontà, ma le infiacchisce, le piega e le dirige [...] riducendo infine la nazione a non essere altro che una mandria di animali timidi e industriosi, del quale il governo è il pastore» (citazione contenuta in D. QUAGLIONI, *La sovranità*, cit., 91, da A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, Rizzoli 1992, 825). Si tratta di un vaticinio, la cui concretizzazione non può essere considerata esaurita nel fenomeno del totalitarismo della prima metà del '900, bensì essa costituisce un pericolo costante per la democrazia, il suo «lato oscuro» appunto. Come è stato osservato, «il “potere totale” [...] distrugge insieme il diritto e la politica stessa come relazione tra governanti e governati, nell'identificazione totale delle masse con il capo e nella spersonalizzazione e deresponsabilizzazione del dominio mediante l'anonimità degli uffici, scatenando una dinamica che la Arendt vedeva ormai trasmessa per contagio “nelle democrazie

significativi, come la partecipazione del cancelliere Schröder alle celebrazioni per il 60° anniversario del D-Day nel 2004 o l'inaugurazione di diversi monumenti commemorativi a Berlino, in particolare il *Denkmal für die ermordeten Juden Europas* in memoria delle vittime ebraiche ideato da Peter Eisenman ed inaugurato nel 2005 dopo un dibattito decennale⁹⁸⁵, seguito poi da quello per le vittime omosessuali nel 2008, per i Sinti e i Rom nel 2012 e per le vittime dell'Eutanasia nazista nel 2014. Tale confronto con il passato è segnato anche da una nuova fase giudiziaria negli anni recenti, che dura ancora oggi⁹⁸⁶. E' stato affermato che «la cultura della memoria è una delle migliori conquiste morali, politiche e sociali della Repubblica Federale di Germania»⁹⁸⁷.

5.4 Lo scenario post '89 e l'europeizzazione della memoria della Shoah

L'elaborazione del passato da parte della Germania rappresenta quindi un caso a sé stante. Nel panorama europeo l'Italia non pare tuttavia essere l'unico Paese la cui nuova identità si sia fondata su una semplificazione, su un mito fondante. Nemmeno una concezione come quella del *popolo dei morti*, sopra esposta, appare del tutto estranea allo scenario europeo, tanto che è stato giustamente osservato come

di massa”, per quanto “senza alcun terrore e per così dire spontaneamente” (cfr. *ivi*, 111, citazioni da H. ARENDT, *Che cos'è la politica?*, Milano, Edizioni di Comunità 1995, 10).

⁹⁸⁵ Con riferimento all'assoluta peculiarità di tale monumento, che non a caso si trova su una via chiamata *Hannah Arendt Straße*, E. TRAVERSO, *Il passato: istruzioni per l'uso*, cit., 57; E. HEINZE, “Historical memory is not about victims - it's about us”, in *Open democracy. Free thinking of the world*, 27 gennaio 2016, disponibile al seguente link: <https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/eric-heinze/historical-memory-is-not-about-victims-it-s-about-us>. In senso più critico Tony JUDT, nel passaggio riportato in D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 80. Tali monumenti ufficiali si aggiungono a molti altri sparsi per Berlino, che vanno dal mantenimento dei cartelli antisemiti nazisti, a mattonelle dorate presso la casa di ciascuna vittima (con indicazione di nome e date di nascita e morte), a cartelli che elencano i nomi dei campi di sterminio, preceduti dalla scritta «luoghi dell'orrore, che non possiamo mai dimenticare».

⁹⁸⁶ In particolare per il commento a uno dei processi più significativi, il caso di Ivan (John) Demjanjuk, in rapporto alla giurisprudenza precedente, G. WERLE - B. BURGHARDT, “La punibilità del complice nelle uccisioni di massa nei campi di sterminio nazisti - Il caso Demjanjuk nel contesto della giurisprudenza federale tedesca”, in *Ius17@unibo.it*, 2015, in pubblicazione.

⁹⁸⁷ Citazione di Horst MÖLLER, contenuta in D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 38; l'Autore commenta tale affermazione aggiungendo che ciò «è stato dimostrato di recente dall'umano benvenuto riservato dal governo conservatore di Berlino di Angela Merkel alle masse di rifugiati e migranti che vedono la Germania come una moderna terra promessa» (*ibidem*).

l'Europa sia in primo luogo «figlia della catastrofe»⁹⁸⁸ del secondo conflitto mondiale. Non si può quindi sostenere che il c.d. «alibi vittimario»⁹⁸⁹, consistente nell'attribuire ogni colpa alla Germania, sia stata una prerogativa solamente italiana (si veda il rapporto della Francia con Vichy o la concezione dell'Austria come «prima vittima» del nazismo). Questo è stato infatti «un prezzo direttamente proporzionale all'entità delle distruzioni e delle divisioni, un obolo di rimozione e falsificazione del passato recente versato per accelerare la ricomposizione di società civili uscite profondamente scosse dalla guerra»⁹⁹⁰.

E' tuttavia vero che l'amnesia autoassolutoria italiana non copre solo episodi di *collaborazionismo* durante l'occupazione nazista, ma si estende anche ai crimini di vent'anni di regime dittatoriale e di due anni di guerra civile.

In tutta Europa il paradigma memoriale crolla con la fine della Guerra Fredda, quando «i processi di rielaborazione delle narrative pubbliche nazionali si sono rimessi in moto, suscitando confronti anche aspri intorno alle vicende del primo cinquantennio post-bellico e provocando un conflitto politico e culturale per la ridefinizione delle memorie collettive»⁹⁹¹; la fine dei regimi comunisti in particolare sposta il piano della discussione dal concetto di antifascismo a quello di antitotalitarismo⁹⁹².

⁹⁸⁸ Espressione di J.F. SCHAUB, *L'Europe a-t-elle une histoire?*, Paris, Albin Michel 2008, 17.

⁹⁸⁹ Cfr. L. BALDISSARA, «Politiche della memoria», cit., 7.

⁹⁹⁰ *Ibidem*. JUDT parla delle rimozioni della questione della colpa come «prezzo pagato per questa deliberata e improvvisa mancanza di interesse nei confronti del passato europeo e la sua sostituzione con una «euro-ipocrisia» in varie forme» (cfr. T. JUDT, *The Past Is Another Country*, cit., 293).

⁹⁹¹ Cfr. L. BALDISSARA, «Politiche della memoria», cit., 8.

⁹⁹² BALDISSARA afferma che «il 1989 viene proponendosi rapidamente come un «anno zero» della storia europea, da cui rivolgere lo sguardo al XX secolo come all'epoca di una lotta senza quartiere tra totalitarismo e democrazia» (*ivi*, 10) e tuttavia aggiunge che «questo appare più un modo per delegittimare nel presente coloro che, soprattutto ad Est, sono accusati di essere gli eredi del passato comunista, piuttosto che di legittimare un progetto sul futuro. La storia è usata *contro* qualcuno, piuttosto che *a favore* di un disegno politico di riconciliazione» (*ivi*, 19). Nello stesso senso, già nel pieno del dibattito revisionista italiano, nel 1990, Luisa PASSERINI parlava di una storia «declassata a magazzino di suggestioni e richiami emotivi di natura elementare e primitiva (cfr. L. PASSERINI, «Il nuovo processo alla resistenza», in *Italia Contemporanea*, 1990, 181, 645 - 649) e della «retorica di una 'modernità' che trova in se stessa il proprio fondamento - e - spinge ancora alla «invenzione della tradizione», ma in negativo: in direzione di una delegittimazione del passato in nome di un presente idealizzato che non ammette alternative, neppure teoriche o ipotetiche. Il passato viene chiamato in causa in quanto 'diverso' dal presente, e su questa base condannato» (*ivi*, 648).

Su questa revisione si innestano due autonomi percorsi.

In primo luogo, vi è l'affermarsi della centralità della *Shoah* come tragedia universale ed unica⁹⁹³, che legge lo sterminio degli ebrei come l'espressione per antonomasia della violenza nazista, un male assoluto. Ciò giunge fino al contesto presente, in cui la «centralità di Auschwitz» pare arrivare a «inghiottire» la memoria dell'antifascismo⁹⁹⁴.

In secondo luogo, si registra un inedito protagonismo della vittima-testimone, trasformata in icona, legame vivente fra memoria collettiva e presente; ora sono «le vittime a occupare lo spazio un tempo riservato agli eroi - si ha - la glorificazione delle vittime prima ignorate e l'oblio degli eroi un tempo idealizzati»⁹⁹⁵. Scomparso il mito dell'eroe che lotta per cambiare le cose, il modello di uomo si identifica con l'uomo comune, soggetto passivo, costretto a subire su di sé gli effetti della Storia e del Potere. Quest'ultimo aspetto produce una conseguenza ulteriore, quella di vivere «il racconto biografico come la personalizzazione della storia, alla fine conta quell'individuo con nome e cognome, non conta lo scenario in cui quella storia è

⁹⁹³ Tale paradigma in Italia si impone tuttavia a livello mediatico solo dalla metà degli anni '90 (così S. FABIAN, *Postfazione*, cit., 20). Va sottolineato come invece precedentemente, in tutta Europa, «al ricordo delle vittime fra i propri connazionali corrispondeva un diffuso silenzio in relazione a quelle vittime che non venivano percepite come appartenenti alla nazione. Ciò è vero in particolare per le vittime dell'Olocausto. Il più grande crimine del regime nazionalsocialista e dei suoi collaborazionisti in tutta Europa è stato anche il meno discusso nelle memorie della guerra postbelliche» (cfr. S. BERGER, *Remembering the Second World War*, cit., 122).

⁹⁹⁴ Così G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit., 175. Sul tema anche D. BIFULCO, *Negare l'evidenza*, cit.

⁹⁹⁵ Cfr. E. TRAVERSO, *Il passato: istruzioni per l'uso*, cit., 15. Con la condanna di ogni ideologia, finita all'interno della categoria generale (e negativa) di totalitarismo, sono infatti i soggetti passivi a meritare l'attenzione e la gloria. Non quindi chi si è opposto al totalitarismo, bensì chi lo ha subito in maniera indifesa. Ciò anche in correlazione con una società che tende a configurarsi sempre più come formata da classi passive: pensionati, disoccupati, consumatori, percettori di prestazioni; coloro che SILVA SANCHEZ definisce «soggetti di benessere» (così J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, cit., 24). E' stato affermato che «il ventesimo secolo è quindi sulla buona strada per diventare un palazzo della memoria morale: una Camera degli Orrori Storica di valore pedagogico [...] incoraggiamo i cittadini e gli studenti a vedere il passato - e i suoi insegnamenti - attraverso il particolare vettore delle loro sofferenze personali (o dei loro antenati). Oggi l'interpretazione "comune" del passato è dunque composta da tanti frammenti di passati distinti, ognuno dei quali (ebreo, polacco, serbo, tedesco, asiatico-americano, palestinese, irlandese, omosessuale...) è caratterizzato da una condizione asseritiva e distintiva di vittima. Il mosaico conseguente non ci lega a un passato comune, ce ne allontana» (cfr. T. JUDT, *L'età dell'oblio*, Bari, Laterza 2009, 6). CERCAS usa l'espressione forte «ricatto del testimone» (J. CERCAS, *L'impostore*, cit., 263) e ricorda che «in *Guerra e pace* Tolstoj afferma che 'l'individuo che svolge un ruolo nell'evento storico non ne comprende mai il significato' » (*ivi*, 264).

avvenuta [...] la memoria ingloba in sé il passato»⁹⁹⁶. Il paradigma vittimario porta dunque con sé un paradigma commemorativo⁹⁹⁷, creando un orizzonte in cui si moltiplicano le vittime, ma il contesto si annebbia fino a scomparire e con esso gli autori dei crimini, che restano vaghi e indefiniti, così come del tutto irrilevante pare

⁹⁹⁶ Cfr. G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit., 149.

⁹⁹⁷ RIEFF si rifà al sociologo statunitense Jeffrey OLICK, secondo il quale «i movimenti sociali e altri gruppi identitari si rivolgono alle storie “represe” come fonti della propria coesione e come giustificazione dei propri programmi». Commenta l’Autore, affermando che «per Olick al cuore di questo spostamento vi è l’idea di Max Weber di una “teodicea dei non-privilegiati”» (cfr. D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 105); l’uso della sofferenza comune come fattore unificante era già stato individuato da Ernest RENAN (vedi *ivi*, 117) e tuttavia, secondo RIEFF, il fenomeno del vittimocentrismo attuale è differente, in quanto «in un’era in cui le grandi narrazioni dello Stato sono state o stanno per essere contestate, riviste o in alcuni casi rimpiazzate totalmente dalle agende, spesso in competizione fra loro, dei maltrattati, degli oppressi e degli esclusi dagli Stati e dalle classi e razze dominanti, dev’essere aggiunto che queste agende non sono solo rafforzate dalla sofferenza, come aveva compreso Renan, ma sono sostenute dal senso di vittimismo traumatizzato, sia da parte degli individui che delle collettività interessate. Spesso ciò è innocuo. Ma non sempre e questi sono i casi in cui bisogna tenere a mente che ci sono pochi fenomeni più incontrollabili socialmente e, quindi, più pericolosi politicamente di un popolo o un gruppo sociale che ritiene di essere una vittima» (*ibidem*). In tema di paradigma vittimario, da un punto di vista storico e filosofico: G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit.; E. TRAVERSO, *Il passato: istruzioni per l’uso. Storia, memoria, politica*, Verona, Ombre Corte 2006; D. GIGLIOLI, *Critica della vittima: un esperimento con l’etica*, Roma, Nottetempo 2014. Da un punto di vista giuridico, nella vasta letteratura straniera, si segnalano C. ELIACHEFF, D. SOULEZ LAVRIERE, *Il tempo delle vittime: come le vittime sono diventate i nuovi eroi della società democratica contemporanea*, Milano, Ponte alle Grazie 2008; M. DUBBER - B. SCHÜNEMANN (a cura di), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, Berlin, Heymann 2000. Nella letteratura italiana, per una sintesi ricognitiva del fenomeno A. PUGIOTTO, *Cortocircuiti da evitare. Dimensione costituzionale della pena e dolore privato delle vittime*, in F. CORLEONE - A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma, Ediesse 2012, 157 - 177. Per un quadro generale della situazione processualpenalistica della vittima a livello di giurisdizioni nazionali europee, di normativa europea, nell’ambito della giurisprudenza della Corte EDU e davanti alla Corte Penale Internazionale, si rinvia al volume L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’Unione e buone pratiche internazionali*, Padova, Cedam 2015; per lo statuto delle vittime nel sistema penale internazionale, si veda anche P. LOBBA, *Le vittime nel sistema penale internazionale*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 287 - 322; per l’evoluzione storica del ruolo della vittima nel processo penale italiano, G. TRANCHINA, “La vittima del reato nel processo penale”, in *Cassazione penale*, 2010, 4051 - 4060; ancora in ambito processualistico: L. PARLATO, “La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di “ascolto effettivo” nel procedimento penale”, in *Cassazione penale*, 2013, 3293 - 3315; S. ALLEGREZZA - H. BELLUTA - M. GIALUZ - L. LUPARIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, Giappichelli 2012; G. MANNOZZI - J. HENHAM, “Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un’analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell’ordinamento inglese e in quello italiano”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, 707 - 738. Estendono la riflessione dal piano processuale a quello sostanziale, M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene 2015; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 33 e ss. (nonché 116 e ss. con riferimento specifico alla giustizia di transizione); V. VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell’attuale giustizia penale europea*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, 97 e ss.

il legame fra quegli autori, la loro società di provenienza e la nostra società di provenienza. Vi è dunque una centralità di legame emotivo con le vittime, mentre non pare interessare il legame con i carnefici e con la società che li ha resi tali. Anzi, al contrario, è stato polemicamente suggerito che il confronto con quella società serva solo come specchio negativo, al fine di un'autocelebrazione della società commemorante⁹⁹⁸.

Non si può tuttavia comprendere questa duplice svolta, se non la si legge anche alla luce della politica di utilizzo della *Shoah* come fondamento politico dell'Europa, laddove «la scelta dell'Olocausto come orizzonte del male assoluto non è certo accidentale e dice molto delle realtà politiche europee dal 1989. Dopo la fine dell' "impero del male" comunista, il Terzo Reich venne elevato a nuovo standard del male politico [...], il Terzo Reich era il passato più utile. Le memorie dell'Olocausto sono servite a legittimare sia l'integrazione multiculturale, che gli interventi umanitari. Almeno fino all'11 settembre, sembrava che, dopo la fine della Guerra Fredda, l'integrazione e l'intervento umanitario fossero i due principali progetti politici dell'Europa (e in generale dell'Occidente) [...] Per entrambi gli scopi, l'Olocausto ha fornito un utile passato. Ciononostante, come è stato evidenziato da molto tempo dai critici, l'Olocausto è forse l'ultima forma di un accettabile, anche se negativo, Eurocentrismo»⁹⁹⁹.

⁹⁹⁸ TRAVERSO parla in questo senso di memoria della *Shoah* come «religione civile del mondo occidentale» e di identificazione con le vittime che porta ad un'autocelebrazione dell'Occidente e ad un'evasione dalla responsabilità morale e politica (così E. TRAVERSO, *Il passato: istruzioni per l'uso*, cit., 52 e ss.; qui l'Autore si rifà tuttavia al caso specifico della memoria della *Shoah* nella società statunitense, richiamandosi in particolare alle considerazioni contenute in P. NOVICK, *The Holocaust in American Life*, cit.). La declinazione della memoria come religione sia in ambito occidentale che islamico ed il conseguente rischio di una «guerra di civiltà» sono indagati da W. KASCHUBA, *Iconic Remembering and Religious Icons. Fundamentalist Strategies in European Memory Politics?*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), *A European Memory?*, cit., 64 - 75, ove si paventa il rischio di «guerre di religione mnemopolitiche» (ivi, 71). Sul tema della memoria come religione si vedano anche le conclusioni di Kerwin Lee KLEIN e Marianne HIRSCH, citate in J. KAYE, *Seeing Dark and Writing Light. Photography Approaching Dark and Obscure Histories*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), *A European Memory?*, cit., 98 - 114, 106. Sottolinea RIEFF che «il dramma sacro è l'antitesi di ogni politica decente. Una volta che viene invocato il sacro, non ci può essere più compromesso con gli avversari, solo la loro resa incondizionata. Nella misura in cui questa può essere ancora chiamata politica, è una politica totalitaria» (cfr. D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 103).

⁹⁹⁹ Cfr. J.W. MÜLLER, *On 'European Memory'. Some Conceptual and Normative Remarks*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), *A European Memory?*, cit., 25 - 37, 32. Sull'uso dell'Olocausto per giustificare l'intervento umanitario in Jugoslavia, S. BERGER, *Remembering the Second World War*, cit., 134. La dimensione politica della memoria della *Shoah* è evidenziata anche da PAKIER e STRATH, in particolare evidenziando il rapporto fra l'avvio del processo di europeizzazione della memoria della *Shoah* (con la dichiarazione di Stoccolma) da un lato ed il massacro di Srebrenica, il «secondo

La *Shoah* diventa dunque una forma di narrazione dell'Europa «*ex negativo*», un «mito fondante negativo»¹⁰⁰⁰. Si tratta di un processo realizzato attraverso molte tappe, che qui non possono essere elencate. Al riguardo basti menzionare, fra queste, il Forum Internazionale di Stoccolma sull'Olocausto del 2000 e la relativa dichiarazione, le celebrazioni per il 60° anniversario dell'apertura dei cancelli di Auschwitz nel 2005¹⁰⁰¹, la proclamazione nel 2008, da parte del Parlamento europeo, del 23 agosto quale *Giornata europea delle vittime dei crimini stalinisti e nazisti*¹⁰⁰², e la Decisione Quadro del Consiglio 28 novembre 2008, n. 2008/913/GAI, «sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto

genocidio europeo del ventesimo secolo», dall'altro. «In una prospettiva che enfatizza la costruzione della memoria come processo di contesa e negoziazione sociale, Srebrenica non viene intesa come esperienza traumatica, la cui discussione è preclusa per ragioni psicologiche e psicoanalitiche, bensì come un'atrocità passata sotto silenzio per ragioni politiche [...] uscendo dall'Europa, ma restando nell'emisfero occidentale, la discussione può essere estesa fino a includere Abu Grahib» (cfr. M. PAKIER - B. STRATH, *A European Memory?*, cit., 8). La dimensione politica che la memoria ha assunto, in generale, negli ultimi anni è evidenziata da KARGE anche con riferimento all'Europa orientale. In particolare si afferma che «l'Europa pare infine essere un 'attore' nel processo del fare i conti pubblicamente con il passato nell'Europa dell'Est [...] il principale esempio è probabilmente la Bosnia Erzegovina, dove [...] organizzazioni internazionali come l'Osce e la Nato, nonché le istituzioni dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa, si sono approcciate al 'management of memory' come strumento di prevenzione e risoluzione dei conflitti» (cfr. H. KARGE, *Practices and Politics of Second World War Remembrance. (Trans-)National Perspectives from Eastern and South-Eastern Europe*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), *A European Memory?*, cit., 137 - 146, 139). Ancora, è stato asserito che, a livello europeo, la *Shoah* consentiva «di legare il presente al passato, tentava di fungere da monito per il futuro, si proponeva di legittimare le istituzioni europee più che quelle nazionali - e conosceva il suo apogeo nella - Giornata della Memoria quale simbolo legittimante della costruzione unitaria europea» (Cfr. M. BRESCIANI, *La Giornata della Memoria è ormai storia*, in *Ricerche di Storia Politica*, 26 gennaio 2016, disponibile al seguente link: <http://www.ricerchedistoriapolitica.it/tra-passato-e-presente/la-giornata-della-memoria-e-ormai-storia/>).

¹⁰⁰⁰ *Ivi*, 36. Si aggiunge tuttavia che ciò «può facilmente trasformarsi in un'impresa di sentimentalizzazione del passato, arrivando, in maniera perversa, a trarne consolazione, rimanendo al tempo stesso politicamente passivi nel presente» (*ibidem*). Sul tema dell'Olocausto come mito fondante negativo anche C.F. STOKOHLM BANKE, *Remembering Europe's Heart of Darkness. Legacies of the Holocaust in Post-war European Societies*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), *A European Memory?*, cit., 160 - 173, 169.

¹⁰⁰¹ Per un'importante dichiarazione nello stesso anno da parte della presidenza dell'Unione Europea, K.G. KARLSSON, *The Uses of History And the Third Wave of Europeanisation*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), *A European Memory?*, cit., 38 - 55, 41. L'Autore in particolare ritiene che le politiche del ricordo costituiscano una "terza ondata" del processo di integrazione europea, dopo l'integrazione economica e quella politica; si tratta dell'integrazione culturale, che include un «amalgama di conoscenza, attitudini valori» (*ivi*, 38). In quest'ottica, la *Shoah* costituisce «il miglior esempio di canonizzazione della storia nel nome della dimensione europea» (*ivi*, 40).

¹⁰⁰² Nel 2012 è stata istituita anche la *Giornata europea dei Giusti*, fissata il 6 marzo.

penale»¹⁰⁰³. Ulteriori conferme del percorso si rinvencono nelle dichiarazioni degli organi europei degli anni successivi¹⁰⁰⁴.

Le “rinegoziazioni” post ‘89 della memoria della seconda guerra mondiale, da un lato e le politiche europee relative alla *Shoah*, dall’altro, hanno portato, a partire da metà degli anni ‘90, a un’esplosione del tema della memoria. Si è parlato di una vera e propria «*malaise de la mémoire*» o «ossessione commemorativa»¹⁰⁰⁵; altre espressioni utilizzate sono state «*memory boom*»¹⁰⁰⁶, «industria della memoria»¹⁰⁰⁷, «ossessione per il culto della memoria»¹⁰⁰⁸, «ipertimesia»¹⁰⁰⁹. Tale fenomeno ha

¹⁰⁰³ Si veda E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., 69. Con essa l’Unione Europea ha invitato gli Stati membri ad adottare le misure necessarie, affinché siano incriminate e punite «l’apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana sia dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra quali definiti sia agli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale» [art. 1, c. 1, lett. c)], sia «dei crimini definiti all’articolo 6 dello statuto del tribunale militare internazionale, allegato all’accordo di Londra dell’8 agosto 1945» [art. 1, c. 1, lett. d)], «dirette pubblicamente contro un gruppo di persone o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all’ascendenza o all’origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto ad istigare alla violenza o all’odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro». Tale Decisione Quadro ha portato, da ultimo, all’introduzione dell’aggravante di negazionismo nel nostro Paese (cfr. *supra*, Cap. I, § 7).

¹⁰⁰⁴ Per un’elencazione, L. BALDISSARA, “Politiche della memoria”, cit., 15.

Messo in luce dunque il legame fra le politiche memoriali e il processo di integrazione europea, non è possibile tuttavia in questa sede interrogarsi sullo stato attuale e sull’evoluzione delle stesse, in rapporto alla fase che il summenzionato processo di integrazione sta attualmente conoscendo. Ci si limita qui a registrare l’opinione di chi parla di fallimento delle politiche memoriali della *Shoah* come mito fondante dell’Unione Europea (si veda M. PAKIER - B. STRATH, *A European Memory?*, cit., 12; M. BRESCIANI, *La Giornata della Memoria è ormai storia*, cit.).

¹⁰⁰⁵ Espressioni rispettivamente di Henry ROUSSO e Enzo TRAVERSO, citate in E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., 1.

¹⁰⁰⁶ Cfr. M. PAKIER - B. STRATH, *A European Memory?*, cit., 9.

¹⁰⁰⁷ Cfr. J. CERCAS, *L’impostore*, cit., 265; L’espressione è usata anche da Kerwin Lee KLEIN (K.L. KLEIN “On the Emergence of Memory in Historical Discourse”, in *Representations, Special Issue: Grounds for Remembering*, 127 - 150, citato in J. KAYE, *Seeing Dark and Writing Light*, cit., 106), nonché precedentemente da Pierra NORA (citato in D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 108). CERCAS usa anche l’espressione «tirannia della memoria» (cfr. J. CERCAS, *L’impostore*, cit., 289) afferma che il «kitsch storico è il risultato dell’industria della memoria» (*ivi*, 291), per poi sancire che ogni «storico serio», in quanto tale, dovrebbe essere «un nemico giurato dell’industria della memoria, così come un artista serio è nemico giurato dell’industria dell’intrattenimento» (*ivi* 295). Infine aggiunge che «paradossalmente, la celebrazione della memoria può significarne la sconfitta» (*ivi* 291).

¹⁰⁰⁸ Espressione di Tzvetan TODOROV, citata in D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 119. Molto clamore ha suscitato l’espressione «industria dell’Olocausto», che dà il titolo a un libro dello storico Norman FINKELSTEIN (cfr. N.G. FINKELSTEIN, *L’industria dell’Olocausto: lo sfruttamento della sofferenza degli ebrei*, Milano, Rizzoli 2002).

comportato anche un'enorme diffusione dell'uso del diritto al fine di intervenire sulla memoria storica¹⁰¹⁰; ciò è avvenuto sul piano legislativo (dalle leggi istitutive di giornate della memoria a quelle che criminalizzano il fenomeno negazionista), ma anche per il tramite del processo penale (si pensi ai già menzionati *juicios por la verdad* argentini o all'affermazione del diritto alla verità giustiziabile¹⁰¹¹) e civile (ad esempio nella *holocaust litigation*¹⁰¹²). Questa fase è caratterizzata dalla già menzionata tendenza ad un uso politico, commemorativo e vittimocentrico della memoria, tanto che si è parlato di memoria come “kitsch”¹⁰¹³; una memoria fortemente politica nella sua fondazione e al tempo stesso depoliticizzante per la società¹⁰¹⁴.

Tuttavia non si può liquidare questa evoluzione come una strategia politica studiata a tavolino. Sicuramente, come evidenziato, la tendenza è stata seguita e cavalcata dal potere politico, sia a livello nazionale che sovranazionale, ma non è

¹⁰⁰⁹ Espressione di David RIEFF (*ivi*, 120). In ambito medico, l'ipertimesia è una sindrome in cui gli individui posseggono una memoria autobiografica superiore alla media. L'Autore utilizza il termine medico per indicare come il culto della memoria sia diventato una sorta di *fetish* (*ibidem*).

¹⁰¹⁰ Sul tema M. PAKIER - B. STRATH, *A European Memory?*, cit., 9.

¹⁰¹¹ Cfr. *supra*, Cap. II, § 7.2.4 e Cap III, § 4.

¹⁰¹² Cfr. *supra*, Cap. I, § 4.2.4.3.

¹⁰¹³ Secondo CERCAS, «kitsch è, in poche parole, una menzogna narcisistica che nasconde la verità dell'orrore e della morte» (cfr. J. CERCAS, *L'impostore*, cit., 178). Anche RIEFF afferma che «la commemorazione quasi sempre scivola in maniera precaria molto vicino al kitsch» (cfr. D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 80) e riporta la definizione di “kitsch” fornita da Milan KUNDERA: è il caso in cui tutte le risposte «sono date in anticipo, [precludendo] ogni domanda» (*ibidem*).

¹⁰¹⁴ «La costruzione di memorie collettive ha una dimensione di strumentalizzazione politica nella quale il *memory boom* può essere sfruttato come viaggio nostalgico nel passato al fine di evitare la discussione sul futuro. In questo senso, le ‘politiche memoriali’ hanno un impatto depoliticizzante che corrisponde alla depoliticizzazione della retorica della globalizzazione, la quale, così come il *memory boom*, è emersa come reazione alla fine della Guerra Fredda. La memoria diventa un'alternativa al progresso [...] e sostituisce le domande critiche sul presente e sulla situazione economica e politica. Il ruolo crescente della storia come kitsch, disconnesso dalle strutture politiche, sociali ed economiche, è un altro esempio di un uso strumentale del passato. Questo approccio alla memoria non ricerca responsabilità per il passato, mentre al contrario lo fa la memoria quando viene trattata come storia» (*ibidem*). Afferma CERCAS: «chi domina il passato domina il presente e domina il futuro» (cfr. J. CERCAS, *L'impostore*, cit., 180) e a questo proposito l'Autore non ritiene contraddittorio l'uso della memoria come kitsch e l'enfasi sulla verità: «l'enfasi sulla verità denuncia il bugiardo. Veramente, ogni enfasi è una forma di occultamento, o di inganno. Una forma di narcisismo. Una forma di kitsch» (*ivi*, 230) e sintetizza la fase dell'industria della memoria come «cercare apparentemente di affrontare il proprio passato», mentre in realtà lo si stava affrontando «soltanto in parte, quanto bastava per poterlo dominare e non affrontarlo davvero e per poterlo utilizzare ad altri scopi» (*ivi*, 393).

possibile dimenticare che essa nasce dall'interno delle società europee. Ciò è avvenuto anche su spinta dell'attivismo, sempre più influente, di organizzazioni di vittime, a volte costituenti delle vere e proprie lobby in grado di esercitare pressione sul legislatore al fine di ottenere un riconoscimento ufficiale delle sofferenze patite e della propria narrazione degli eventi passati¹⁰¹⁵.

5.5 Lo scenario italiano post '89

Si è dunque delineato lo scenario europeo al termine della Guerra Fredda. Ci si chiede ora se questa evoluzione abbia coinvolto anche il paradigma memoriale italiano. Anche da noi, fra il crollo dell'"antifascismo ufficiale" con gli eventi post '89 e l'avvento delle politiche memoriali della *Shoah* all'inizio del XXI secolo, si è avuto un «intermezzo» di «antifascismo smarrito»¹⁰¹⁶. Del resto la transizione dalla Prima alla Seconda Repubblica ha comportato la rapida sparizione di «tutti i principali contraenti del "patto memoriale" fondativo della nostra Repubblica»¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁵ Si tratta di ciò che Pierre NORA ha definito la «democratizzazione» della storia, la quale, a parere dello stesso, «ha costituito la base etica per la subordinazione della storia alla memoria collettiva» (cfr. D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 64). «Ciò che è cambiato [...] è il fatto che, mentre fino agli anni '70 la memoria collettiva era prevalentemente monopolio statale, [...] ora diventa a portata di mano, con minoranze etniche, religiose e sessuali che contestano le ricostruzioni tradizionali condivise e ambiscono a modificarle, se non a trasformare interamente» (*ibidem*).

¹⁰¹⁶ Cfr. G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit., 46. In questa stessa fase si registra anche l'apertura al «paradigma vittimario», in quanto nel «patto memoriale della Seconda Repubblica - gli elementi portanti non sono più [...] valori da condividere in un unico spazio pubblico - valori resi peraltro meno omogenei e compartecipati dai dissidi di allora e dal permanere oggi dei loro effetti irreversibili - ma offese da sanare, ingiustizie da riparare, risarcimenti da offrire per espiare delle colpe» (cfr. A. CERETTI, *Lotta armata, vittime, conflitti e dissidi*, cit., 385) Le vittime (più che quelle della Seconda Guerra Mondiale saranno soprattutto quelle degli Anni di Piombo), diventano così «soggetti attivi nel patto che sigla la memoria pubblica» (*ibidem*) e tuttavia, anche coloro che portano avanti gli interessi a una maggiore partecipazione delle vittime in tal senso, si ritengono delusi dal nuovo quadro memoriale, affermando che l'immagine che ne deriva è quella «di una vittima che non si autoriconosce e non è riconosciuta dall'opinione pubblica nel ruolo, quasi sacrale, di depositaria - in funzione risarcitoria e di alleggerimento dei sensi di colpa - di quell'universo memoriale che sarebbe capace di "tenere insieme" in nostro Paese. Si materializza, al contrario, una rappresentazione stereotipata che la identifica nei rancori, nelle rivendicazioni [...] senza dimenticare che le vittime [...] sono messe dai media in competizione tra loro. [...] Scrive Manlio Milani: "la mancata elaborazione di una memoria pubblica riconosciuta ha prodotto una visione in cui la Storia continua a essere strumento di lotta politica"» (*ivi*, 390).

¹⁰¹⁷ *Ibidem*. Sul tema, L. PASSERINI, "Il nuovo processo alla resistenza", cit., in particolare 646.

In particolare, il venir meno del mito della Resistenza, custodito dal PCI, ha consentito studi storiografici che hanno goduto di maggiore libertà, ma al tempo stesso ha portato alla luce diverse opere revisioniste, molte delle quali prive di supporti documentali e aventi funzione prettamente delegittimante¹⁰¹⁸. In questa fase si registrano infatti tentativi di “defascistizzazione retroattiva” del regime¹⁰¹⁹, anche attraverso il confronto con la “grandezza” della *Shoah* e recuperando il mito degli italiani come “salvatori di ebrei”¹⁰²⁰.

Al tempo stesso, tale procedimento si è realizzato anche per il tramite della già menzionata sostituzione del concetto di antifascismo con quello di antitotalitarismo, che include, oltre a nazismo e fascismo, anche il “comunismo reale”¹⁰²¹. Una tendenza che, come visto, si iscrive nel quadro europeo degli stessi anni.

¹⁰¹⁸ Su questa fase, F. FOCARDI, *Rielaborare il passato*, cit.; sulle diffamazioni, in questo periodo, nei confronti dei gappisti autori dell’attentato di via Rasella e sui conseguenti processi, G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH, “Judicial “Truth” and Historical “Truth”, cit., 871.

¹⁰¹⁹ Espressione di E. GENTILE, *Fascismo*, cit., VII.

¹⁰²⁰ PERRA ha parlato di «Legittimazione del Fascismo attraverso l’Olocausto» (cfr. E. PERRA, “Legitimizing Fascism through the Holocaust?”, cit.). Cfr. *supra*, Cap. I, § 4.2.4.

¹⁰²¹ L’esempio è costituito, in Italia, da quella che PIVATO definisce «la vulgata berlusconiana» e che trova una sua espressione massima nell’intervista in cui Silvio Berlusconi, allora Presidente del Consiglio, affermò che «Mussolini non ha mai ammazzato nessuno [...] mandava la gente in vacanza al confino» (cfr. S. PIVATO, *Vuoti di memoria*, cit., 83), nonché la proposta dello stesso di sostituire la festività del 25 aprile (1945) con quella del 18 aprile (1948) data delle elezioni politiche che portarono alla vittoria della Democrazia Cristiana e all’uscita (definitiva nella storia italiana) del PCI dal governo. Tale data viene definita da Berlusconi come «data in cui nascono in Italia la democrazia e la libertà» (*ivi*, 125). Tuttavia l’Autore fa notare come siano gli stessi partiti della Prima Repubblica i primi a volersi “liberare” del peso del proprio passato, sia quello glorioso che quello negativo, non potendo operare separazioni. Ciò vale per il lungo percorso di Gianfranco Fini per traghettare il suo partito dall’MSI ad Alleanza Nazionale (un percorso che vedrà dichiarazioni pubbliche di condanna della *Shoah* e visite ufficiali alle Fosse Ardeatine ed in Israele), ma vale parallelamente anche per il passaggio dal PCI al Partito Democratico della Sinistra (PDS), ove si registra una vera e propria «ansia di dichiararsi postcomunisti» (*ivi*, 103). Ciò porta ad un improvviso disinteresse per riferimenti culturali classici come Gramsci, che continua ad essere molto studiato all’estero e viene paradossalmente indicato fra i riferimenti del ‘900 da parte di Alleanza Nazionale (*ivi*, 105). Conseguono anche prese di posizione come la condanna, da parte di Massimo D’Alema, dell’uccisione di Mussolini (*ibidem*) o la proposta di Luciano Violante di riconsiderare chi aveva combattuto «dalla parte sbagliata» al fine di costruire «valori condivisi» (*ivi*, 106). Interventi che provocano reazioni stizzite solo in vecchi militanti comunisti (i quali parlano di «silenzio dei comunisti» sul proprio passato; si veda V. FOÀ - M. MAFAI - A. REICHLIN, *Il silenzio dei comunisti*, Torino, Einaudi 2002, citato *ivi*, 103; parimenti Giorgio BOCCA critica il silenzio degli ex comunisti di fronte al «giornalismo anticomunista - che - pubblica e ripubblica memorie di segretari o reggicoda di Togliatti per descrivere lui e il suo partito come dei sicari di Stalin, come se non fosse stato il partito della ricostruzione, delle lotte operaie e contadine, della lotta al terrorismo» cfr. G. BOCCA, “Giù le

Tuttavia l'Italia presenta una dimensione peculiare rispetto al resto d'Europa. Se è vero, come sottolineano diversi storici¹⁰²², che l'amnesia delle responsabilità nazionali e la riduzione della colpa in capo alla Germania è un'esperienza comune a tutti i Paesi europei, si è già detto che l'Italia non ha posto nell'oblio solo l'esperienza del *collaborazionismo*, bensì i crimini di vent'anni di regime e di due anni di guerra civile. Il divario fra Italia e Europa aumenta ulteriormente nel quadro memoriale post '89. E' vero infatti che anche in Italia viene posto in discussione il precedente patto memoriale e si ha una fase di «interregno, un momento fra miti in cui le vecchie versioni del passato sono ridondanti o inaccettabili, e delle nuove versioni devono ancora apparire»¹⁰²³. E', però, anche vero che nell'Europa occidentale (più complessa invece la questione ad Est) questo interregno viene utilizzato per contestare l'autoassoluzione dei precedenti patti memoriali e per ripensare le responsabilità nazionali. Casi emblematici sono ad esempio quelli della Francia rispetto a Vichy¹⁰²⁴ o quello dell'Austria¹⁰²⁵. Al contrario in Italia questa fase produce, come visto, una riabilitazione postuma del regime, un revisionismo che

mani da Berlinguer”, in *L'Espresso*, 12 settembre 2003, citato *ivi*, 108). Conclude l'Autore: «in realtà ciò che è accaduto dall'inizio degli anni Novanta, a seguito del crollo dei partiti della cosiddetta Prima Repubblica, è stata una ridefinizione dell'identità dei partiti nati sulle ceneri di Tangentopoli. [...] E nella composizione delle nuove formazioni politiche non poca parte ha avuto una “lottizzazione” della memoria storica attraverso la riscrittura del nostro passato recente e meno [...] all'emergere della “nuova politica” ha fatto da contrappunto la proposta di una “nuova storia” urlata in televisione, esposta sui quotidiani, banalizzata nei dibattiti. Banalizzazioni, per l'appunto. Banalizzazioni che però si stanno trasformando in senso comune storico diffuso che poggia proprio sui vuoti di memoria delle nuove generazioni. [...] Ne è emersa una nuova vulgata non più tesa a capire il passato ma a legittimare il presente attraverso il passato. In ultima istanza a offrire attraverso la storia quarti di nobiltà a formazioni politiche del tutto nuove o verginità ad antiche formazioni che l'avevano persa [...] in una politica orfana delle certezze delle ideologie e tutta vocata al pragmatismo, il ricorso alla storia consente ai partiti di segnare differenze e identità» (*ivi*, 128 - 130).

¹⁰²² Si vedano i giù richiamati lavori di JUDT, BALDISSARA e BERGER.

¹⁰²³ T. JUDT, *The Past Is Another Country*, cit., 315.

¹⁰²⁴ Nel 1993 il presidente Chirac collegò per la prima volta alla Francia gli atti di Vichy e riconobbe il ruolo attivo dei francesi nelle politiche di sterminio dell'occupante tedesco, definendo tali condotte «*dette imprescrittibili*» (si veda S. BERGER, *Remembering the Second World War*, cit., 131; sul tema anche M. BATTINI, *La mancata Norimberga italiana*, cit., 128 e ss.).

¹⁰²⁵ Ciò avvenne per la prima volta sotto la presidenza di Kurt Waldheim (1986 - 1992), T. JUDT, *The Past Is Another Country*, cit., 305.

si traduce in una nuova e maggiore autoassoluzione e quindi, in definitiva, in un più ampio oblio¹⁰²⁶.

Appare evidente il principale fallimento della transizione italiana, che non sta tanto nella mancata punizione degli autori dei crimini, quanto nel non aver mai realmente voluto affrontare le responsabilità nazionali. Non ci si riferisce solamente agli effetti più tragici ed efferati della dittatura (i due anni di occupazione e guerra civile), bensì complessivamente al voler “fare i conti col fascismo”, con una dittatura ventennale che ha avuto il consenso della maggioranza della popolazione e di forze politiche ed economiche, che hanno continuato ad essere presenti nel tessuto sociale, anche nell’Italia democratica. Si tratta cioè di fare i conti con le oppressioni e i crimini che la società italiana ha prodotto, in Italia e all’estero, molti dei quali sono stati crimini di Stato, commessi cioè per il tramite dell’apparato statale italiano e in nome del nostro Paese. Non sembra, dunque, che la società italiana nel suo complesso abbia mai voluto realmente affrontare una siffatta operazione e fare realmente i conti con il regime¹⁰²⁷.

In questa prospettiva, dunque, il fallimento della transizione italiana non può essere imputato a Togliatti, a De Gasperi, a chi insomma ha ritenuto che «la cosa più urgente dopo una guerra è dimenticare la guerra»¹⁰²⁸. Come è stato affermato «l’oblio [...] non deriva dalla mancanza di accertamento giudiziale delle responsabilità, poiché la giustizia penale è individuale e il tentativo di utilizzarla per

¹⁰²⁶ Come osserva BERGER a proposito del lavoro di Renzo DE FELICE e del suo legittimare il fascismo tramite la *Shoah*, presentata come un fenomeno esclusivamente tedesco, «le leggi per la difesa della razza italiana del 1938 sono state convenientemente dimenticate, così come la guerra genocidiaria del 1936 in Etiopia, dove vi fu un diffuso uso di gas tossici» (cfr. BERGER, *Remembering the Second World War*, cit., 131). E’ stato inoltre affermato che nel «passaggio dalla Prima alla Seconda Repubblica [...] la memoria dell’Olocausto ha più l’aspetto di un uso politico della storia che non quello di una riflessione critica e autocritica sul passato, non ultima la crisi del paradigma antifascista» (cfr. D. BIDUSSA, *Prefazione*, cit., 13).

¹⁰²⁷ Sembra piuttosto che essa si sia limitata a rinnegarlo, quando esso era ormai sprofondato nella disfatta della guerra e della RSI. Al riguardo JUDT osserva correttamente: «l’esempio italiano pone una questione ulteriore, oscurata dall’aura che ha circondato la coalizione della Resistenza. Se Mussolini avesse scelto di restare fuori dalla guerra di Hitler e fosse riuscito a rimanere neutrale, non ci sono forse elementi per ritenere che il suo regime sarebbe sopravvissuto anche nella fase del dopoguerra? Il confronto con Franco non è implausibile come può sembrare; la breve storia dell’Italia come stato-nazione democratico ha fornito poche occasioni per la cementazione di abitudini democratiche o costituzionali» (T. JUDT, *The Past Is Another Country*, cit., 319).

¹⁰²⁸ Cfr. J. CERCAS, *L’impostore*, cit., 97; in fondo alla politica spetta di «individuare elementi e fattori di coesione tra i cittadini» (cfr. L. BALDISSARA, “Politiche della memoria”, cit., 18), specialmente nell’immediato dopoguerra.

l'ottenimento della "verità storica" è - per quanto si riproponga sempre - pericoloso. Non consegue nemmeno alla mancanza di sanzioni amministrative o civili nei confronti dei colpevoli, poiché a tal fine sarebbero stati comunque necessari processi, i quali avrebbero solo diminuito, ma non eliminato, le conseguenze che l'amnistia voleva evitare. Il problema è un altro: riguarda, precisamente, l'uso dell'amnistia fatto dalla classe politica e dalla maggior parte degli intellettuali nel senso di un'autoassoluzione, una rimozione delle responsabilità [...]. D'altro lato occorre chiedersi se di questo vada incolpata una generazione, la quale, nello sforzo di iniziare il faticoso e doloroso processo di ricostruzione postbellico, ha deciso di "occultare" la memoria al fine di plasmare un futuro comune, che è stato ancorato strettamente alle istituzioni repubblicane. Se si pensa agli oscuri e minacciosi sentimenti - di stampo razzista, fascista e antisemita - che si trovano nella società di oggi, siamo ben più colpevoli noi dei nostri genitori»¹⁰²⁹.

E' dunque più corretto dire che è la società italiana degli ultimi settant'anni, non quella immediatamente postbellica, nonché la sua classe politica, a non aver saputo «trovare un modo per chiudere i conti [...] elaborare un discorso sul passato volto a costruire il futuro»¹⁰³⁰.

Non volendo qui prendere posizione all'interno del summenzionato dibattito, circa l'esistenza o meno di un dovere di ricordare, si prende tuttavia atto di come l'Italia non abbia conosciuto una *transizione obliosa*, come in Spagna, bensì una *transizione amnesica*, caratterizzata da veri e propri vuoti di memoria. Non si è scelto di non ricordare, si sono dimenticate alcune porzioni di passato.

Se è vero che l'Italia non può essere considerata un caso del tutto eccezionale nel panorama europeo, residuano degli elementi di differenziazione. Siamo infatti di fronte a una nazione che dopo una dittatura ventennale e una guerra civile caratterizzata da crimini di elevata efferatezza, ha semplicemente "scordato" diverse parti, in particolare quelle relative alla propria responsabilità, conservando un'immagine vittimista e autoassolutoria del periodo bellico e non traendone una lezione critica da esercitare nei confronti della propria società del presente. Un'esigenza, quest'ultima, che il mancato ricorso alla sanzione penale avrebbe dovuto rendere ancora più doverosa.

¹⁰²⁹ Cfr. S. SEMINARA, "Die Aufarbeitung der faschistischen Vergangenheit in Italien", cit., 64.

¹⁰³⁰ Cfr. L. BALDISSARA, "Politiche della memoria", cit., 18.

Non si può ritenere tuttavia che la mancanza di un processo di “fare i conti” con il passato sia dipesa dai limiti della fase punitiva, interrotta a poco più di un anno dalla Liberazione. Una fase processuale, qualora sussista, può infatti offrire un contributo a tale processo, ma non certo esaurirlo. Se infatti il processo è un «addomesticamento per il tramite del rito»¹⁰³¹, di fronte alla portata dei crimini internazionali esso non riesce ad assumere totalmente la violenza al suo interno.

Non si può dunque far altro che denunciare l’incompletezza¹⁰³² della transizione italiana alla luce di tale prospettiva del “fare i conti”. Se da un lato non appare corretto ritenere un assenso passivo della società civile¹⁰³³, dall’altro si deve constatare l’assenza dell’adozione o anche solo della proposta di meccanismi alternativi al modello retributivo, al fine di fare realmente i conti con il fascismo¹⁰³⁴. Se infatti alla base del totalitarismo vi è una deresponsabilizzazione dei cittadini e un’inibizione della loro attitudine a discernere il bene dal male, la risposta più adeguata da parte della democrazia dovrebbe consistere in soluzioni che favoriscano la partecipazione critica e morale dei cittadini all’analisi della storia, delle cause e degli effetti e delle responsabilità. La libertà e la democrazia presuppongono infatti un’assunzione di responsabilità e solo accettando il rischio e il peso di questa responsabilità si può giungere a quella partecipazione civile che può essere vista come superamento del passato e rafforzamento della democrazia al tempo stesso. Ci si riferisce qui a un passato non assolutizzato, estraendolo dalla storia, ma affrontato

¹⁰³¹ Citazione di A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L’emergere di una giustizia internazionale*, Bologna, Il Mulino 2004, 130, contenuta in A. CERETTI, *Lotta armata, vittime, conflitti e dissidi*, cit., 385. Si rinvia inoltre all’analisi della posizione di Walter BENJAMIN sul tentativo del diritto di risolvere la violenza in seno a se stesso, contenuta in A. APONTE CARDONA, *La Colombia: un caso sui generis nell’ambito della giustizia di transizione*, in E. FRONZA - G. FORNASARI (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente*, cit., 177 e ss.

¹⁰³² Così anche E. FRONZA, *La poursuite*, cit.

¹⁰³³ A conferma di ciò si ricorda che negli anni in cui la transizione si sarebbe potuta mettere in discussione l’Italia era attraversata da conflitti sociali e politici profondi e talvolta degenerati in cieca lotta armata.

¹⁰³⁴ Con l’esclusione ovviamente della Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, la quale ha avuto un ruolo importantissimo. Essa tuttavia aveva un compito limitato (nella fattispecie indagare sul contenuto di tali fascicoli, sulle ragioni per cui essi sono stati ritrovati a Palazzo Cesi, sulle cause che avrebbero portato all’occultamento dei fascicoli e le eventuali responsabilità, sulle cause della eventuale mancata individuazione o del mancato perseguimento dei responsabili di atti e di comportamenti contrari al diritto nazionale e internazionale).

nella sua concretezza, senza aver paura di guardare in faccia l'umanità (se così può dire) di quegli orrori, prodotto in tutto e per tutto della nostra società di uomini. Un percorso di analisi di cause ed effetti avrebbe dunque potuto portare l'Italia a riflettere, oltre che sul passato, anche sul presente, perché, come è stato scritto, «l'esistenza degli ebrei non è affatto necessaria per lo scoppio dell'antisemitismo; [...] esiste un antisemitismo senza ebrei [...] chi vorrebbe combattere gli ebrei e non ne trova nessuno disponibile, molto probabilmente chiamerà ebrei altri gruppi diversi»¹⁰³⁵.

6. *Lo specchio della transizione degli anni '90*

Gli anni '90 sono dunque un momento di ridefinizione del patto memoriale relativo alla seconda guerra mondiale, anche se con tempi e modalità spesso confusi e contraddittori. Al tempo stesso, tali anni costituiscono in tutto il mondo un vero e proprio terremoto politico, conseguente alla fine della Guerra Fredda. Attorno al 1989 (in alcuni Paesi in anticipo), il permanere di regimi dittatoriali o repressivi, pensati nell'equilibrio fra le due Superpotenze, perse il proprio senso e molte transizioni alla democrazia presero il via; esse furono seguite, dopo la caduta definitiva dell'U.R.S.S., dalle transizioni nell'Europa orientale. La terza fase di giustizia di transizione¹⁰³⁶ produsse dunque moltissimi modelli differenti per affrontare il passato. Il crollo dell'Unione Sovietica ebbe tuttavia effetti anche nell'area occidentale e in particolare in Italia, il Paese che più di tutti aveva risentito della divisione in blocchi. Ciò non solo per la presenza del più grande partito comunista dell'Occidente, ma anche per la connotazione anticomunista degli altri partiti¹⁰³⁷. Con la crisi dei partiti e nello specifico con la scomparsa, in un paio

¹⁰³⁵ Cfr. G. ANDERS, "Il mio ebraismo", in *Linea d'ombra*, 19, 1978, citazione contenuta in S. FABIAN, *Postfazione*, cit., 97.

¹⁰³⁶ Cfr. *supra*, Cap. I, § 1.

¹⁰³⁷ Sostiene PORTINARO che l'impatto della fine della Guerra Fredda «era inevitabile [...] in Italia, un paese nel quale, per il tradizionale radicamento delle subculture politiche (cattolica e comunista) e per la natura della loro reciproca legittimazione, la svolta del 1989 doveva avere conseguenze di particolare portata» (cfr. P.P. PORTINARO, "Sull'illegittimità del nuovo", in *Teoria politica*, XI, 1, 1995, 17 - 44, 23). Si rimanda all'immagine della «democrazia assediata dal comunismo» proposta dalla Democrazia Cristiana (secondo la ricostruzione di M. DONDI, op. cit., 178); si rammenta inoltre che BODEI pone fra i cinque fattori che influenzano la storia italiana nella Prima Repubblica in particolare «c) la permanenza nello stato italiano del centro ufficiale della cattolicità [...]»; d)

d'anni, della Democrazia Cristiana, del Partito Comunista Italiano e del Movimento Sociale Italiano, gli anni '90 segnano una rottura improvvisa, un cambio di valori, una messa in discussione dell'intera società, come dimostrato dal mero esempio della memoria della seconda guerra mondiale¹⁰³⁸.

E' quindi scorretto ridurre il fenomeno della crisi sociale e politica degli anni Novanta alla sola *Tangentopoli*, intesa come insieme di indagini giudiziarie che hanno avuto ad oggetto «sistema degli appalti; finanziamento dei partiti; conseguenti rapporti fra imprenditori e politici; degenerazione clientelare delle istituzioni amministrative, e così via dicendo»¹⁰³⁹. Si tratta, invece, di un fenomeno che presenta invero un «significato oltre il significato»¹⁰⁴⁰, che va oltre la repressione giudiziaria e financo oltre la messa in discussione del sistema di governo di una «classe politica fra le più stabili ed embricate al potere - la quale - ha creato un sistema illegale di rapporti tra governo, parlamento, pubblica amministrazione e società civile [...] un “controllo illegale della legalità, all'interno dell'ordinamento legittimo” [...] un contesto caratterizzato da un [...] profondo scollamento della dinamica della costituzione materiale dal quadro normativo sancito dalla costituzione formale»¹⁰⁴¹; un «evidente attentato alla Costituzione, letteralmente sovvertita da un ordinamento giuridico di tipo delittuoso»¹⁰⁴². Non è infatti affatto un caso che «la crisi del vecchio regime [...] è coincisa con i sommovimenti internazionali inaugurati dal fatidico 1989»¹⁰⁴³. Pertanto, «il gioco al massacro dei poteri dello stato, la spirale

l'inserimento nella sfera di influenza politica e, in parte, culturale degli Stati Uniti; e) la presenza del partito comunista più forte, ma anche più “liberale” dell'intero Occidente» (cfr. R. BODEI, *L'ethos dell'Italia repubblicana*, cit., 641; Cfr. *supra*, Cap. III, § 4.). Sul ruolo “di confine” dell'Italia nella Guerra Fredda, si consiglia la visione dell'intervista al Segretario di Stato statunitense Henry Kissinger in merito al possibile “compromesso storico” italiano, effettuata dalla televisione americana nel 1978 (*Henry Kissinger - On the Record*, di David BRINKLEY, USA 1978; inserita in traduzione italiana in coda al documentario di Rai Storia *Henry Kissinger. Un uomo alla sbarra*, versione italiana del documentario *The trials of Henry Kissinger*, cit.).

¹⁰³⁸ Si veda S. PIVATO, *Vuoti di memoria*, cit., 129.

¹⁰³⁹ Cfr. T. PADOVANI, “Il problema «Tangentopoli»”, cit., 448.

¹⁰⁴⁰ *Ivi*, 449.

¹⁰⁴¹ Cfr. P.P. PORTINARO, “Sull'illegittimità del nuovo”, cit., 19 (citazione da C.G. ROSSETTI, *L'attacco allo Stato di diritto. Le associazioni segrete e la Costituzione*, Napoli, Liguori 1994, 342).

¹⁰⁴² Cfr. T. PADOVANI, “Il problema «Tangentopoli»”, cit., 460.

¹⁰⁴³ Cfr. P.P. PORTINARO, “Sull'illegittimità del nuovo”, cit., 19.

della reciproca delegittimazione»¹⁰⁴⁴ non è che la punta dell'iceberg nel quadro di una transizione politica conseguente alla fine della Guerra Fredda.

La messa in discussione dei valori e la crisi di legittimità del sistema politico coincide anche con il venir meno di quella che è stata definita «la forza legittimante fondamentale che ha retto il sistema politico italiano»¹⁰⁴⁵: il riconoscimento che esso «pur a livelli di rendimento scadenti e secondo modalità prevalentemente clientelari, era in grado di soddisfare una domanda di benessere e di provvidenze largamente diffusa nella società»¹⁰⁴⁶. Il riferimento è a quel modello di sviluppo economico, che di fatto può effettivamente essere visto come collante del Paese, se lo si riconduce al mito della ricostruzione postbellica nell'ambito della sfera di influenza occidentale del piano Marshall e al conseguente boom economico; un «modello di sviluppo e di redistribuzione del reddito - che - non poteva più essere mantenuto, a causa dell'entità ormai insostenibile del disavanzo statale»¹⁰⁴⁷.

Tutto ciò spiega il quadro «giustizialistico» all'interno di una generale messa in discussione sociale e politica dei valori, di una «domanda di giustizia e riparazione verso la vecchia classe politica» e di una domanda di «rapporto fiduciario» diretto fra il capo del governo «e il popolo, la “gente”»¹⁰⁴⁸. Tale ultima dinamica si inserisce in un quadro «a livello planetario - di - personalizzazione della politica, come risposta (simbolica) al vuoto delle ideologie»¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁴ *Ibidem.*

¹⁰⁴⁵ *Ivi*, 23.

¹⁰⁴⁶ *Ivi*, 24.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁴⁸ *Ibidem.* Lo stesso passaggio dal concetto di “popolo” a quello di “gente” delinea il passaggio da una concezione attiva della popolazione alla summenzionata concezione della società come formata da classi passive: pensionati, disoccupati, consumatori, percettori di prestazioni, «soggetti di benessere» (così J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, cit., 24), base concettuale per il paradigma vittimario.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem.* Per la specificità del caso italiano dato dall'elezione di Silvio Berlusconi a capo del governo, nel 1994, l'Autore si richiama a L. FERRAJOLI, “Democrazia e Costituzione”, in *Ragion pratica*, 1994, 2, 230 - 231 e tuttavia lo riconduce, sul piano internazionale, «a una dinamica di personalizzazione della politica nell'ambito di una crisi del professionismo politico così profonda da indurre l'elettore ad attingere per il ricambio della classe di governo nel mondo dell'impresa» (*ivi*, 25).

La transizione degli anni '90 spiega dunque il passaggio al ventennio successivo della politica italiana come «risposta a una cittadinanza traumatizzata da Tangentopoli»¹⁰⁵⁰, con il “nuovo” che si qualifica non sulla base di ideologie o tradizioni, bensì sulla base di una «legittimità *ex aliorum delictum*»¹⁰⁵¹.

La vastità del fenomeno politico che sta alle spalle della stagione giudiziaria di *Tangentopoli*, viene colta da chi ritiene che il fenomeno meriti una «soluzione “eccezionale”», in quanto «i reati tipici [...] sono sostanzialmente inadeguati a cogliere la natura del fenomeno cui vengono riferiti»¹⁰⁵², anzi «il “tipo” più che lacerato, è andato distrutto»¹⁰⁵³.

La soluzione politica viene invocata in primo luogo a fronte della «necessità di assicurare una perequazione “cognitiva”, e cioè un accertamento tendenzialmente integrale: se è il sistema ad essere coinvolto, è il sistema che deve emergere».

In secondo luogo la si invoca a fronte di una «emergenza politica», consistente nel fatto che «i fatti di corruzione [...] hanno assunto un contenuto offensivo multiforme, investendo l'integrità dell'economia nazionale, il corretto funzionamento del mercato, la tenuta stessa della compagine istituzionale, con “effetti dirompenti sulla “tenuta” del patto sociale”»¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁵¹ *Ivi*, 27.

¹⁰⁵² Cfr. T. PADOVANI, “Il problema «Tangentopoli»”, cit., 454.

¹⁰⁵³ *Ivi*, 460. Per una dettagliata riflessione sul tema, si rimanda a G. INSOLERA, “Le proposte per uscire da Tangentopoli”, in *Critica del diritto*, 1995, 17 - 33, anche per ulteriori rimandi bibliografici.

¹⁰⁵⁴ Cfr. T. PADOVANI, “Il problema «Tangentopoli»”, cit., 456 [citazione da “Note illustrative alle proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell’illecito finanziamento dei partiti”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, 919 e ss.; tali note illustrative precedono le proposte (1025 e ss.) elaborate da alcuni magistrati della Procura di Milano e da docenti universitari ed avvocati di quel foro]. Sul tema, anche V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., 279, nonché le seguenti opere (citate *ibidem*): S. MOCCIA, “Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, 463 e ss.; D. PULITANÒ, “La giustizia penale alla prova del fuoco”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 3 e ss.; C. LONGOBARDO, “I progetti per uscire da Tangentopoli”, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2000, 288 e ss. In particolare INSOLERA indica i limiti dell'uso del delitto e politico e, più in generale, del diritto penale: «una lettura eticizzante, tipica proprio del delitto politico, che necessariamente prevede l'annientamento dell'avversario nei sistemi totalitari, ovvero il suo ritorno alle regole in quelli liberal-democratici: che comunque contempla l'estinzione della trasgressione. Paradigma questo che non si presta ad una formulazione generalizzata che coinvolga l'intero sistema penale, quantomeno finché lo si concepisca, in un'eccezione utilitaristica, come ragionevole e proporzionata tecnica di controllo sociale e di orientamento del comportamento dei consociati. In questi termini non è prospettabile una estinzione della criminalità» (cfr. G. INSOLERA, *Il nuovo delitto*

La necessità di affrontare il fenomeno con strumenti di tipo transizionale, viene tuttavia avvertita principalmente da chi, per la “uscita da Tangentopoli”¹⁰⁵⁵, propone il ricorso ad una cripto-amnistia, contenuta nel progetto di depenalizzazione del finanziamento illecito ai partiti del c.d. Decreto Conso-Amato¹⁰⁵⁶ del 5 marzo 1993. Tale provvedimento non viene tuttavia firmato dal Presidente della Repubblica, Oscar Luigi Scalfaro, e viene perciò ritirato.

Abbandonata questa via, l’uscita da Tangentopoli rimane nelle mani della magistratura, con i mezzi ordinari. Si è forse ben consapevoli che, quando fenomeni di criminalità di massa sono lasciati al sistema penale ordinario, il risultato è sempre una delusione¹⁰⁵⁷. Si lascia quindi che la magistratura porti avanti «il persistente ricorso alla supplenza giudiziaria: prima per aprire - attraverso i processi ai singoli - anche un processo al sistema, che il potere non ha saputo fare; ora per cercare di chiuderlo in qualche modo»¹⁰⁵⁸. Presto, dunque, «l’immagine di una giustizia forte,

politico e l’amnistia “pacificatrice”, in AA. VV., Il delitto politico. Tra storia e cronaca politica, Ancona, Nuove Ricerche 1996, 93 - 109, 100).

¹⁰⁵⁵ Espressione che dà il titolo a diversi lavori, fra cui G. NEPPI MODONA, “L’uscita da Tangentopoli”, in *La Repubblica*, 17 febbraio 1995, 6; G. INSOLERA, “Le proposte per uscire da Tangentopoli”, cit.

¹⁰⁵⁶ Dal nome del ministro della giustizia, Giovanni Conso, e del Presidente del Consiglio, Giuliano Amato. In realtà non si tratta di una vera e propria amnistia, quanto di una ridefinizione della materia sul piano dell’illecito amministrativo; ad un disegno di legge è poi affidata la soluzione transitoria per i reati connessi, con un patteggiamento allargato. Per un commento a tale proposta legislativa, *ivi*, 18. Quanto ad un ricorso generale all’amnistia, INSOLERA afferma che anche «l’amnistia per essere costituzionalmente coerente deve [...] confrontarsi con un criterio di ragionevolezza che giustifichi la rottura dell’eguaglianza in essa implicita. Le ipotesi formulabili (sopravvenuta carenza di disvalore sociale del fatto, transizione ad una nuova disciplina penale, disparità di trattamento conseguente ad oscillazioni giurisprudenziali) [...], non ci sembrano in alcun modo riferibili alla presente situazione. Ancora una volta, forse, qualche spunto era rinvenibile nel cd. decreto Conso a proposito del finanziamento illecito ai partiti, con la scelta, tuttavia, di una risistemazione della materia accompagnata dalla depenalizzazione» (*ivi*, 33). Per una riflessione critica sulle possibilità di ricorso allo strumento dell’amnistia, A. GAMBERINI, “La giustizia penale nella politica”, in *Critica del diritto*, 1995, 13 - 16.

¹⁰⁵⁷ In questo senso H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 65.

¹⁰⁵⁸ Cfr. G.M. FLICK, “Un’amnistia per Tangentopoli”, in *La Repubblica*, 28 febbraio 1995, 12, citato in P.P. PORTINARO, *Introduzione*, cit., 31. Critico sulle possibili derive di una siffatta supplenza giudiziaria, sullo scontro fra procure ed esecutivo e sul nuovo ruolo del processo penale, V.M. ALBANO, “Tangentopoli o la “soave rivoluzione””, in *Critica del diritto*, 1995, 42 - 57. Egli in particolare ricollega il nuovo ruolo ipertrofico delle procure ad un «filone culturale, nato nell’epoca dell’emergenza terroristica, secondo il quale il processo penale è direttamente strumento di lotta nei confronti della criminalità: più l’attacco di questa si alza (sotto forma di criminalità organizzata, di corruzione politica, di illegalità diffusa), più è necessario “non badare troppo alle forme”» (*ivi*, 51).

senza macchia o paura, pronta ad abbattere il vecchio sistema politico, è venuta in contrasto con le croniche inefficienze della stessa, rischiando di privarla della legittimazione che aveva così velocemente conquistato ed ha rivelato la giustizia come un gigante dai piedi d'argilla»¹⁰⁵⁹.

Per quale ragione si richiama la transizione degli anni '90 all'interno di un lavoro che analizza la transizione successiva alla seconda guerra mondiale? Il motivo è duplice.

6.1 Un elemento di differenza fra le due transizioni

Il parallelo con gli anni '90, in primo luogo ridimensiona la responsabilità del legislatore postbellico. Le attenuanti si muovono su un duplice piano: da un lato, negli anni '40 bisognava garantire la pace e la ricostruzione a un Paese lacerato umanamente, fisicamente ed economicamente, in cui non vi era «una società di riserva»¹⁰⁶⁰; dall'altro, il panorama della giustizia di transizione era all'epoca molto grezzo e non offriva molte alternative fra la punizione e la non punizione sulla base della ragion di Stato, ossia fra giustizia penale e amnistia. Al contrario, negli anni '90 non solo non si esce da un conflitto armato, ma la giustizia di transizione ha già conosciuto e sta conoscendo, la sua fase più intensa e "creativa". In particolare vengono elaborati strumenti per affrontare il passato, che forniscono soluzioni intermedie fra la punizione e l'amnistia, dalle commissioni per la verità alle amnistie condizionate. Vi è quindi a disposizione un ventaglio di alternative. La limitazione del dibattito italiano alla scelta fra una depenalizzazione e il diritto penale ordinario, si dimostra quindi anacronistica e rivela la debolezza della classe politica italiana, incapace di affrontare il carattere politico della transizione¹⁰⁶¹. E' stato infatti

¹⁰⁵⁹ Cfr. S. ANASTASIA, "From the bottom of the bottle: justice, prison and social control in the Italian transition", in *Journal of Modern Italian Studies*, 2015, 20, 2, 213 - 217, 214.

¹⁰⁶⁰ Cfr. H. QUARITSCH, *Giustizia politica*, cit., 171.

¹⁰⁶¹ Un (mite) tentativo di proposta intermedia può essere considerato quello formulato Giovanni Maria FLICK sulle pagine de *Il Sole 24 Ore*. Egli propone un'amnistia condizionata (ad esempio per l'abuso di ufficio si propone la condizione della trasmissione degli atti alla Corte dei conti perché accerti e faccia risarcire il danno arrecato allo Stato; per la corruzione si ipotizza per il corruttore un obbligo di «rimborso, magari percentualizzato, del vantaggio economico»). Cfr. G.M. FLICK, "Un'amnistia rispettosa di Mani Pulite", in *Il Sole 24 Ore*, 2 marzo 1995, 4. Per un commento, G. INSOLERA, *Il nuovo delitto politico*, cit., 105.

correttamente affermato che «per applicare fattispecie di delitto politico a una criminalità intranea ai meccanismi di potere, e di questa portata quantitativa, è sempre necessaria una legittimazione politica “forte”: quella che i vincitori hanno sui vinti. Ma in Italia una tale legittimazione è mancata del tutto [...] né si può pensare di costruire una tale legittimazione politica mediante lo strumento del diritto penale. Soltanto nella patologia di un delirio di onnipotenza si può attribuire al diritto penale la funzione di strumento prioritario di controllo sociale: ad esso si deve essenzialmente riconoscere soprattutto una funzione di limite [...] come strumento di controllo sociale, vale assai poco: è il più rozzo, il più doloroso, il più costoso e il meno efficace degli strumenti che una comunità civile può mettere in campo per orientare le condotte [...]. Non è dunque pensabile di riedificare una società civile a partire dagli strumenti offerti dal diritto penale»¹⁰⁶².

6.2 Un elemento di analogia e continuità

Questo aspetto conduce al secondo motivo di confronto fra le due transizioni, questa volta non in chiave di differenza, bensì in chiave di analogia. Pur nell'apparente diversità degli strumenti adottati nei due casi (l'amnistia nella prima transizione e nessun intervento nella seconda), è possibile individuare una costante della classe politica italiana nell'affrontare le transizioni politiche: un'abdicazione del legislatore dal proprio ruolo politico e un lasciare, in entrambi i casi, che la responsabilità della transizione (e le relative accuse) ricada sulla magistratura. Essa è, in entrambi i casi, l'unico attore (visibile) del processo transizionale. Si è già abbondantemente parlato di questo con riguardo alla prima transizione.

Nella seconda transizione, proprio dall'insofferenza venutasi a creare in seguito al ruolo di supplenza assunto dalla magistratura (nello spazio che la politica volutamente aveva lasciato libero), si è costruita la legittimazione della classe politica post *Tangentopoli*, che ha utilizzato i «rischi di alterazione dell'equilibrio istituzionale in direzione della democrazia giustizialista e della democrazia referendaria», propri della supplenza giudiziaria, «in chiave strategica»¹⁰⁶³, al fine di ottenere consenso e legittimazione a governare. Come è stato politicamente

¹⁰⁶² Cfr. T. PADOVANI, “Il problema «Tangentopoli»”, cit., 461.

¹⁰⁶³ Cfr. P.P. PORTINARO, “Sull'illegittimità del nuovo”, cit., 20.

evidenziato «a quei settori del passato regime più compromessi con Tangentopoli appariva ben chiaro che solo forze politiche formalmente nuove avrebbero potuto garantire una continuità sostanziale con il passato, evitando di mettere in atto quei propositi di moralizzazione necessari alla rigenerazione dei vecchi attori politici e disponendo anzi dell'apparente verginità politica»¹⁰⁶⁴. Ciò, dunque, in una sorta di gattopardesco «perché tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi»¹⁰⁶⁵.

Non si è avuta l'amnistia, ma l'uso del solo diritto penale ha portato forse ad una «amnistia strisciante, la più subdola e pericolosa»¹⁰⁶⁶ o quantomeno ad un mancato esperimento di soluzioni, che consentissero di «fare luce sull'intero continente sommerso del sistema della corruzione [...] a rimuoverne le cause - mediante - quel grado di coesione politica necessario al varo di una legge di chiusura dei conti con il passato»¹⁰⁶⁷. E di nuovo, anche con riferimento agli anni '90, la dottrina parla di transizione «incompiuta»¹⁰⁶⁸, «infinita»¹⁰⁶⁹, «*never-ending*»¹⁰⁷⁰, ovvero di «transizione che non c'è mai stata»¹⁰⁷¹. Ciò che manca è dunque, di nuovo, la volontà di fare luce sulla natura politica del problema, in un contesto di ricerca e diffusione della verità, ma anche di analisi delle cause per affrontarle nel futuro.

Coerente con tale ricostruzione è l'analisi di chi ricollega a Tangentopoli la cessazione dell'uso dell'amnistia nella Seconda Repubblica¹⁰⁷². Vi è infatti chi sostiene che da allora il legislatore abbia preferito trasferire la funzione di clemenza sulla prescrizione, trasformato in «istituto di clemenza anomala»¹⁰⁷³, che «supplisce

¹⁰⁶⁴ P.P. PORTINARO, *Introduzione*, cit., 30.

¹⁰⁶⁵ G. TOMASI DI LAMPEDUSA, *Il gattopardo*, Milano, Feltrinelli 1958.

¹⁰⁶⁶ G.M. FLICK, «Un'amnistia per Tangentopoli», cit.

¹⁰⁶⁷ P.P. PORTINARO, *Introduzione*, cit., 32; sul tema anche G. NEPPI MODONA, «I rischi dell'amnistia», in *La Repubblica*, 17 marzo 1995, 10, citato *ibidem*.

¹⁰⁶⁸ Cfr. U. GENTILONI SILVERI, «Italy's unfinished transition», cit., 189.

¹⁰⁶⁹ Cfr. G. PASQUINO, «Teorie della transizione», cit., 313.

¹⁰⁷⁰ Cfr. A. CENTO BULL, «The Italian transition and national (non)reconciliation», cit., 405.

¹⁰⁷¹ Cfr. M.J. BULL, «The Italian transition that never was», cit., 1; si veda anche J.L. NEWELL, «The man who never was? The Italian transition and 2008 election», in *Journal of Modern Italian Studies*, vol. 14, No. 4, 395 - 412, 395.

¹⁰⁷² Ci si riferisce a G. INSOLERA, «Le clemenze "anomale"», cit., in particolare 5 e ss.

¹⁰⁷³ *Ibidem*.

alla paralisi della clemenza» vera e proprio. Di nuovo si può dunque parlare di uno spostare le responsabilità, agli occhi dell'opinione pubblica, dal legislatore alla magistratura¹⁰⁷⁴.

L'Italia sembra seguire nuovamente un percorso già noto. Ciò è stato affermato in particolare in relazione a recenti tendenze memoriali relative a momenti fondamentali della Prima Repubblica, quali in particolare il terrorismo politico. Esse sembrano aver assunto una forma particolare, che rievocherebbe «il cammino seguito dopo la seconda guerra mondiale, quando i crimini fascisti, la guerra civile e la Resistenza furono oggetto di amnesia e amnistia [...] accompagnate da atti formali di ricordo»¹⁰⁷⁵: «il ricordo non si riferisce alla necessità di ricordare il violento conflitto, con le sue verità relative a vittime e autori, riconosciute pubblicamente e accertate giudizialmente; al contrario si riferisce alla necessità di ricordare *ciò che non è ancora conosciuto né propriamente accertato*»¹⁰⁷⁶. Questa descrizione rievoca certamente il ricordo della seconda guerra mondiale, che è, come detto, un ricordo amnesico in riferimento a diversi aspetti, che coincidono in particolare con le gravi responsabilità nazionali.

¹⁰⁷⁴ Afferma l'Autore che le clemenze "anomale" «suppliscono alla aborrita amnistia, ma utilizzano, per il raggiungimento degli stessi scopi, l'altrettanto aborrita prescrizione. Si potrebbe obiettare ancora in nome dell'emergenza e della crisi della politica che, come i famosi castori di Gramsci, si tagliò i testicoli nel '92» (*ivi*, 7).

¹⁰⁷⁵ Cfr. A. CENTO BULL, "The Italian transition and national (non)reconciliation", cit., 415.

¹⁰⁷⁶ *Ivi*, 410. Tale conclusione sembra richiamare un paradosso, ripreso dall'ironico artista contemporaneo britannico Harland MILLER, amante dei paradossi, il quale in una delle sue opere propone la scritta «*I'll never forget what I can't remember*» (Non dimenticherò mai ciò che non posso ricordare). Per riferimento all'opera e all'artista si rinvia a "Harland Miller - Tonight We Make History (P.S. I can't be there) - Blain Southern - Press Release", disponibile al seguente link: [http://www.blainsouthern.com/images/exhibitions/press_release_pdfs/59/original/Harland%20Miller%20We%20Make%20History%20\(P.S.%20I%20Can't%20Be%20There\)%20Press%20Release%20ENG%20UK.pdf?1458307825](http://www.blainsouthern.com/images/exhibitions/press_release_pdfs/59/original/Harland%20Miller%20We%20Make%20History%20(P.S.%20I%20Can't%20Be%20There)%20Press%20Release%20ENG%20UK.pdf?1458307825).

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Tirare le fila delle complesse questioni sollevate dalla transizione italiana, non è compito facile.

Si possono trarre prima di tutto delle conclusioni in relazione all'uso dell'amnistia.

In primo luogo, alla luce di profili prettamente penalistici¹⁰⁷⁷, l'*amnistia Togliatti* supererebbe oggi un *sindacato estrinseco*, relativo cioè alla compatibilità dello scopo perseguito con le finalità costituzionali del sistema di giustizia penale e con il principio di uguaglianza. Il fallimento si registra invece sul fronte del *sindacato intrinseco*, ossia della razionalità rispetto allo scopo. Il provvedimento presenta dei limiti nel criterio di selezione degli illeciti, in particolare per quanto riguarda la disciplina delle eccezioni; in questo modo si è trasferito sul giudicante un potere discrezionale che non gli compete e che comporta inevitabilmente valutazioni politiche, storiche, militari. Escludendo inoltre l'applicazione dell'art. 9 ai delitti politici, non si dà al giudice la possibilità di una soluzione intermedia fra la condanna integrale e la liberazione per amnistia; né vi è distinzione in base all'entità della pena edittale.

Su alcuni punti¹⁰⁷⁸ vi è una responsabilità indubbia della magistratura («Fatti di ... omicidio», ai «Fatti di ... saccheggio», «delitti compiuti a scopo di lucro»), altre volte invece la responsabilità del legislatore è palese («sevizie particolarmente efferate»), con un'illegittimità che dal piano intrinseco può spostarsi anche a quello estrinseco.

Tale responsabilità si aggrava, se si tiene conto che, alla luce del “gioco delle parti” fra legislatore e magistratura nella prassi applicativa delle amnistie nel Regno d'Italia, nonché alla luce della compromissione della magistratura (quasi per nulla epurata) con il regime fascista, non ci si poteva aspettare un atteggiamento diverso da parte dei giudici.

In secondo luogo, analizzando l'esperienza italiana alla luce dei profili di giustizia di transizione¹⁰⁷⁹, si nota, come detto, che in Italia ha avuto luogo

¹⁰⁷⁷ Cfr. *supra*, Cap. II, § 7.1.4.

¹⁰⁷⁸ Cfr. *supra*, Cap. II, § 7.1.4.1.

¹⁰⁷⁹ Cfr. *supra*, Cap. II, § 7.2.3.

un' *amnistia complessa*, in quanto fondata su elementi sia normativi che di fatto. Essa ha avuto come punto di partenza un elemento normativo: l' *amnistia Togliatti*. Tale amnistia, di per sé, rinuncia solo in parte alla persecuzione penale e si colloca a metà strada fra le *amnistie compromissorie* e le *amnistie con attribuzione di responsabilità (accountable amnesties)*¹⁰⁸⁰. Tuttavia il combinato disposto delle imperfezioni tecnico-giuridiche del testo e di elementi di fatto (in primo luogo l'attivismo della magistratura) hanno trasformato la stessa in un veicolo di impunità. Tale impunità è stata poi avvallata normativamente dal legislatore con nuovi interventi di clemenza, in seguito al mutamento politico del 1948. In tale scenario spicca l'ampiezza dell' *amnistia del 1953*.

Con riferimento ai crimini italiani all'estero e ai crimini nazisti (per questi ultimi sino alla svolta del 1994), vi è un' *amnistia* pressoché generalizzata (*blanket*), data da elementi *de facto*.

La prospettiva della giustizia di transizione permette di formulare ulteriori considerazioni circa l' *amnistia Togliatti*. Innanzitutto essa è stata introdotta senza coinvolgimento della popolazione, né nella forma della democrazia diretta, né in quella della democrazia rappresentativa a mezzo del potere legislativo esercitato da un Parlamento eletto dai cittadini.

Valutando inoltre il caso italiano alla luce dei parametri oggi offerti dall'art. 17 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale¹⁰⁸¹, emerge che l'Italia del 1946 è un Paese incapace (*unable*) di perseguire in maniera autentica i crimini commessi durante il fascismo e la seconda guerra mondiale; a tale incapacità si aggiunge, quantomeno dal 1948 una mancanza di volontà (*unwillingness*).

Preso atto del dato di impunità, allargando la prospettiva, dall'ambito della persecuzione penale (e quindi del correlato uso dell' *amnistia*) si è passati ad una valutazione sulla transizione nel suo insieme. Ci si è dunque posti il seguente interrogativo: se, a fronte della summenzionata impunità, abbia comunque avuto luogo un processo di transizione compiuto. Per rispondere a tale quesito, ci si è domandati che cosa sia corrisposto al ruolo molto limitato dello strumento penale, avuto riguardo ai piani della pacificazione, della formazione di uno stato democratico, della tutela delle vittime, della costruzione di una memoria storica.

¹⁰⁸⁰ R. SLYE, "The Legitimacy of Amnesties...", cit., 245.

¹⁰⁸¹ Cfr. *supra*, Cap. II, § 7.2.3.1.

La transizione italiana non ci è parsa meritare un giudizio negativo sotto il profilo del rapporto fra transizione, pacificazione e percorso costituente¹⁰⁸². Un profilo di fallimento si è registrato invece con riferimento al coinvolgimento delle vittime¹⁰⁸³. Esse non solo sono assenti nella fase giudiziale (con la limitata eccezione dei processi post 1994 relativi alle stragi naziste), ma non hanno neppure uno spazio alternativo, in cui poter raccontare la propria storia, se non addirittura confrontarsi con gli autori dei crimini. La gravità di tale assenza si registra soprattutto in relazione ai decenni successivi all'immediato dopoguerra, quando le esigenze di pacificazione e ricostruzione sono meno pressanti.

Si è infine denunciato il fallimento principale della transizione italiana, in relazione alla ricerca della verità¹⁰⁸⁴. La transizione italiana ha infatti fornito un contributo minimo in tal senso, quando anzi non ha operato in direzione contraria, verso l'insabbiamento o la deformazione dei fatti. La centralità dell'imputazione per *collaborazionismo*, nonché la scarsa determinatezza del testo del provvedimento di amnistia, sono stati un punto di partenza determinate di un percorso fatto di molte amnesie, in cui anche la magistratura e la volontà politica hanno avuto un ruolo centrale.

Si è sottolineato come, una volta che la democrazia ha raggiunto una certa stabilità, il popolo italiano abbia ommesso di chiedere conto al proprio Paese delle responsabilità passate; sia in forma giudiziaria, che in altre forme.

Dopo il 1989, il divario fra Italia e Europa è parso aumentare ulteriormente¹⁰⁸⁵. Se infatti, da un lato, anche l'Italia ha posto in discussione il precedente patto memoriale, dall'altro da noi questa fase, a differenza che in altri Paesi europei, ha dato spazio a revisionismi che si sono tradotti in una nuova autoassoluzione.

Il confronto con la transizione degli anni '90¹⁰⁸⁶ ha attenuato la colpevolezza del legislatore postbellico, essendovi all'epoca esigenze molto concrete di porre fine

¹⁰⁸² Cfr. *supra*, Cap. III, § 3.

¹⁰⁸³ Cfr. *supra*, Cap. III, § 4.

¹⁰⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁸⁵ Cfr. *supra*, Cap. III, § 5.5.

¹⁰⁸⁶ Cfr. *supra*, Cap. III, § 6.1.

alle violenze, nonché essendo meno sviluppato lo strumentario giuridico a disposizione per affrontare una transizione. D'altro canto¹⁰⁸⁷, il confronto ha mostrato un elemento di analogia e continuità, una costante della classe politica italiana nell'affrontare le transizioni politiche: un'abdicazione del legislatore dal proprio ruolo politico e un lasciare, in entrambi i casi, che la responsabilità della transizione ricada sulla magistratura.

Di sicuro la transizione italiana è molto distante dal modello della persecuzione penale inaugurato a Norimberga, che affonda le sue radici nell'*Oresteia* di Eschilo, ossia nel tribunale come luogo di civilizzazione del conflitto, fondante l'ordine della *polis*¹⁰⁸⁸.

La transizione italiana si presenta, a più di settant'anni dalla fine della seconda guerra mondiale, come amnesica e incompiuta. Tuttavia, l'incompiutezza della giustizia di transizione italiana non risiede (sol)tanto nel fallimento della fase della repressione penale, quanto nel fatto che nei settant'anni successivi sia mancato un tentativo della società di fare i conti con il passato, di riflettere su cause ed effetti, in una parola di assumere le proprie responsabilità verso il passato e quindi verso il presente e il futuro. Tale momento infatti è un percorso sociale lungo e complesso, che prescinde dall'esistenza o meno di una fase repressiva penale, poiché lo strumento penale, laddove esperito, può offrire un contributo, ma non esaurisce tale autoanalisi. Ciò se non altro per il fatto che «in Occidente, la storia giuridica dello Stato consiste nella programmazione della sua innocenza nell'ambito del diritto penale»¹⁰⁸⁹, il che rende complesso e limitato il ruolo del giudice «quando il contesto storico, lungi dall'essere un puro oggetto di conoscenza speculativa, entra a far parte,

¹⁰⁸⁷ Cfr. *supra*, Cap. III, § 6.2.

¹⁰⁸⁸ In questo senso P.P. PORTINARO, *I conti con il passato*, cit., 76. Al contesto italiano si adatterebbe più la tragedia *Elena* di Euripide, dove il noto personaggio viene sdoppiato: vi è un'Elena innocente (che è stata vittima di un rapimento e non fuggì mai con Paride, causando la guerra di Troia) ed un'Elena colpevole (quella nota nell'immaginario collettivo). Nello stallo di una prigionia in Egitto, vi è un confronto interiore di Elena e del suo doppio, che avviene in una caverna che presenta analogie con quella del noto mito di Platone. Ivi emerge l'impossibilità di un giudizio univoco e definitivo. Il desiderio di Elena per la vita e la famiglia porteranno il personaggio ad uscire dallo stallo della prigionia e ad affrontare il futuro, in un finale che è al tempo stesso positivo in quanto *forward-looking* e negativo in quanto, a differenza dell'*Oresteia*, al sacrificio di dieci anni di guerra non corrisponde una compensazione, una pena (sul tema M.L. GUARDINI, *Il mito di Elena: Euripide e Isocrate*, Treviso, Canova 1987). Nel caso italiano tuttavia anche questo momento di confronto all'interno della società è mancato.

¹⁰⁸⁹ Cfr. Y. THOMAS, *La verità, il tempo, il giudice e lo storico*, cit., 379.

invece degli elementi costituenti l'atto incriminato»¹⁰⁹⁰. Ciò avviene quando «un soggetto risponde [...] attraverso i propri atti, del significato che si riallaccia alla totalità di un piano, in cui tutto l'apparato dello Stato è impegnato»¹⁰⁹¹.

La mancanza in Italia di un tale percorso non ha mantenuto solo memorie divisive del conflitto, senza una ricomposizione della storia del nostro Paese¹⁰⁹², ma ha in generale impedito una riflessione sulle degenerazioni e le responsabilità del nostro passato¹⁰⁹³. Il passato è infatti il prodotto di una società che è la nostra e quindi di cause, che, in combinazione diversa, possono riprodursi e creare effetti diversi, ma parimenti gravi. Un tale percorso di analisi dovrebbe avvenire a livello sociale, ma potrebbe trovare nella politica importanti spinte pedagogiche¹⁰⁹⁴. Se dunque è comprensibile che questo non abbia potuto aver luogo subito dopo la guerra¹⁰⁹⁵, non si rinviene una giustificazione per quanto riguarda il periodo

¹⁰⁹⁰ *Ivi*, 380.

¹⁰⁹¹ *Ivi*, 383.

¹⁰⁹² Quest'ultima espressione è di A. CERETTI, *Per una convergenza di sguardi*, cit. L'Autore *ivi* si riferisce tuttavia alla mancata ricomposizione in riferimento agli Anni di Piombo, laddove fa notare che ancora oggi «chi dice lotta armata non ammette che l'altro dica terrorismo: significa non riconoscersi» (*ivi*, 248).

¹⁰⁹³ E' stato affermato che anche gli elementi negativi del passato contribuiscono a definire l'identità; con riferimento all'Europa ad esempio si è detto: «le memorie oneste contengono molte contraddizioni, si sale sino ai più alti risultati artistici e culturali e si sprofonda negli abissi delle peggiori atrocità commesse dal genere umano. Il continente che ha prodotto gli antibiotici ha anche inventato i campi di concentramento. Entrambi gli aspetti, come dimostrano gli esperimenti medici delle SS, sono intimamente connessi. Se si vuole che esse siano vere, le memorie europee devono riflettere sia gli elementi distruttivi che quelli costruttivi del passato. Come guardiani della memoria culturale del passato, gli storici hanno il compito di mantenere questo dualismo nella visione pubblica. Forse, attraverso i loro sforzi critici, possono contribuire a far prevalere in futuro il potenziale migliore dell'Europa» (cfr. K.H. JARAUSCH, *Nightmares or Daydreams?*, cit., 320).

¹⁰⁹⁴ Si pensi al *Warschauer Kniefall* di Willy Brandt; in Italia si pensi al ruolo di “pedagogia della memoria” svolto dalla Presidenza della Repubblica con i Presidenti Carlo Azeglio Ciampi e Giorgio Napolitano (sul tema. F. FOCARDI, *Rielaborare il passato*, cit. 264 e F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il buon italiano*, cit. 191) e più di recente dalla presidenza Mattarella. Vi è tuttavia ancora carenza con riferimento alle responsabilità nazionali. In questo senso FOCARDI afferma: «sarebbe auspicabile ad esempio che un'alta carica dello Stato possa compiere un gesto come quello dell'ex presidente tedesco Johannes Rau, che nell'aprile del 2002 si recò insieme al presidente Ciampi alle commemorazioni della strage di Marzabotto Monte Sole. A quando una visita ufficiale italiana a Domenikon o all'isola di Raab in Croazia, sede di un famigerato campo di concentramento per slavi?» (cfr. F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il buon italiano*, cit. 192).

¹⁰⁹⁵ Si pensi alla poetica immagine finale della pellicola che meglio descrive la degenerazione della RSI: *Salò o le 120 giornate di Sodoma*, di Pier Paolo PASOLINI, Italia - Francia 1975. Dopo un catalogo di orrori, mentre fuori dalla villa sono ancora in corso crudelissime torture, in una delle

successivo. Eppure un tale momento è mancato sia nella Prima Repubblica (dove una discussione era pietrificata dai riflessi della Guerra Fredda e successivamente dalla stagione degli scontri ideologici e del terrorismo), sia nel passaggio alla Seconda Repubblica (dove, si è visto, i conti non sono stati fatti neppure con il passato più prossimo).

L'Italia mostra un'attitudine costante nella difficoltà di superare politicamente e socialmente le transizioni politiche; in questo la storia italiana pare simile alla storia architettonica della sua capitale, Roma. Ivi infatti, nell'antichità, gli edifici della città nuova venivano costruiti sulle macerie della città vecchia, senza una rimozione o un restauro, bensì nella continuità di un continuo accumulo, che ha modificato l'orografia stessa della città, rendendo oggi molto meno distinguibili gli originari sette colli. E' mancato cioè, anche per la transizione dal fascismo alla democrazia, quel «processo» con «valore di sintesi»¹⁰⁹⁶ evocato in anni successivi in riferimento a fatti diversi. Un processo, che non può certo esaurirsi nella sede di un processo penale¹⁰⁹⁷, in quanto richiede una visione complessiva: «finché non si sapranno tutte queste cose *insieme* - e la logica che le connette e le lega in un tutto unico non sarà lasciata alla sola fantasia dei moralisti - la coscienza politica degli italiani non potrà produrre nuova coscienza»¹⁰⁹⁸. Al contrario ciò che emerge è una «tacita diplomazia del silenzio» e una debolezza della «consapevole volontà di sapere dei cittadini italiani -la quale - non ha la forza di costringere il potere ad autocriticarsi e a smascherarsi»¹⁰⁹⁹.

stanze, due giovanissimi soldati repubblicani, annoiati e assuefatti, cambiano canale a una radio d'epoca che stava trasmettendo i "Carmina Burana". Sulle note della canzonetta "Son tanto triste" (ovvio riferimento alla Villa Triste), improvvisano maldestramente qualche passo di valzer. Ciò può essere anche inteso come a dire che nella nuova generazione, anche fra i carnefici, terminato l'orrore, riemerge piano piano la vita.

¹⁰⁹⁶ Cfr. P.P. PASOLINI, "Perché il processo" in *Corriere della sera*, 28 settembre 1975.

¹⁰⁹⁷ Al riguardo l'Autore ha sottolineato infatti: «Perché non va avanti niente? Perché tutto è immobile come in un cimitero? È spaventosamente chiaro. Perché tutte queste inchieste e questi processi, una volta condotti a termine, *ad altro non porterebbero che al Processo di cui parlo io*» (cfr. *Ibidem*).

¹⁰⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹⁹ *Ibidem*. Continua l'Autore: «su tutta la vita democratica italiana incombe il sospetto di omertà da una parte e di ignoranza dall'altra, per cui nasce - quasi da se stesso - un naturale patto col potere» e ancora «se la consapevole volontà di sapere dei cittadini italiani non ha la forza di costringere il potere ad autocriticarsi e a smascherarsi - se non altro secondo il modello americano -, ciò significa che il nostro è un ben povero paese: anzi, diciamo pure, un paese miserabile». Il riferimento al "modello americano" è al caso *Nixon*, spesso invocato dall'Autore nella sua richiesta di verità. Esso ha per

La memoria storica della seconda guerra mondiale che si è prodotta, risulta falsata, amnesica e autoassolutoria. Sembrano dunque terribilmente vere le parole del già menzionato Autore, secondo cui «noi siamo un Paese senza memoria. Il che equivale a dire senza storia. L'Italia rimuove il suo passato prossimo, lo perde nell'oblio dell'etere televisivo, ne tiene solo i ricordi, i frammenti che potrebbero farle comodo per le sue contorsioni, le sue conversioni. Ma l'Italia è un Paese circolare, gattopardesco, in cui tutto cambia per restare com'è. In cui tutto scorre per non passare davvero. Se l'Italia avesse cura della sua memoria, della sua storia, si accorgerebbe che i regimi non nascono dal nulla, sono il portato di veleni antichi, di metastasi invincibili, imparerebbe questo Paese [...] che i suoi vizi sono ciclici, si ripetono incarnati da uomini diversi ma con lo stesso cinismo, la medesima indifferenza per l'etica, con l'identica allergia a una coerenza, a una tensione morale»¹¹⁰⁰.

L'evocazione del summenzionato «grande processo» al fascismo e alla seconda guerra mondiale non significa (sol)tanto un maggiore bisogno di memoria, quanto un bisogno di analisi razionale e critica inserita in un contesto, ossia un bisogno di storia. E' quindi di un'operazione che richiede attenzione e impegno e, se da essa deriva un contributo alla memoria collettiva, il risultato non può che essere quello di memorie plurali, che «devono riflettere sia gli elementi distruttivi che quelli costruttivi del passato [...], gli storici hanno il compito di mantenere questo dualismo nella visione pubblica»¹¹⁰¹. Onde evitare la mera retorica o la pura utopia, non ci si può astenere dal registrare un aspetto problematico, che risiede nel fatto che «se la storia ci insegna qualcosa è che, in politica come in guerra, gli esseri umani non sono

presupposto il «fare i nomi - sulla base di - prove ed indizi» (cfr. P.P. PASOLINI, "Cos'è questo Golpe" in *Corriere della sera*, 14 novembre 1974 . Egli in particolare nega la possibilità che una tale verità si affermi attraverso il solo «gioco democratico», in quanto «il coraggio intellettuale della verità e la pratica politica sono due cose inconciliabili in Italia» (*ibidem*) e tuttavia afferma anche l'incapacità dell'intellettuale di adempiere al mandato morale conferitogli . Evoca in particolare la Guerra Fredda come cristallizzazione di un regime che non consente spazio alla verità: «Probabilmente - se il potere americano lo consentirà - magari decidendo "diplomaticamente" di concedere a un'altra democrazia ciò che la democrazia americana si è concessa a proposito di Nixon - questi nomi prima o poi saranno detti. Ma a dirli saranno uomini che hanno condiviso con essi il potere: come minori responsabili contro maggiori responsabili (e non è detto, come nel caso americano, che siano migliori)» (*ibidem*).

¹¹⁰⁰ Cfr. P.P. PASOLINI, *Scritti corsari*, Milano, Garzanti 1975, 87, citato in S. PIVATO, *Vuoti di memoria*, cit., 41.

¹¹⁰¹ Cfr. K.H. JARAUSCH, *Nightmares or Daydreams?*, cit., 320.

programmati per l'ambivalenza; essi rispondono alla lealtà e alla certezza. E come Renan ha affermato in “Che cos'è una Nazione?”, nella misura in cui esse possano essere rafforzate dal ricordo collettivo, non importa se le memorie in questione siano storicamente accurate o se, al contrario, esse siano invenzioni, prodotto di moderna manifattura»¹¹⁰².

Queste riflessioni allargano notevolmente la discussione rispetto al nostro punto di partenza, circa il ruolo del diritto e del rito penale all'interno del processo di transizione italiano. Emerge il ruolo parziale e limitato che essi possono avere nel gestire le transizioni alla democrazia, se non sono accompagnati da altri strumenti stragiudiziali, non solo nell'immediatezza, ma anche nei decenni successivi. E la transizione italiana, a questo punto è facile avvedersene, è un processo tutt'altro che concluso.

Volendo oggi tentare di fare effettivamente i conti con le responsabilità passate, ci si imbatte però nel summenzionato problema: la popolazione, nella sua maggioranza, non ragiona sulla base della storia, ma si adagia su semplificazioni della memoria collettiva. Il processo di Norimberga ha probabilmente “funzionato” in tal senso, proprio in quanto semplificazione. Come effettuare dunque questa operazione? Come rapportare il ragionamento critico della storia alla memoria collettiva, senza incorrere negli abusi di quest'ultima? E' questa la sfida aperta.

¹¹⁰² Cfr. D. RIEFF, *In praise of forgetting*, cit., 141. Secondo l'Autore, l'unico ad aver affrontato espressamente tale problema sarebbe il politologo tedesco Ulrich BECK, il quale propone di «sostituire la “grandeur nazionale” con una forma di memoria collettiva che egli chiama “nazionalismo metodologico”, con qualche forma di “ambivalenza condivisa” sul passato, anche se egli è meno chiaro su come ciò possa funzionare nella pratica» (*ibidem*).

BIBLIOGRAFIA*

- AA. VV., *Il delitto politico. Dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, Sapere 2000 1984.
- ABRAO P. - TORELLY D.M., *Resistance to Change: Brazil's Persistent Amnesty and its Alternatives for Truth and Justice*, in LESSA F. - PAYNE L.A. (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability. Comparative and International Perspectives*, New York, Cambridge University Press 2012, 152 - 181.
- ABREGÚ M., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: una introducción*, in ABREGÚ M. - COURTIS C. (a cura di), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los Tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto 1997, 3 e ss.
- AGUILAR P. - RAMÍREZ-BARAT C., *Amnesty and Reparations Without Truth or Justice in Spain*, in WOUTERS N. (a cura di), *Transitional Justice and Memory in Europe (1945-2013)*, Cambridge, Inersentia 2014, 199 - 258.
- AGUILAR P., *The Spanish Amnesty Law of 1977 in Comparative Perspective: From a Law for Democracy to a Law for Impunity*, in LESSA F. - PAYNE L.A. (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability. Comparative and International Perspectives*, New York, Cambridge University Press 2012, 315 - 335.
- ALBANO V.M., "Tangentopoli o la "soave rivoluzione"", in *Critica del diritto*, 1995, 42 - 57.
- ALBANO P.- DELLA VALLE A., *La strage di Caiazzo. 13 ottobre 1943. La caccia ai criminali nazisti raccontata dal pubblico ministero*, Milano, Mursia 2013.
- ALESSI G., *Lo scandalo della grazia nell'orizzonte contemporaneo. Riflessioni a margine*, in HÄRTER K. - NUBOLA C. (a cura di), *Grazia e giustizia*, Bologna, Il Mulino 2011, 591 - 604.

* Sono qui riportate le opere scientifiche e le opere letterarie citate; per i meri resoconti di cronaca giornalistica, nonché per le decisioni giurisprudenziali, si rimanda alla singola nota a piè di pagina.

- ALGARDI Z., *Processo ai fascisti. Anfuso, Caruso, Graziani e Borghese di fronte alla giustizia*, Firenze, Vallecchi 1958.
- ALLEGREZZA S. - BELLUTA H. - GIALUZ M. - LUPARIA L., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, Giappichelli 2012.
- AMATI E., *Le cause di esclusione della responsabilità penale*, in AMATI E. - COSTI M. - FRONZA E. - LOBBA P. - MACULAN E. - VALLINI A., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, Giappichelli 2016, 215 - 249.
- AMBOS K. - ROMERO E., "The Report of the Brazilian Truth Commission: Late Truth without Justice", in *EJIL:Talk!*, 19 gennaio 2015, online.
- AMBOS K. *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 1999.
- AMBOS K., *Prólogo*, in GIL GIL A., *La justicia de transición en España: de la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, Atelier 2009, 11 - 20.
- AMBOS K., *The legal framework of transitional justice: a systematic study with a focus on the specific role of the ICC*, in AMBOS K. - LARGE J. - WIERDA M. (a cura di), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Berlin - Heidelberg, Springer 2009, 19 - 104.
- AMBOS K., *Treatise on International Criminal Law, Vol. 1. Foundations and General Part*, Oxford, Oxford University Press 2013.
- AMBOS K., *Treatise on International Criminal Law, Vol. 2. The Crimes and Sentencing*, Oxford, Oxford University Press 2014.
- ANASTASIA S., 'From the bottom of the bottle: justice, prison and social control in the Italian transition', in *Journal of Modern Italian Studies*, vol. 20, n. 2, 2015, 213 - 227.
- ANDERS G., *Dopo Holocaust, 1979*, Torino, Bollati Boringhieri 2014.
- APONTE CARDONA A., *La Colombia: un caso sui generis nell'ambito della giustizia di transizione*, in FRONZA E. - FORNASARI G. (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni*

- sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Trento, Università degli Studi di Trento 2009, 177 - 214.
- APRILE S., art. 8, in E. DOLCINI - G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, 2° ed., Milano, Ipsoa 2006, 156 e ss.
- ARENDT H., *Che cos'è la politica?*, Milano, Edizioni di Comunità 1995.
- ARENDT H., *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, Feltrinelli 1964.
- ARENDT H., *La vita della mente*, Bologna, Il Mulino 1987.
- ARENDT H., *Le origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi 1951.
- ARNOLD J., *Einführungsvortrag: Modelle strafrechtlicher Reaktion auf Systemunrecht*, in ESER A. - ARNOLD J. (a cura di), *Strafrecht in reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Band 1, Freiburg, Iuscrim 2000, 11 - 18.
- BALDISSARA L. *Giudizio e castigo. La brutalizzazione della guerra e le contraddizioni della "giustizia politica"*, in BALDISSARA L. - PEZZINO P. (a cura di), *Giudicare e punire*, Napoli, L'Ancora del Mediterraneo 2005, 5 - 76.
- BALDISSARA L., "Politiche della memoria e spazio del ricordo in Europa", in *il Mulino*, 2016, n. 1, 6 - 20.
- BALDISSARA L., "Un museo del fascismo a Predappio?", in *Il Mulino*, 29 febbraio 2016, online.
- BARATTA A., "Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale", in *La questione criminale*, 1975, 7 e ss.
- BARILE P. - DE SIERVO U., "Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo", in *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, 1959, 541 - 563.
- BARILE P., "La magistratura si ribella alle leggi?" in *Il Ponte*, 1947, 1067 - 1074.

- BARRETT N., "Holding individual leaders responsible for violations of customary international law: the U.S. bombardment of Cambodia and Laos", in *Columbia Human Rights Law Review*, 2001, 429 - 476.
- BARTOLI R., "*Chiaro e oscuro*" dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto, in MECCARELLI M. - PALCHETTI P. - SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid 2010, 137 - 156
- BARTOLI R., "La «giustizia di transizione»: amnistia, giurisdizione, riconciliazione", in PALAZZO F. - BARTOLI R. (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, Firenze University Press 2011, 57 - 96.
- BATTAGLIA A., *I giudici e la politica*, Bari, Laterza, 1962.
- BATTAGLINI E. - VASSALLI G., *La nuova legislazione penale*, Milano, Giuffrè 1946-1951.
- BATTAGLINI E., "Osservazioni sui «fatti di omicidio» quali causa ostativa all'applicazione dell'amnistia", in *Giustizia penale*, 1946, II, 530 e ss.
- BATTINI M., *La mancata Norimberga italiana*, Bari, Laterza 2003.
- BATTINI M., *Sul processo Kessserling e dintorni*, in BALDISSARA L. - PEZZINO P. (a cura di), *Giudicare e punire*, Napoli, L'Ancora del Mediterraneo 2005, 177 - 184.
- BELL C., "Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the 'Field' or 'Non-Field'", in *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, 2009, 5 - 27.
- BELL C., *The "New Law" of Transitional Justice*, in AMBOS K. - LARGE J. - WIERDA M. (a cura di), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Berlin - Heidelberg, Springer 2009, 105 - 126.

- BENNUN E., *Amnesty and International Law*, in VILLA-VICENCIO C. - DOXTADER E. (a cura di), *The provocations of amnesty*, Trenton- Asmara, Africa World Press 2003, 92 - 113.
- BENTHAM T., *Traité de législation civile et pénale*, X, Paris, Taylor et Francis 1830.
- BERGER S., *Remembering the Second World War in Western Europe 1945 - 2005*, in PAKIER M. - STRATH B. (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford - New York, Bergahn 2010, 119 - 136.
- BERLINGUER M., “Incongruenze ed iniquità dell'amnistia”, in *Giustizia Penale*, 1945-6, II, 484 - 487.
- BERLINGUER M., “L’amnistia è pericolosa. Dimentica le vittime per perdonare i persecutori”, in *Non Mollare*, 20 luglio 1946, 1
- BERNARDI L., *Il fascismo di Salò nelle sentenze della magistratura piemontese*, in NEPPI MODONA G. (a cura di), *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milano, Franco Angeli 1984, 61 - 80.
- BERNIERI G., “Sulla presunzione di collaborazionismo”, in *Archivio Penale*, 1946, 227 e ss.
- BERTAGNA G. - CERETTI A. - MAZZUCATO C., *Breve storia di un lungo percorso*, in BERTAGNA G. - CERETTI A. - MAZZUCATO C. (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano, Il Saggiatore 2015, 15 - 29.
- BETTIOL G., [PRIVO DI TITOLO], in *Archivio Penale*, 1946, I, 232 - 234.
- BETTIOL G., “La presunzione di colpevolezza stabilita dall’art. 1 D. Lg. Lt. 22 aprile 1945, n. 142: eccezione alla regola «in dubio pro reo», in *Rivista Penale*, 1947, 297 e ss..
- BIANCO D.L., “Partigiani e Cln davanti ai Tribunali civili” in *Il Ponte*, 1947, 1033 e ss.
- BIANCO G., “Togliatti in Spagna”, in *Tempo Presente*, Vol. XI, 1964.

- BIDUSSA D., *Prefazione. Holocaust e il discorso pubblico sulla Shoah*, in ANDERS G., *Dopo Holocaust, 1979*, ora Torino, Bollati Boringhieri 2014, 9 - 27.
- BIFULCO D., *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, Franco Angeli 2012.
- BILSKY L., "Transnational Holocaust Litigation" in *The European Journal of International Law*, vol. 23, n. 2, 349 - 375.
- BLOXAM D., *I processi per crimini di guerra nell'Europa postbellica*, in BALDISSARA L. - PEZZINO P. (a cura di), *Giudicare e punire*, Napoli, L'Ancora del Mediterraneo 2005, 147 - 176.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi 1990.
- BODEI R., *L'ethos dell'Italia repubblicana*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, v. III/2, Torino, Einaudi 1997, 625-706.
- BODEI R., *Prefazione*, in SATTA S., *De profundis*, Nuoro, Ilisso 2013, 7 - 33.
- BONI G., 'Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte costituzionale', in *Contemporanea*, n. 4, 2014, 577 - 607.
- BORAINE A., *South Africa's Amnesty revisited*, in VILLA-VICENCIO C. - DOXTADER E. (a cura di), *The provocations of amnesty*, Trenton- Asmara, Africa World Press 2003, 165 - 180.
- BORAINE A., "Transitional Justice: a holistic interpretation", in *Journal of International Affairs*, 17 - 27.
- BORTOLLOTTI D., "Il principio costituzionale della clemenza", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, 1681 - 1711.
- BRACCI M., "Come nacque l'amnistia", in *Il Ponte*, 1947, 1090 - 1107.
- BRAID E. - ROHT-ARRIAZA N., *De Facto and De Jure Amnesty Laws: the Central American Case*, in LESSA F. - PAYNE L.A. (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability. Comparative and International Perspectives*, New York, Cambridge University Press 2012, 182 - 209.

- BRESCIANI M., *La Giornata della Memoria è ormai storia*, in *Ricerche di Storia Politica*, 26 gennaio 2016.
- BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA. VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, Giuffrè 1983, 23 e ss.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, 1973.
- BRUNELLI D. - MAZZI G., *Diritto penale militare*, Milano, Giuffrè 2002.
- BRUNELLI G., *A proposito di La Repubblica del dolore. Le memorie di un'Italia divisa (di Giovanni de Luna, Feltrinelli, 2011)*, in CORLEONE F. - PUGIOTTO A. (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, Ediesse 2012, 151 - 157.
- BUCHEIM H., "Rationales politisches Handeln bei Thukydidēs" in *Der Staat*, 1991, 323 - 347.
- BULL M.J., "The Italian transition that never was" in *Modern Italy*, vol. 17, n. 1, 2012, 103 - 118.
- BURGESS P., *De facto Amnesty? The Example of Post-Soeharto Indonesia*, in LESSA F. - PAYNE L.A. (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability. Comparative and International Perspectives*, New York, Cambridge University Press 2012, 263 - 290.
- BURGWYN H.J., *Le divergenze tra i "professionisti" della controguerriglia italiana in Slovenia e Dalmazia*, in BALDISSARA L. - PEZZINO P. (a cura di), *Crimini e memorie di guerra*, Napoli, L'Ancora del Mediterraneo 2004, 247 - 259.
- BUZZELLI S., *Giudicare senza necessariamente punire*, in BUZZELLI S. - DE PAOLIS M. - SPERANZONI A., *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia. Questioni preliminari*, Torino, Giappichelli 2012, 3 - 62.
- CACUCCI P., *Tina*, Milano, Feltrinelli 2011.
- CALAMANDREI P., "Desistenza", in *Il Ponte*, 1946, 837 - 838.
- CALAMANDREI P., "I primi passi", in *Il Ponte*, 1946, 581 - 598.

- CALAMANDREI P., “Il giudice e lo storico”, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1939, XVII, 105-128.
- CALAMANDREI P., “Le leggi di Antigone”, in *Il Ponte*, 1946, 933 - 934.
- CALAMANDREI P., “Nel limbo istituzionale”, in *Il Ponte*, 1945, 4 - 19.
- CALAMANDREI P., “Restaurazione clandestina”, in *Il Ponte*, 1947, 959 - 958.
- CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, Vallecchi 1954.
- CANOSA R., *Storia dell'epurazione in Italia. Le sanzioni contro il fascismo 1943-1948*, Milano, Baldini & Castoldi 1999.
- CAPRARA M., *L'inchostro verde di Togliatti*, Milano, Simonelli 1996.
- CAPRIOLI F., *Verità e giustificazione nel processo penale*, in FORTI G. - VARRASO G. - CAPUTO M. (a cura di), «*Verità*» *del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, Jovene 2014, 199 - 217.
- CASSEL D., “Lessons from the Americas: guidelines for international response to amnesties for atrocities”, in *Law and Contemporary Problems*, 1996, 196-230.
- CASTRONOVO V., *Agnelli*, Torino, Utet 1971.
- CATTANEO M.A., *Le radici filosofiche del diritto penale delle garanzie*, in MOCCIA S. (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane 2002, 35- 45.
- CENTO BULL A., “The Italian transition and National (non)reconciliation”, in *Journal of Modern Italian Studies*, 13(3), 2008, 405-421.
- CERCAS J., *L'impostore*, Modena, Guanda 2015.
- CERETTI A., *Lotta armata, vittime, conflitti e dissidi. Un'ultima ricognizione*, in BERTAGNA G. - CERETTI A. - MAZZUCATO C. (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano, Il Saggiatore 2015, 375 - 400.

- CERETTI A., *Per una convergenza di sguardi*, in G. BERTAGNA ET AL. (a cura di), *Il libro dell'incontro*, in BERTAGNA G. - CERETTI A. - MAZZUCATO C. (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano, Il Saggiatore 2015, 219 - 250.
- CHAUDHRY F.I., "Reviewing the International Law of Accomplice Liability: Henry Kissinger in Pinochet's Chile", in *Global Policy Forum*, 2003, online.
- COHEN D., *L'eredità di Norimberga*, in BALDISSARA L. - PEZZINO P. (a cura di), *Giudicare e punire*, Napoli, L'Ancora del Mediterraneo 2005, 247 - 256.
- COLAO F., *I processi a Rodolfo Graziani. Un modello italiano di giustizia di transizione dalla Liberazione all'anno Santo*, in FOCARDI G. - NUBOLA C. (a cura di), *Nei tribunali. Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, Bologna, Il Mulino 2011, 169 - 220.
- COLAO F., *I processi ai «maggiori esponenti di idee contrarie al governo nazionale» prima dell'istituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato*, in LACCHÈ L. (a cura di), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, Donzelli 2015, 31 - 59.
- COLAO F., *Il volto della nazione nelle amnistie politiche del Novecento*, in HÄRTER K. - NUBOLA C. (a cura di), *Grazia e giustizia*, Bologna, Il Mulino 2011, 463 - 488.
- Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione Finale*, XIV Legislatura, Doc. XXIII, n. 18, Approvazione 8.02.2006.
- Commissione parlamentare di Inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione di Minoranza*, XIV Legislatura, Doc. XXIII, n. 18-bis, Presentazione 24.01.2006.
- Commissione storico-culturale italo-slovena, *Relazioni italo-slovene 1880-1956. Relazione della Commissione storico-culturale italo-slovena*, Lubiana, Nova Revija 2004.
- CORDERO F., *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, Milano, Giuffrè 1957.

- CORNACCHIA L., *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, Giuffrè 2009.
- CORNER P., *Italia fascista. Politica e opinione popolare sotto la dittatura*, Roma, Carrocci 2015.
- CORTESE F., "Memoria e diritto. Contributo per un approccio non necessariamente centripeto (tra storia, giustizia e letteratura)", in *Rassegna Di Diritto Pubblico Europeo*, 2013, 19 - 45.
- COSTANTINI B., *I processi per crimini di guerra davanti ai tribunali militari*, in WENIN R. - FORNASARI G.- FRONZA E. (a cura di), *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta - Die Verfolgung von internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen*, Trento, Università degli Studi di Trento 2015, 147 - 162.
- COSTANTINI B., *Il processo contro il caporale delle SS Michael Seifert*, in BALDISSARA L. - PEZZINO P. (a cura di), *Giudicare e punire*, Napoli, L'Ancora del Mediterraneo 2005, 267 - 274.
- COSTI M., *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, in AMATI E. - COSTI M. - FRONZA E. - LOBBA P. - MACULAN E. - VALLINI A., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, Giappichelli 2016, 84 - 132.
- COSTI M. - FRONZA E., *Il diritto penale internazionale: nascita ed evoluzione*, in AMATI E. - COSTI M. - FRONZA E. - LOBBA P. - MACULAN E. - VALLINI A., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, Giappichelli 2016, 1 - 26.
- CRYER R. - FRIMAN H. - ROBINSON D. - WILMSHURST E., *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press 2014.
- CUOCCOLO L., *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè 2009.
- DE LUNA G., *La Repubblica del dolore. Le memorie di un'Italia divisa*, Milano, Feltrinelli 2011.

- DE LUNA G., *La Resistenza perfetta*, Milano, Feltrinelli 2015.
- DE PAOLIS M., *La punizione dei crimini di guerra in Italia*, in BUZZELLI S. - DE PAOLIS M. - SPERANZONI A., *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia. Questioni preliminari*, Torino, Giappichelli 2012, 63 - 158.
- DEAKIN F.W., *La brutale amicizia. Mussolini, Hitler e la caduta del fascismo italiano*, Torino, Einaudi 1990.
- DEL BOCA A., *I gas di Mussolini. Il fascismo e la guerra d'Etiopia*, Roma, Editori Riuniti 1996.
- DEL BOCA A., *Italiani brava gente?*, Milano, Neri Pozza 2005.
- DELLA MORTE G., *Le amnistie nel diritto internazionale*, Padova, Cedam 2011.
- DELMAS-MARTY M., *Le paradoxe penal*, in DELMAS-MARTY M. - LUCAS DE LEYSSAC C. (a cura di), *Libertes et droits fondamentaux*, Parigi, Seuil 1996, 368 - 392.
- DI SANTE C. (a cura di), *Italiani senza onore. I crimini in Jugoslavia e i processi negati (1941 - 1951)*, Verona, Ombre Corte 2005.
- DOMENICO R.P., *Processo ai fascisti*, Milano, Rizzoli 1996.
- DONDI M., *La lunga liberazione. Giustizia e violenza nel dopoguerra italiano*, Roma, Editori Riuniti 1999.
- DONINI M., 'La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla "necessaria sproporzione" della pena nelle gross violations', in *Cassazione penale*, 2007, 6 - 23.
- DONINI M., "La gestione penale del passaggio dal fascismo alla Repubblica in Italia", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIX, n. 1/2009, 183 - 216.
- DOXTADER E., *Easy to Forget or Never (Again) Hard to Remember? History, Memory and the 'Publicity' of Amnesty*, in VILLA-VICENCIO C. -

- DOXTADER E. (a cura di), *The provocations of amnesty*, Trenton - Asmara, Africa World Press 2003, 121 - 155.
- DRUMBL M.A., *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press 2007.
- DU BOIS-PEDAIN A., *Transitional Amnesty in South Africa*, Cambridge, Cambridge University Press 2007.
- DU BOIS-PEDAIN A., *Unrechtsaufarbeitung und Verantwortungszuschreibung durch Wahrheitskommissionen*, in WENIN R. - FORNASARI G. - FRONZA E. (a cura di), *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta - Die Verfolgung von internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen*, Trento, Università degli Studi di Trento 2015, 129 - 141.
- DUBBER M. - SCHÜNEMANN B. (a cura di), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, Berlin, Heymann 2000.
- DUFF R.A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press 2001.
- DYLAN B., *Lyrics 1962-2001*, Milano, Feltrinelli 2004.
- ECO U., *Numero Zero*, Milano, Bompiani 2015.
- ELIACHEFF C., SOULEZ LAVRIERE D., *Il tempo delle vittime: come le vittime sono diventate i nuovi eroi della società democratica contemporanea*, Milano, Ponte alle Grazie 2008.
- ELSTER J., *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Bologna, Il Mulino 2008.
- ENGSTROM P. - PEREIRA G., *From Amnesty to Accountability: The Ebb and Flow in the Search for Justice in Argentina*, in LESSA F. - PAYNE L.A. (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability. Comparative and International Perspectives*, New York, Cambridge University Press 2012, 97 - 122.

- FABIAN S., *Postfazione*, in ANDERS G., *Dopo Holocaust, 1979*, Torino, Bollati Boringhieri 2014, 87 - 97.
- FAEDI DURAMY B., *Making Peace with the Past: The Federal Republic of Germany's Accountability for World War II Massacres Before the Italian Supreme Court: the Civitella Case*, in HELLER K.J. - SIMPSON G. (a cura di), *The Hidden Histories of War Crimes Trials*, Oxford, Oxford University Press 2013, 215 - 228.
- FALCONIERI S., *Riparare e ricordare la legislazione antiebraica. La reviviscenza dell'istituto della discriminazione (1944-1950)*, in RESTA G. - ZENOVICH V. (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica 2012, 139 - 155.
- FELDSTEIN S., "Applying the Rome Statute of the International Criminal Court: A Case Study of Henry Kissinger", in *California Law Review*, 2004, 1663 - 1727.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, Zanichelli 2007.
- FIANDACA G., *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in PALAZZO F. - BARTOLI R. (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, Firenze University Press 2011, 97 - 118.
- FIANDACA G., *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in G. FIANDACA - C. VISCONTI (a cura di), *Punire mediare e riconciliare*, Torino, Giappichelli 2009, 13-22.
- FILIPPINI L., "El prestigio de los derechos humanos. Respuesta a Daniel Pastor", in *Jura Gentium*, 2007.
- FLETCHER G.P., *Grammatica del diritto penale*, Bologna, Il Mulino 2004.
- FLETCHER L. - WEINSTEIN H., "Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation", in *Human Rights Quarterly*, 2002, 573 - 639.

- FLICK G.M., “Un’ammnistia per Tangentopoli”, in *La Repubblica*, 28 febbraio 1995, 12.
- FLICK G.M., “Un’ammnistia rispettosa di Mani Pulite”, in *Il Sole 24 Ore*, 2 marzo 1995, 4.
- FOCARDI F. - KLINKHAMMER L., “The question of Fascist Italy’s war crimes: the construction of a self-acquitting myth (1943 - 1948)”, in *Journal of Modern Italian Studies*, 2004, 330 e ss.
- FOCARDI F., “La questione della punizione dei criminali di guerra in Italia dopo la fine del secondo conflitto mondiale” in *Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken*, n. 80, 2000, 543 - 624.
- FOCARDI F., *Criminali di guerra in libertà. Un accordo segreto tra Italia e Germania federale, 1949-1955*, Roma, Carocci 2008.
- FOCARDI F., *Giustizia e ragion di Stato. La punizione dei criminali di guerra tedeschi in Italia*, in HÄRTER K. - NUBOLA C. (a cura di), *Grazia e giustizia*, Bologna, Il Mulino 2011, 489 - 542.
- FOCARDI F., *I mancati processi ai criminali di guerra italiani*, in BALDISSARA L. - PEZZINO P. (a cura di), *Giudicare e punire*, Napoli, L’Ancora del Mediterraneo 2005, 185 - 214.
- FOCARDI F., *Il cattivo tedesco e il buon italiano*, Bari, Laterza 2014.
- FOCARDI F., *La questione dei processi ai criminali di guerra tedeschi in Italia: fra punizione frenata, insabbiamento di Stato, giustizia tardiva (1943-2005)*, in FREI N. (a cura di), *Transnationale Vergangenheitspolitik. Der Umgang mit deutschen Kriegsverbrechern in Europa nach dem Zweiten Weltkrieg*, Göttingen, Wallstein Verlag 2006.
- FOCARDI F., *Rielaborare il passato. Usi pubblici della storia e della memoria in Italia dopo la Prima Repubblica*, in RESTA G. - ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica 2012, 241 - 272.

- FOCARDI G., “Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati” in *Passato e presente*, 2005, 61 e ss.
- FOCARDI G., *Magistratura e fascismo: l'amministrazione della giustizia in Veneto 1920-1945*, Venezia, Marsilio 2012.
- FORNASARI G. - WENIN R., *La giustizia di transizione*, in WENIN R. - FORNASARI G. - FRONZA E. (a cura di), *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta - Die Verfolgung von internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen*, Trento, Università degli Studi di Trento 2015, 47 - 66.
- FORNASARI G., *Dittatori alla sbarra. Il caso «Bordaberry» come pietra miliare della giustizia di transizione in Uruguay*, in FORTI G. - BERTOLINO M. - EUSEBI L. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene 2011, 2283 - 2308.
- FORNASARI G., *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, Giappichelli 2013.
- FRANCHINA G., “Del fondamento e della natura sostanziale e formale dei cosiddetti «atti di clemenza»”, in *La giustizia penale*, 1966, 289 - 318.
- FRANZINELLI M., “Salvate quei generali Ad ogni costo e La memoria censurata”, in *Millenovecento*, n. 3, 2003, 112 -120.
- FRANZINELLI M., *L'Amnistia Togliatti. 22 giugno 1946: colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milano, Mondadori 2006.
- FRANZINELLI M., *Le stragi nascoste. L'armadio della vergogna: impunità e rimozione dei crimini di guerra nazifascisti 1943-2001*, Milano, Mondadori 2002.
- FRASER D., *Law's Holocaust Denial. State, Memory, Legality*, in HENNEBEL L. - HOCHMANN T. (a cura di), *Genocide denials and the law*, Oxford, Oxford University Press 2011, 2 - 48.
- FREEMAN M. - PENSKY G., *The Amnesty Controversy in International Law*, in LESSA F. - PAYNE L.A. (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights*

- Accountability. Comparative and International Perspectives*, New York, Cambridge University Press 2012, 42 - 68.
- FREEMAN M., *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, New York, Cambridge University Press 2009.
- FREUND J., “Amnestie - Ein Auferlegtes Vergessen”, in *Der Staat*, 1971, 173 - 189.
- FRONZA E. *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in AMATI E. - COSTI M. - FRONZA E. - LOBBA P. - MACULAN E. - VALLINI A., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, Giappichelli 2016, 27 - 56.
- FRONZA E., *Diritto penale del nemico e giustizia penale internazionale*, in GAMBERINI A. - ORLANDI R. (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, Monduzzi 2007, 373 - 389.
- FRONZA E., “Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato” in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, 1016 - 1033.
- FRONZA E., “L’introduzione dell’aggravante di negazionismo. Note a margine della l. 115 del 16 giugno 2016”, in *Diritto Penale e Processo*, 2016, in pubblicazione.
- FRONZA E., “La persecución de los crímenes nazi-fascistas en Italia”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 93, 2011, 225 e ss.
- FRONZA E., “La storia che passa in giudicato?”, in *Storiae*, 2009, 8 - 19.
- FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Milano, Giuffrè 2012.
- FRONZA E., *La poursuite des crimes nazis et fascistes en Italie*, in AA. VV., *Mélanges en l’honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Paris, Dalloz 2016, 344 - 364.
- FRONZA E., Voce *Negazionismo (diritto penale)*, in *Annali dell’Enciclopedia del Diritto*, Volume VIII , Milano, Giuffrè 2015, 633 - 658.

- GAGLIANI D., *Violenze di guerra e violenze politiche. Forme e culture della violenza nella Repubblica Sociale Italiana*, in BALDISSARA L. - PEZZINO P. (a cura di), *Giudicare e punire*, Napoli, Napoli, L’Ancora del Mediterraneo 2004, 247 - 259.
- GALAIN PALERMO P., *Mecanismos politicos y juridicos aplicados durante la transición uruguayana para la superación del pasado*, in SABADELL A.L. - SIMON J.M. - SIMOULIS D. (a cura di), *Jusitiça de Transiçao. Das Anistias as Comissões de Verdade*, Sao Paolo, Revista do Tribunais 2014, 101 - 150.
- GALANTE GARRONE A., “Delitti politici e delitti contro l’umanità”, in *Giustizia penale*, 1964, II, 64 e ss.
- GALANTE GARRONE C., “Guerra di liberazione (dalle galere)”, in *Il Ponte*, 1947, 292 - 314.
- GAMBERINI A., *Elementi di riflessione sul processo di giustizia transizionale in corso in Colombia*, in FRONZA E. - FORNASARI G. (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell’esperienza argentina e colombiana*, Trento, Università degli Studi di Trento 2009, 215 - 228.
- GAMBERINI A., “La giustizia penale nella politica”, in *Critica del diritto*, 1995, 13 - 16.
- GARAPON A., *Crimini che non si possono né perdonare né punire. L’emergere di una giustizia internazionale*, Bologna, Il Mulino 2004.
- GARAPON A., *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, Milano, Feltrinelli 1997.
- GARSCHA W.R., *Reprimere il crimine, frenare i processi. L’esperienza delle corti del popolo in Austria*, in BALDISSARA L. - PEZZINO P. (a cura di), *Giudicare e punire*, Napoli, L’Ancora del Mediterraneo 2005, 215 - 226.
- GEMMA G., “Amnistia e indulto: revisione costituzionale o nuova giurisprudenza?”, in *Politica del diritto*, 1971, 645 e ss.
- GEMMA G., “Amnistia ed indulto dopo la revisione dell’art. 79 Cost.”, in *Legislazione penale*, 1992, 349 e ss.

- GEMMA G., “Principio di eguaglianza ed amnistia: la Corte sbaglia bersaglio”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, 2485 e ss.
- GEMMA G., “Profili costituzionali dell’amnistia, dell’indulto e del condono fiscale”, in *Archivio giuridico*, 1973, 35 e ss.
- GEMMA G., *Principio costituzionale di uguaglianza e remissione della sanzione*, Milano, Giuffrè 1983, 129 e ss.
- GENTILE C., *I crimini di guerra tedeschi in Italia 1943-1945*, Torino, Einaudi, 2015.
- GENTILE E., *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Roma, Carocci 1995.
- GENTILONI SILVERI U. - CARLI M., *Bombardare Roma. Gli Alleati e la “città aperta” (1940 - 1944)*, Bologna, Il Mulino 2007.
- GENTILONI SILVERI U., “Italy’s unfinished transition: between domestic dynamics and international change” in *Journal of Modern Italian Studies*, vol. 20, n. 2, 189 - 201.
- GIGLIOLI D., *Critica della vittima: un esperimento con l’etica*, Roma, Nottetempo 2014.
- GIL GIL A., *La justicia de transición en España: de la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, Atelier 2009.
- GINZBURG C., “Prueba, memoria y olvido”, in *Nuestra Memoria*, n. 26, 2005.
- GINZBURG C., *Il giudice e lo storico*, Torino, Einaudi 1991.
- GIOVANNI PAOLO II, PAPA., “Messaggio del Santo Padre per le celebrazioni della XXXV Giornata Mondiale della Pace. 1 gennaio 2002. Non c’è pace senza giustizia. Non c’è giustizia senza perdono”, 8 dicembre 2001, online.
- GIUSTOLISI F., *L’armadio della vergogna*, Roma, Nutrimenti 2004.
- GOLASH D., *The Justification of Punishment in International Context*, in MAY L. - HOSKINS Z. (a cura di), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press 2010, 201 - 223.

- GOTOR M., *La storia sotto chiave: il Segreto di Stato e il terrorismo degli anni Settanta*, in RESTA G. - ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica 2012, 59 - 72.
- GREADY P., *The era of transitional justice. The aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and beyond*, Abingdon - New York, Routledge 2011.
- GROSS J.T., *Themes for a Social History of War Experience and Collaboration*, in DEAK I. - GROSS J.T. - JUDT T. (a cura di), *The Politics of Retribution in Europe: World War II and its Aftermath*, 15 - 36.
- GUARDINI M.L., *Il mito di Elena: Euripide e Isocrate*, Treviso, Canova 1987.
- GUTIÉRREZ T., *Reflexiones sobre la impunidad*, in AA. VV., *Consejería Presidencial para los Derechos Humanos: Justicia, Derechos Humanos y Impunidad*, Bogotá, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos 1991, 219 - 251.
- HÄBERLE P., *Diritto e verità*, Torino, Einaudi 2000.
- HAYNER P.B., *Negotiating Justice: Guidance for Mediators*, Ginevra, Centre for Humanitarian Dialogue and The International Center For Transitional Justice, 2009.
- HAYNER P.B., *Unspeakable Truths. Confronting state terror and atrocity*, New York, Routledge 2001.
- HEINZE E., "Historical memory is not about victims - it's about us", in *Open democracy. Free thinking of the world*, 27 gennaio 2016.
- HELLER K.J., "Why the ICTY's "Specifically Directed" Requirement is Justified", in *Opinio Juris*, 2 giugno 2013.
- HERSH S., *The price of power: Kissinger in the Nixon White House*, New York, Touchstone 1984.
- HITCHENS C., *Processo a Henry Kissinger*, Roma, Fazi 2005.

- HOLPFER E., *I processi ai criminali di guerra in Austria. L'esperienza delle Corti d'assise*, in BALDISSARA L. - PEZZINO P. (a cura di), *Giudicare e punire*, Napoli, L'Anch'ora del Mediterraneo 2005, 227 - 246.
- HUNTINGTON S.P., *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman, University of Oklahoma Press 1991.
- HUYSE L., "Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past", in *Law & Social Inquiry*, 1995, 51 -78.
- HUYSE L., *All things pass except the past*, Van Halewyck, Kessel-Lo 2009.
- IANOVITZ S. "‘Cristo portacroce’ del Romanino: una controversia sulla proprietà delle opere d'arte' in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6, 2014, 367 - 378.
- ILARI V., *I crimini di guerra nell'immagine internazionale dell'Italia*, in ILARI V. - LODOLINI E. - ROSSI D. - SIBONI G.F., *Fondo H8, crimini di guerra. Studi storici e consistenza archivistica*, Milano, Leone 2014, 36 - 74.
- INSOLERA G., "Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?", in *Diritto penale e processo*, 2005, 671 - 678.
- INSOLERA G., *Il nuovo delitto politico e l'amnistia "pacificatrice"*, in AA. VV., *Il delitto politico. Tra storia e cronaca politica*, Ancona, Nuove Ricerche 1996, 93 - 109.
- INSOLERA G., "Le clemenze "anomale"", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 settembre 2014, online.
- INSOLERA G., "Le proposte per uscire da Tangentopoli", in *Critica del diritto*, 1995, 17 - 33.
- INSOLERA G., "Negazionismo e controllo penale", in *Ius17@unibo.it*, 2014, 25 e ss.
- INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in INSOLERA G.- MAZZACUVA N. - PAVARINI M. - ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, IV ed., Torino, Giappichelli 2012, 394 - 435.

- INTELISANO A., *Giustizia e storia: metodologie a confronto*, in RESTA G. - ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica 2012, 59 - 72.
- JACOBS D., *A Narrative of Justice and the (Re)Writing of History: Lessons learned from the World war II French Trials*, in HELLER K.J. - SIMPSON G. (a cura di), *The Hidden Histories of War Crimes Trials*, Oxford, Oxford University Press 2013, 122 - 136.
- JARAUSCH K.H., *Nightmares or Daydreams? A Postscript on the Europeanisation of Memories*, in PAKIER M. - STRATH B. (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford – New York, Bergahn 2010, 309 - 320.
- JEMOLO C., “Le sanzioni contro il fascismo e la legalità”, in *Il Ponte*, vol. 1, 1945, 277 - 285.
- JOINET L., *The administration of justice and the human rights of detainees - Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 ottobre 1997.
- JUDT T., *L'età dell'oblio. Sulle rimozioni del '900*, Bari, Laterza 2009.
- JUDT T., *The Past Is Another Country: Myth and Memory in Postwar Europe*, in DEAK I. - GROSS J.T. - JUDT T. (a cura di), *The Politics of Retribution in Europe: World War II and its Aftermath*, 294 - 323.
- KANSTEINER W., *In pursuit of German Memory: History, Television and Politics after Auschwitz*, Athens, Ohio University Press 2006.
- KARGE H., *Practices and Politics of Second World War Remembrance. (Trans-) National Perspectives from Eastern and South-Eastern Europe*, in PAKIER M. - STRATH B. (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford - New York, Bergahn 2010, 137 - 146.
- KARLSSON K.G., *The Uses of History And the Third Wave of Europeanisation*, in PAKIER M. - STRATH B. (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford - New York, Bergahn 2010, 38 - 55.

- KASCHUBA W., *Iconic Remembering and Religious Icons. Fundamentalist Strategies in European Memory Politics?*, in PAKIER M. - STRATH B. (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford - New York, Bergahn 2010, 64 - 75.
- KAYE J., *Seeing Dark and Writing Light. Photography Approaching Dark and Obscure Histories*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford - New York, Bergahn 2010, 98 - 114.
- KIRKHEIMER O., *Giustizia politica*, Macerata, Librielibri 2002.
- KISSINGER H., "The pitfalls of universal jurisdiction: Risking Judicial Tyranny", in *Foreign Affairs*, giugno/luglio 2001, online.
- KLINKHAMMER L., "Die "Achse" im Krieg: Protokoll einer Podiumsdiskussion zur Erinnerungskultur und Geschichtspolitik in Italien und Deutschland", in *Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken*, 86, 656 - 695.
- KRITZ N.J. (a cura di), *Transitional Justice : How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Washington, UN Institute of peace Press 1995.
- LUCCHINI L., "Ancora e sempre amnistie", in *Rivista penale*, 1921, 488.
- LUCCHINI L., "Cronaca. Esautorazione completa dello Stato", in *Rivista penale*, 1921, 488.
- LABANCA N., *Dominio e repressione. I crimini di guerra nelle colonie italiane*, in BALDISSARA L. - PEZZINO P. (a cura di), *Crimini e memorie di guerra*, Napoli, L'Ancora del Mediterraneo 2004, 260 - 270.
- LAGROU P., *Povero piccolo Belgio? Processi a criminali di guerra tedeschi in Belgio, 1944-1951*, in HÄRTER K. - NUBOLA C. (a cura di), *Grazia e giustizia*, Bologna, Il Mulino 2011, 543 - 574.
- LESSA F., *Barriers to Justice: The Ley de Caducidad and Impunity in Uruguay*, in LESSA F. - PAYNE L.A. (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights*

Accountability. Comparative and International Perspectives, New York, Cambridge University Press 2012, 123 - 151.

LEVI A., *Amnistia-indulto*, in *Digesto italiano*, III, Torino, Utet 1895, 93 e ss.

LIUZZI F., “Bilancio dell’Alta Corte”, in *Rivista Penale*, 1945, 3 e ss.

LOBBA P., *Le vittime nel sistema penale internazionale*, in AMATI E. - COSTI M. - FRONZA E. - LOBBA P. - MACULAN E. - VALLINI A., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, Giappichelli 2016, 287 - 322.

LODOLINI E., *Crimini di guerra: da che parte è la verità? Il caso della ex Jugoslavia, 1941-1943*, in LODOLINI E.- ROSSI D. - SIBONI G.F., *Fondo H8, crimini di guerra. Studi storici e consistenza archivistica*, Milano, Leone 2014, 75 - 121.

LOLLINI A., “*Fare i conti con il passato*”: *Osservazioni sulla struttura e sulle funzioni dei meccanismi di risoluzione dei conflitti nelle transizioni costituzionali*, in MANNOZZI G. - RUGGERI F. (a cura di), *Pena, riparazione, riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo Millennio*, Atti del Convegno di Como, 13-14 maggio 2005, Varese, Insubra University Press 2007, 119 - 136.

LOLLINI A., “La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi *extra*-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana”, in *Rivista di diritto pubblico comparato*, 2007, 479-523.

LOLLINI A., “Legal argumentation based on foreign law. An example from case law of the South African Constitutional Court”, in *Utrecht Law Review*, 2007, 60 - 74.

LOLLINI A., *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa*, Oxford - New York, Bergahn 2011.

LOLLINI A., *La “giustizia di transizione”. Il principio del “duty to prosecute” come una nuova variabile di “eterodeterminazione” dei processi costituenti?*, in GOZZI G. - MARTELLI F. (a cura di), *Guerre e minoranze. Diritti delle minoranze, conflitti interetnici e giustizia internazionale nella transizione*

alla democrazia dell'Europa Centro-Occidentale, Bologna, Il Mulino 2004, 323 - 362.

LOMBARDO RADICE L., “La classe dirigeante italiana”, in *Les Temps Modernes*, 1947, XXIII-XXIV, 436 - 442.

LONGOBARDO C., “I progetti per uscire da Tangentopoli”, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2000, 288 e ss.

LOPEZ R., *Legalising Collective remembrance after Mass Atrocities*, in BIRD S.E. - OTTANELLI F.M. (a cura di), *The Performance of Memory as Transitional Justice*, Cambridge - Atwerpen - Portland, Intersentia 2015, 23 - 42.

LUPARIA L. (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche internazionali*, Padova, Cedam 2015.

LUZZANI R., “L'esclusione del delitto di collaborazione presunta per esclusione dell'elemento psicologico”, in *Rivista Penale*, 1946, 272 e ss.

MACULAN E. - PASTOR D., *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi 2013.

MAGUIRE P., *La contraddittoria “lezione” di Norimberga*, in BALDISSARA L. - PEZZINO P. (a cura di), *Giudicare e punire*, Napoli, L'Ancora del Mediterraneo 2005.

MAIELLO V., “La clemenza tra dommatica e politica criminale”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, 1029 - 1090.

MAIELLO V., *Clemenza e sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane 2007.

MALARINO E., “Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición”, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2013, 205 - 222.

MALARINO E., *Attivismo giudiziario, punitivismo e sovranazionalizzazione: tendenza antidemocratiche e illiberali della Corte Interamericana dei Diritti Umani* in FORNASARI G. - FRONZA E. (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio*

dell'America Latina, Trento, Università degli Studi di Trento 2011, 33 - 78.

MALARINO E., *Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas*, in AMBOS K. - ELSNER G. - MALARINO E. (a cura di), *Justicia de transición. Informes de America Latina, Alemania, Italia y España*, Berlin - Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung 2009, 415 - 431.

MALARINO E., *Il volto repressivo della recente giurisprudenza argentina. Un'analisi della sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Nazione del 14 giugno 2005 nel caso Simón*, in FRONZA E. - FORNASARI G. (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Trento, Università degli Studi di Trento 2009, 31 - 98.

MALINVERNI A., "Gli elementi essenziali del reato di collaborazionismo", in *Giurisprudenza italiana*, 1946, 9 e ss.

MALINVERNI A., "Il dolo specifico nei reati di collaborazionismo", in *Giurisprudenza italiana*, 1946, II e ss.

MALINVERNI A., "Natura e limiti della collaborazione presunta", in *Giurisprudenza italiana*, 1946, 7 e ss.

MALLINDER L., *Amnesties' Challenge to the Global Accountability Norm? Interpreting Regional and International Trends in Amnesty Enactment*, in LESSA F. - PAYNE L.A. (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability. Comparative and International Perspectives*, New York, Cambridge University Press 2012, 69 - 96.

MALLINDER L., *Exploring the Practice of States in Introducing Amnesties*, in AMBOS K. - LARGE J. - WIERDA M. (a cura di), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Berlin - Heidelberg, Springer 2009, 127 - 174.

MANACORDA S., *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in MECCARELLI M. - PALCHETTI P. -

- SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid 2010, 307 – 348.
- MANCUSO V., *La vita autentica*, Milano, Cortina 2009.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike 2012.
- MANNOZZI G. - HENHAM J., “Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un’analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell’ordinamento inglese e in quello italiano”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, 707 - 738.
- MANTOVANI F., “Terre d’ammnistia”, in *Temi*, 1970, 409 e ss.
- MANZINI V., “Presunzione relativa”, in *Rivista Penale*, 1946, 306 e ss.
- MARGALIT A., *The ethics of memory*, Cambridge - London, Harvard University Press 2002; traduzione italiana *L’etica della memoria*, Bologna, il Mulino 2006.
- MARSICH P., “L’obiettività giuridica dell’ammnistia”, in *Scuola Positiva*, 1923, 360 e ss.
- MARTIN-ORTEGA O. - ALIJA-FERNANDEZ R.A., *Where is My Grandfather? Impunity and Memory in Spain*, in BIRD S.E. - OTTANELLI F.M. (a cura di), *The Performance of Memory as Transitional Justice*, Cambridge - Atwerpen - Portland, Intersentia 2015, 97 - 114.
- MARTONE L., *Diritto d’oltremare: legge e ordine per le colonie del Regno d’Italia*, Milano, Giuffrè 2007.
- MARXEN K. - WERLE G., *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz*, Berlin, De Gruyter 1999.
- MARXEN K., *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, Heidelberg, Müller 1984.
- MATTEOTTI G., “Un anno di dominazione fascista”, in *Critica sociale*, 1924, 5 e ss.
- MATUSCHECK M., *Erinnerungsstrafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot 2012.

- MAZZACUVA N., “Il diritto penale come strumento di pacificazione e di risoluzione del conflitto sociale: l'impiego della clemenza collettiva”, in *Indice Penale*, 2004, 7 - 26.
- MAZZACUVA N., “L'uso della clemenza in materia penale e la «nuova» politica criminale: le contraddizioni del d.p.r. 4 agosto 1978, n. 413”, in *La questione criminale*, 1978, 471 - 518.
- MAZZACUVA N., *Il principio della difesa sociale e i provvedimenti di clemenza. Profili di politica criminale e materiali per una ricerca storica*, Bologna, Lorenzini 1983.
- MAZZUCATO C., *La giustizia dell'incontro*, in BERTAGNA G. - CERETTI A. - MAZZUCATO C. (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano, Il Saggiatore 2015, 251 - 303.
- MÉNDEZ J., *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, in M. ABREGÚ - C. COURTIS (a cura di), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los Tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto 1997, 517 - 540.
- MENICONI A., *La magistratura e la politica della giustizia durante il fascismo attraverso le strutture del ministero della Giustizia*, in LACCHÈ L. (a cura di), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, Donzelli 2015, 79 - 95.
- MENICONI A., *Storia della magistratura italiana*; Bologna, Il Mulino 2012.
- MEZZETTI E., “Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte internazionale penale”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, 246 e ss.
- MIELI P., *I conti con la storia. Per capire il nostro tempo*, Milano, Rizzoli 2013.
- MIELI R., *Togliatti 1937*, Milano, Rizzoli 1964.
- MIRTO P., *Collaborazionismo presunto*, in *Giustizia penale*, 1946, 677 e ss.

- MOCCIA S., "Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, 463 e ss.
- MORAVIA A., *Il conformista*, Milano, Bompiani 1951.
- MÜLLER J.W., *On 'European Memory'. Some Conceptual and Normative Remarks*, in PAKIER M. - STRATH B. (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford - New York, Bergahn 2010, 25 - 37.
- NAPPI G., "L'amnistia della pacificazione", in *Scuola Positiva*, 1919, 15 e ss.
- NAQVI Y., 'The right to truth in international law: Fact or fiction?', in *International Review of Red Cross*, vol. 88, n. 862, 2006, 245-273.
- NATTERMANN R., *Italian Commemoration of the Shoah. The Construction of a Survivor-oriented Narrative and its Impact on Italian Politics and Practices of Remembrance*, in PAKIER M. - STRATH B. (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford - New York, Bergahn 2010, 204 - 211.
- NEPPI MODONA G., "La magistratura e il fascismo", in *Politica e diritto*, 1972, 563 - 608.
- NEPPI MODONA G., "L'uscita da Tangentopoli", in *La Repubblica*, 17 febbraio 1995, 6.
- NEPPI MODONA G., *I problemi della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, in NEPPI MODONA G. (a cura di), *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milano, Franco Angeli 1984, 11 - 40.
- NEPPI MODONA G., *La magistratura dalla Liberazione agli anni cinquanta*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, v. III/2, Torino, Einaudi 1997, 83 - 137.
- NEPPI MODONA G., *Perdono e clemenza di Stato nella giustizia penale italiana*, in HÄRTER K. - NUBOLA C. (a cura di), *Grazia e giustizia*, Bologna, Il Mulino 2011, 575 - 590.

- NETS-ZEHNGUT R., *The Role of Direct-Experience People in Promoting Transitional Justice: The Israeli Case*, in BIRD S.E. - OTTANELLI F.M. (a cura di), *The Performance of Memory as Transitional Justice*, Cambridge - Atwerpen - Portland, Intersentia 2015, 115 - 134.
- NEWELL J.L. "The man who never was? The Italian transition and 2008 election" in *Journal of Modern Italian Studies*, 2009, 395 e ss.
- NICOSIA E., "No all'indulto per Priebke: L'eccidio delle Fosse ardeatine non fu un delitto politico (Nota a Cass., 27 giugno 2003, Priebke)", in *Foro Italiano*, 2005, 82 - 136.
- NINO C.S., *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press 1996.
- NOVICK P., *The Holocaust and collective memory*, London, Bloomsbury 2001.
- NOVICK P., *The Holocaust in American Life*, New York, Houghton Mifflin 1999.
- NUBOLA C., *Collaborazioniste. Processi e provvedimenti di clemenza nell'Italia del secondo dopoguerra*, in FOCARDI G. - NUBOLA C. (a cura di), *Nei tribunali. Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, Bologna, Il Mulino 2011, 221 - 270.
- NUBOLA C., *Giustizia, perdono, oblio. La grazia in Italia dall'età moderna ad oggi*, in HÄRTER K. - NUBOLA C. (a cura di), *Grazia e giustizia*, Bologna, Il Mulino 2011, 11 - 42.
- NUBOLA C., *I provvedimenti di clemenza nei confronti dei «collaborazionisti» nell'Italia del secondo dopoguerra. Un esempio di giustizia di transizione* in HAUPT H.G. - POMBENI P. (a cura di), *La transizione come problema storiografico. Le fasi critiche dello sviluppo della «Modernità» (1494-1973)*, Bologna, Il Mulino 2013, 319 - 344.
- NUVOLONE P., "Il collaborazionismo punibile", in *Critica Penale*, 1946, 19 e ss.
- NUVOLONE P., "Il rapporto di dipendenza gerarchica nei reati di collaborazionismo", in *Giustizia penale*, 1946, 213 e ss.
- NUVOLONE P., "Tribunali straordinari di guerra e collaborazionismo presunto", in *Giurisprudenza italiana*, 1946, 29 e ss.

- NUVOLONE P., *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, Roma, Edizioni della Bussola 1945.
- O'DONNELL G. - SCHMITTER P.C. - WHITEHEAD L., *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimore, John Hopkins University Press 1986.
- OLIVEIRA A. - GUEMBE M.J., *La verdad, derecho de la sociedad*, in ABREGÚ M. - COURTIS C. (a cura di), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los Tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto 1997, 541 - 558.
- OLSEN T.D., PAYNE L.A., REITER A.G., *Conclusion. Amnesty in the Age of Accountability*, in LESSA F. - PAYNE L.A. (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability. Comparative and International Perspectives*, New York, Cambridge University Press 2012, 336 - 357.
- ONU, Comitato dei diritti umani, *Concluding observations on the sixth periodic report of Spain*, CCPR/C/ESP/CO/6, 13 agosto 2015.
- ONU, Comitato dei diritti umani, *Final Conclusions and Recommendations on Report of Spain*, in *Report of the Human Rights Committee*, vol. I, A764/40, 31 ottobre 2008.
- ONU, Comitato sulle sparizioni forzate, *Concluding observations on the report submitted by Spain under article 29, paragraph 1, of the Convention*, CED/C/ESP/CO/1, 12 dicembre 2013.
- ONU, ECOSOC, Commissione dei diritti umani, *Promotion and Protection of Human Rights - Impunity, Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity*, Diane Orentlicher, E/CN.4/2005/102/18, febbraio 2005.
- ONU, Segretario generale, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary General*, 23 agosto 2004, S/2004/616.

- ONU, Segretario generale, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary General*, 23 agosto 2004, S/2011/634.
- OSIEL M., “Why Prosecute? Critics of Criminal Punishment for Mass Atrocity”, in *Human Rights Quarterly*, 2000, 118 - 147.
- OSIEL M.J., *Politica della punizione, memoria collettiva e diritto internazionale*, in BALDISSARA L. - PEZZINO P. (a cura di), *Giudicare e punire*, Napoli, L’Ancora del Mediterraneo 2005, 105 - 118.
- OST F., *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob 1999.
- OTTOLENGHI S., “Collaborazione presunta e responsabilità obiettiva”, in *Rivista Penale*, 1947, 923 e ss.
- PADOVANI T., “Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità” *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, 448 - 462.
- PADOVANI T., «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, in AA. VV., *La legislazione premiale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano, Giuffrè 1984, 39 -74.
- PAGGI L., *Il popolo dei morti*, Bologna, Il Mulino 2009.
- PAKIER M. - STRATH B., *A European Memory?*, in PAKIER M. - STRATH B. (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford - New York, Bergahn 2010, 1- 20.
- PALAZZO F., *Verità come metodo di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, in FORTI G. - VARRASO G. - CAPUTO M. (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Napoli, Jovene 2014, 99 - 109.
- PALIERO C.E., *Codice penale e normativa complementare*, Milano, Cortina 2002.
- PANNAIN R., “Sulla presunzione di cui all’art. 1 D. L. Lt. 22 aprile 1945, n. 142, in *Archivio Penale*, 1946, 29 e ss.

- PARLATO L., “La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di "ascolto effettivo" nel procedimento penale”, in *Cassazione penale*, 2013, 3293 - 3315.
- PASOLINI P.P., “Cos’è questo Golpe” in *Corriere della sera*, 14 novembre 1974.
- PASOLINI P.P., “Perché il processo” in *Corriere della sera*, 28 settembre 1975.
- PASQUINO G., “Teorie della transizione e analisi del sistema politico: il caso italiano” in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 2001, 313 - 328.
- PASSERINI L., “Il nuovo processo alla resistenza”, in *Italia Contemporanea*, 1990, 645 - 649.
- PASSERINI L., *Mussolini immaginario: storia di una biografia 1915-1939*, Bari, Laterza 1991.
- PASTOR D., “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, in *Nueva Doctrina Penal*, 2005, 73 ss.
- PASTOR D., *Processi penali solo per conoscere la verità? L’esperienza argentina*, in FRONZA E. - FORNASARI G. (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell’esperienza argentina e colombiana*, Trento, Università degli Studi di Trento 2009, 99 - 176.
- PAVAN I., *La «Holocaust Litigation» in Italia. Storia, burocrazia e giustizia (1955-2015)*, in FOCARDI G. - NUBOLA C. (a cura di), *Nei tribunali. Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, Bologna, Il Mulino 2011, 303 - 334.
- PAVONE C., *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini in Italia*, in E. PISCITELLI ET AL. (a cura di), *Italia 1945-1948. Le origini della Repubblica*, Torino, Giappichelli 1974, 139 - 289.
- PEDALIU E.G.H., “Britain and the ‘Hand-over’ of Italian War Criminals to Yugoslavia, 1945-1948”, in *Journal of Contemporary History*, Vol. 39(4), 2004, 503 - 529.

- PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, Jovene 2000.
- PERETTI GRIVA D.R., ‘Il fallimento dell’epurazione’ in *Il Ponte*, 1947, 1075 - 1081.
- PERRA E., “Legitimizing Fascism through the Holocaust? The Reception of the Miniseries “Perlasca: un eroe italiano” in Italy”, in *Memory Studies*, 3/2, 2010, 95 - 109.
- PERRA E., “Narratives of Innocence and Victimhood. The Reception of the Miniseries «Holocaust» in Italy”, in *Holocaust and Genocide Studies*, XXII, 3, 2008, 411 - 440.
- PETROCELLI B., “Necessità di valutare il comportamento per la determinazione della norma violata, in *Rivista Penale*, 1946, 291 e ss.
- PEZZINO P. - BATTINI M., *Guerra ai civili. Occupazione tedesca e politica del massacro: Toscana 1944*, Venezia, Marsilio 1997.
- PEZZINO P., “Sui mancati processi in Italia ai criminali di guerra tedeschi”, in *Storia e Memoria*, n. 1, 2001, 9 - 72.
- PEZZINO P., *Lo storico come consulente*, in RESTA G. - ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica 2012, 83 - 114.
- PIOLETTI U., *Osservazioni sul decreto di amnistia 22 giugno 1946, n. 4*, in *Archivio penale*, I, 1946, 471 - 482.
- PITTALUNGA M., “Questioni sull’amnistia”, in *Rivista penale*, 1946, 648 e ss.
- PITTALUNGA M., *Rilievi sul decreto di amnistia e indulto del 9.2.1948, n. 32 (Una delusione)*, in *Archivio Penale*, 1948, 108 - 111.
- PIVATO S., *Vuoti di memoria. Usi e abusi della storia nella vita pubblica italiana*, Bari, Laterza 2007.
- POMANTI P., *I provvedimenti di clemenza. Amnistia, indulto e grazia*, Milano, Giuffrè 2008.

- PORTINARO P.P., “Sull’illegitimità del nuovo”, in *Teoria Politica*, XI, 1, 1995, 17 - 44.
- PORTINARO P.P., *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2010.
- PORTINARO P.P., *Introduzione*, in QUARITSCH H., *Giustizia politica. Le amnistie nella storia*, Milano, Giuffrè 1995, 3 - 41.
- PROVOLO D., *Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilità penale*, Padova, Cedam 2011.
- PUGIOTTO A., *Cortocircuiti da evitare. Dimensione costituzionale della pena e dolore privato delle vittime*, in CORLEONE F. - PUGIOTTO A. (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, Ediesse 2012, 157 - 178.
- PUGIOTTO A., *Quando (e perché) la memoria nazionale si fa legge*, in PUGIOTTO A. (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, Jovene 2013, 439 - 456.
- PUGLISI G., “A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica”, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 luglio 2016, online.
- PULITANÒ D., “Il significato della clemenza”, in *Quale Giustizia*, 1970, 109 - 115.
- PULITANÒ D., “La giustizia penale alla prova del fuoco”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 3 e ss.
- PULITANÒ D., “Obblighi costituzionali di tutela penale”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Civile*, 1983, 484 - 531.
- PULITANÒ D., *Cura della verità e processo penale*, in FORTI G. - VARRASO G. - CAPUTO M. (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Napoli, Jovene 2014, 63 - 98.
- PULITANÒ D., *Diritti umani e diritto penale*, in MECCARELLI M. - PALCHETTI P. - SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze*

emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo,
Madrid, Universidad Carlos III de Madrid 2010, 81 - 114.

PUTNAM T., *Human Rights and Sustainable Peace*, in STEDMAN S.J., ROTHCHILD D.,
COUSENS E.M. (a cura di), *The Implementation of Peace Agreements*,
Boulder, Lynne Rienner 2002, 237 - 272.

QUAGLIONI D., *La sovranità*, Bari, Laterza 2004.

QUARITSCH H., *Giustizia politica. Le amnistie nella storia*, Milano, Giuffrè 1995.

QUASIMODO S. *Giorno dopo giorno*, Milano, Mondadori 1947.

RADBRUCH G., *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, Giappichelli 1961.

REAÑO BALAREZO C.M., *El derecho a la verdad*, Pontificia Universidad Católica del
Perù, online.

RESTA G. - ZENO-ZENCOVICH V., "Judicial "Truth" and Historical "Truth": The Case
of the Ardeatine Caves Massacre", in *Law and History Review*, vol. 31, n.
4, 2013, 843 - 886.

RESTA G. - ZENO-ZENCOVICH V., *La storia giuridificata* in RESTA G. - ZENO-
ZENCOVICH V. (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra
storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica 2012, 11 - 42.

RICOEUR P., *Ricordare, dimenticare, perdonare. L'enigma del passato*, Bologna, Il
Mulino 2012.

RIEFF D., *In praise of forgetting: Historical Memory and Its Ironies*, New Haven,
Yale University Press 2016.

RIGANO F., "Partecipazione popolare e giustizia penale nella Resistenza", in *Rivista
trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, 594 e ss.

RISSO M., "In tema di amnistia", in *Rivista penale*, I, 1946, 762 e ss.

ROCCO A., "Amnistia indulto e grazia nel diritto penale romano", in *Rivista penale*,
1899, 17 e ss.

- RODOTÀ S., “La svolta «politica» della Corte costituzionale”, in *Politica del diritto*, 1970, 37 e ss.
- RODOTÀ S., *Il diritto alla verità*, in RESTA G. - ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica 2012, 317 - 342.
- ROGHI V., *Non c'è Liberazione senza antifascismo*, in *Internazionale*, 25 aprile 2015.
- ROHT-ARRIAZA N. - MARIEZCURRENA J. (a cura di), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge, Cambridge University Press 2006.
- ROMANO S., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam 1931.
- ROTH K., “The case for universal jurisdiction”, in *Foreign Affairs*, settembre/ottobre 2001, online.
- ROUSSO H., *Face au passé. Essais sur la mémoire contemporaine*, Paris, Belin 2016.
- ROUSSO H., *La hantise du passé*, Paris, Textuel 1998.
- ROVATTI T., *I tribunali speciali della Repubblica sociale italiana*, in LACCHÈ L. (a cura di), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, Donzelli 2015, 280 - 298.
- ROVATTI T., *Leoni vegetariani. La violenza fascista durante la RSI*, Bologna, Clueb 2011.
- ROVATTI T., *Tra giustizia legale e giustizia sommaria. Forme di punizione del nemico nell'Italia del dopoguerra*, in FOCARDI G. - NUBOLA C. (a cura di), *Nei tribunali. Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, Bologna, Il Mulino 2011, 15 - 50.
- SABATINI G., *Il sistema processuale per la repressione dei criminali fascisti*, in VASSALLI G. - SABATINI G., *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Roma, La Giustizia Penale 1947, 454-455.
- SACHERI E., *Il segreto dei suoi occhi*, Milano, Rizzoli 2010.
- SALTELLI R., “In tema di collaborazione presunta”, in *Rivista Penale*, 1947, 484 e ss.

- SALVEMINI G., “Anno Santo e amnistia”, in *Il Ponte*, 5, 1949, 1434 - 1435.
- SANCINETTI M.A., *Las Leyes Argentinas de Impunidad y El Artículo 29 de la Constitución de la Nación Argentina*, in LÓPEZ J. - BAJO M. (a cura di), 1 *Dogmatica y Ley Penal: Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Buenos Aires 2004, 811 - 826.
- SANTARELLI L., *La violenza taciuta. I crimini degli italiani nella Grecia occupata*, in BALDISSARA L - PEZZINO P. (a cura di), *Crimini e memorie di guerra*, Napoli, L’Ancora del Mediterraneo 2004, 271 - 291.
- SANTOSUOSSO A. - COLAO F., *Politici e amnistia. Tecniche di rinuncia alla pena per i reati politici dall’unità ad oggi*, Verona, Bertani 1986.
- SARKIN J., *Carrots and sticks: the TRC and the South African Amnesty process*, Antwerpen - Oxford, Intersentia 2004.
- SARTRE J.P., “La République du silence”, in *La République Française*, 9 settembre 1944, 1, ora in SARTRE J.P., *Situations III*, Paris, Gallimard 2003, 11 - 13.
- SARTRE J.P., “Qu’est-ce qu’un collaborateur?”, in *La République Française*, agosto 1945, 14-17, ora in SARTRE J.P., *Situations III*, Paris, Gallimard 2003, 43 - 61.
- SATTA S., *De profundis*, ora Nuoro, Ilisso 2013.
- SCALPELLI A. (a cura di), *San Sabba. Istruttoria e processo per il lager della Risiera*, Milano, Lint 1995.
- SCHAUB J.F., *L’Europe a-t-elle une histoire?*, Paris, Albin Michel 2008.
- SCHLUNCK A., *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts*, Berlin, Spitz 2000.
- SCHMITT C., *La guerra civile fredda*, in SCHMITT C., *Scritti politico-giuridici 1933-1942 : antologia da Lo stato*, Perugia, Bacco & Arianna 1983.
- SCHREIBER G., “L’eccidio di Caiazzo e le miserie della giustizia tedesca”, in *Italia contemporanea*, 1995, 661 - 685.

- SECCHIA P., *Promemoria autobiografico*, trascritto in *Archivio Pietro Secchia, 1945 - 1973*, Milano, Feltrinelli 1979, 201.
- SELVAGGI N., *Dubbio sulla criminalità dell'ordine e responsabilità penale*, in MEZZETTI E. (a cura di), *Diritto penale internazionale*. Vol. II. *Studi*, Torino, Giappichelli 2010.
- SEMINARA S., “Die Aufarbeitung der faschistischen Vergangenheit in Italien. Strafrechtliche Probleme”, in *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 15, 2014, 3 - 65.
- SHAWCROSS W., *Sideshow: Kissinger, Nixon and the destruction of Cambodia*, New York, Simon and Schuster 1979.
- SIKKINK K., *The Age of Accountability. The Global Rise of Individual Criminal Accountability*, in LESSA F. - PAYNE L.A. (a cura di), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability. Comparative and International Perspectives*, New York, Cambridge University Press 2012, 19 - 41.
- SILVA SANCHEZ J. M., “Doctrines Regarding the Fight Against Impunity and the Victim’s Right for Perpetrator to be Punished”, in *Pace Law Review*, 2008, 865 - 884.
- SILVA SANCHEZ J. M., *L’espansione del diritto penale*, Milano, Giuffrè 2004.
- SLYE R., “The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law”, in *Virginia Journal of International Law*, 2002, 173.
- SOTIS C., *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè 2007.
- SOTIS C., “Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 173 e ss.
- SPANGHER G., *Brevi note su verità e processo penale*, in FORTI G. - VARRASO G. - CAPUTO M. (a cura di), «Verità» *del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, Jovene 2014, 175 - 180.

- SPECIALE G., *Il risarcimento dei perseguitati politici e razziali: l'esperienza italiana*, in RESTA G. - ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica 2012, 115 - 138.
- SPECIALE G., *La giustizia della razza. I tribunali e l'art. 26 del r.d. 1728 del 17 novembre 1938*, in LACCHÈ L. (a cura di), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, Donzelli 2015, 249 - 279.
- SPERANZONI A., *Il testimone della disumanazione nei processi italiani per crimini di guerra*, in BUZZELLI S. - DE PAOLIS M. - SPERANZONI A., *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia. Questioni preliminari*, Torino, Giappichelli 2012, 159 - 208.
- SPERANZONI A., *La difesa delle vittime nei processi per crimini nazifascisti in Italia. Tra ricostruzione dei fatti e «irrisolto» risarcitorio*, in FOCARDI G. - NUBOLA C. (a cura di), *Nei tribunali. Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, Bologna, Il Mulino 2011, 335 - 350.
- SPERANZONI A., *Problematiche relative alle parti eventuali nei processi italiani per crimini di guerra*, in BUZZELLI S. - DE PAOLIS M. - SPERANZONI A., *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia. Questioni preliminari*, Torino, Giappichelli 2012, 207 - 287.
- STEINACHER G., *Das Massaker der Fosse Ardeatine und die Täterverfolgung. Deutsch-italienische Störfälle von Kappler bis Priebke* in GEHLER M. - GUIOTTO M. (a cura di), *Italien, Österreich und die Bundesrepublik Deutschland in Europa: Ein Dreiecksverhältnis in seinen wechselseitigen Beziehungen und Wahrnehmungen von 1945/49 bis zur Gegenwart*, Wien - Köln - Weimar, Böhlau Verlag 2012, 291 - 315.
- STEWART J.G., ““Specific Direction” is Indefensible: A Response to Heller on Complicity”, in *Opinio Juris*, 12 giugno 2013, online.
- STOKOHLM BANKE C.F., *Remembering Europe's Heart of Darkness. Legacies of the Holocaust in Post-war European Societies*, in PAKIER M. - STRATH B. (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford - New York, Bergahn 2010, 160 - 173.

- STORCHI, *Partigiani e fascisti: tribunali e carceri per una giustizia di transizione. Una ricerca in corso*, in FOCARDI G. - NUBOLA C. (a cura di), *Nei tribunali. Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, Bologna, Il Mulino 2011, 135 - 150.
- STORTI C., *Lavoratori ribelli e giudici eversivi. Sciopero e licenziamento collettivo nella giurisprudenza di Cassazione tra 1900 e 1922*, in LACCHÈ L. (a cura di), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, Donzelli 2015, 31 - 59.
- STORTONI L., “Premesse per uno studio sulla punibilità” in *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*, 1985, 626 e ss.
- STORTONI L., “Profili costituzionali della non punibilità” in *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*, 1984, 660 e ss.
- SULLO P., *Una truth commission senza verità? L’Instance Equité et Réconciliation nella transizione marocchina*, in MECCARELLI M. - PALCHETTI P. - SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell’individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid 2010, 157 - 202.
- TAMARIT SUMALLA J.P., “Transition, Historical Memory and Criminal Justice in Spain”, Antwerpen, Intersentia 2013.
- TAMARIT SUMALLA J.P., *Historical Memory and Criminal Justice in Spain*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9(3), 2011, 729 - 752.
- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza 2009.
- TARUFFO M., *La verità nel processo*, in FORTI G. - VARRASO G. - CAPUTO M. (a cura di), «Verità» *del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, Jovene 2014, 175 - 179.
- TEITEL R.G., *Globalizing transitional justice*, Oxford, Oxford University Press 2014.
- TEITEL R.G., *Transitional justice*, Oxford, Oxford University Press 2000.

- TEITEL R.G., “Transitional Justice in a New Era”, in *Fordham International Law Journal*, 2002, 893 - 906.
- TELESE L., *Qualcuno era comunista. Dalla caduta del Muro alla fine del PCI: come i comunisti italiani sono diventati ex e post*, Milano, Sperling & Kupfer 2009.
- TESTORI S., *La “repressione” antipartigiana e la magistratura piemontese (1946-1959)*, in NEPPI MODONA G. (a cura di), *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milano, Franco Angeli 1984, 173 - 206.
- THOMAS Y., *La verità, il tempo, il giudice e lo storico*, in FOCARDI G. - NUBOLA C. (a cura di), *Nei tribunali. Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, Bologna, Il Mulino 2011, 351 - 384.
- TODOROV T., *Gli abusi della memoria*, S. Maria Capua Vetere, Ipermedium 1996.
- TOGLIATTI P., [PRIVO DI TITOLO], in *Archivio Penale*, 1946, I, 235 - 241.
- TOMASI DI LAMPEDUSA G., *Il gattopardo*, Milano, Feltrinelli 1958.
- TRANCHINA G., “La vittima del reato nel processo penale”, in *Cassazione penale*, 2010, 4051 - 4060.
- TRANFAGLIA N., *Un capitolo del «doppio stato». La stagione delle stragi e dei terrorismi, 1969-84*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, v. III/2, Torino, Einaudi 1997, 8 - 82.
- TRAVERSO E., *Il passato: istruzioni per l'uso. Storia, memoria, politica*, Verona, Ombre Corte 2006.
- TREVES T., *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, Giuffrè 2005.
- TUCCI G., *La diffamazione dei partigiani: il caso Bentivegna*, in RESTA G. - ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica 2012, 317 - 342.
- TULKENS F., “The paradoxical relationship between criminal law and human rights” in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 577 - 595.

- UHL H., *Culture, Politics, Palimpsest. Theses on Memory and Society*, in PAKIER M. - STRATH B. (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford - New York, Bergahn 2010, 79 - 86.
- URBAN WALKER M., *Troubles with Truth Commissions: Putting the Moral Aims of Truth Commissions to the Fore*, in BIRD S.E. - OTTANELLI F.M. (a cura di), *The Performance of Memory as Transitional Justice*, Cambridge - Atwerpen - Portland, Intersentia 2015, 7 - 22.
- VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale: logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, Giuffrè 2012.
- VALENTINI V., *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, 97 e ss.
- VARDI N., *Privatizzazione dei contenziosi e risarcimento per gli illeciti storici. Il caso della Holocaust Litigation*, in RESTA G. - ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica 2012, 156 - 172.
- VASSALLI G., "Guardia nazionale repubblicana e presunzioni di collaborazione col tedesco invasore", in *Giustizia Penale*, 1946, 87 e ss.
- VASSALLI G., "Intorno all'art. 2 della legge sulle sanzioni contro il fascismo", in *Giustizia penale*, 1947, 663 e ss.
- VASSALLI G., *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè 1997.
- VASSALLI G., *La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza della Cassazione*, in VASSALLI G. - SABATINI G., *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Roma, La Giustizia Penale 1947, 1 - 414.
- VASSALLI G., *La potestà punitiva*, Torino, Utet 1942.

- VENTUROLI M., *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene 2015.
- VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA. VV. *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene 2011, vol. IV, 2645 - 2704.
- VIGANO F., *Les obligations de protection pénale des droits fondamentaux*, in GIUDICELLI-DELAGE G. - MANACORDA S. – TRICOT J. (a cura di), «*Devoir de punir?*» *Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Paris, Société de législation comparée 2013, 53 e ss.
- VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in MANES V. – ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè 2011, 243 - 298.
- VINCIGUERRA V., *Fascismo (sanzioni)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XVI, Milano, Giuffrè 1967, 914 e ss.
- VIOLANTE L., *Delinquere, perdonare, punire*, in VIOLANTE L. (a cura di), *La criminalità (Storia d'Italia. Annali, 12)*, Torino, Einaudi 1997, XXIX.
- VITALE N., 'Contro l'amnistia', in *Rivista Penale*, 1946, 1053 - 1074.
- VON LINGEN K., *Condannato al silenzio. Governi alleati e crimini nazisti in Italia: i condizionamenti politici sulla ricerca della verità*, in PALLA M. (a cura di), *12 agosto 1944: la strage di Sant'Anna di Stazzema*, Roma, Carocci 2003, 153 - 162.
- VON LINGEN K., *Nuremberg, Rome, Tokyo: The Impact of Allied War Crimes Trials on Post-War Memory and Identity in Germany, Italy and Japan after 1945*, Salford, European Studies Research Institute (ESRI) Press 2009.
- VON LINGEN K., *Kesselrings letzte Schlacht. Kriegsverbrecherprozesse, Vergangenheitspolitik und Wiederbewaffnung: Der Fall Kesselring*, Paderborn, Schöningh 2004.
- VON LISZT F., "Deterministische Gegner der Zweckstrafe", in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 325 - 358.

- WEINKE A., *Gewalt, Geschichte, Gerechtigkeit: Transnationale Debatten über deutsche Staatsverbrechen im 20. Jahrhundert*, Göttingen, Wallstein 2016.
- WERLE G. - BURGHARDT B., “La punibilità del complice nelle uccisioni di massa nei campi di sterminio nazisti - Il caso Demjanjuk nel contesto della giurisprudenza federale tedesca”, in *Ius17@unibo.it*, 2015, in pubblicazione.
- WERLE G. - JESSBERGER F., *Principles of International Criminal Law*, 3° ed, Oxford, Oxford University Press 2014.
- WHITLING F., *Damnatio Memoriae and the Power of Remembrance. Reflections on Memory and History*, in PAKIER M. - STRATH B. (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford - New York, Bergahn 2010, 87 - 97.
- WOLLER H., *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, Bologna, Il Mulino 1997.
- ZAGREBELSKY G., *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, Giuffrè 1974.
- ZAGREBELSKY G., *Commento all'art. 70 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Bologna, Zanichelli 1979, 116 - 149.
- ZAGREBELSKY G., *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Torino, Einaudi 1995.
- ZENO-ZENCOVICH V., “Il refuso che cambia la storia” in *La Domenica de Il Sole24 Ore*, 25 marzo 2012.
- ZENO-ZENCOVICH V., “Il giudizio dello storico e la Storia attraverso il giudizio”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXIV, n. 2, 2008, 34 - 40.
- ZIMRING F.E., *La pena di morte*, Bologna, Il Mulino 2009.
- ZINGARELLI N., *Lo Zingarelli 2004 - Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, Zanichelli 2004.
- ZOLO D., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Bari, Laterza 2004.

“L’applicazione dell’amnistia. La discussione alla Costituente”, in *Rivista Penale*, 1946, 1042 - 1049.

“Note illustrative alle proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell’illecito finanziamento dei partiti”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, 919 e ss.

“Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell’illecito finanziamento dei partiti”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, 1025 e ss.

ARCHIVI WEB UTILIZZATI

Archivio storico della Camera dei deputati - Documenti declassificati di Commissioni parlamentari d'inchiesta - Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause dell'occultamento di fascicoli relativi a crimini nazifascisti (XIV Legislatura): <https://archivio.camera.it/desecretazione-atti/commissione-parlamentare-inchiesta-sui-crimini-nazifascisti-leg-XIV/list>.

Associazione vittime eccidi nazifascisti di Grizzana Marzabotto Monzuno 1944: <http://www.eccidiomarzabotto.com/RAPPORTO%20ITALIAGERMANIA%202012.php>.

Atlante delle stragi naziste e fasciste in Italia: www.straginazifasciste.it

MATERIALE VIDEO CITATO*

25 Aprile: la memoria inquieta, di Guido CHIESA e Giovanni DE LUNA, Italia 1995.

All'armi siam fascisti! di Lino DEL FRÀ, Cecilia MANGINI e Lino MICCICHÉ, Italia 1962.

Dieci anni della nostra vita, di Romolo MARCELLINI, Italia 1953.

El secreto de sus ojos (Il segreto dei suoi occhi) di Juan José CAMPANELLA, Argentina - Spagna 2009.

Fascist Legacy (L'eredità del fascismo) di Ken KIRBY, Regno Unito 1990.

Henry Kissinger - On the Record, di David BRINKLEY, USA 1978 (inserito in coda al documentario di Rai Storia *Henry Kissinger. Un uomo alla sbarra*).

Holocaust (Olocausto) di Marvin J. CHOMSKY, USA 1978.

Il conformista di Bernardo BERTOLUCCI, Italia 1970.

La guerra sporca di Mussolini, di Giovanni DONFRANCESCO, Italia 2008.

La Resistenza nel Meridione d'Italia, di Giancarlo MANCINI, Italia 2015 (puntata del programma di Rai Storia *Il tempo e la storia*).

Lo stato di eccezione di Germano MACCIONI, Italia 2009.

One day after peace, di Erez LAUFER e Miri LAUFER, Israele - Sudafrica 2012.

Rappresaglia di George P. COSMATOS, Italia - Francia 1973.

Salò o le 120 giornate di Sodoma, di Pier Paolo PASOLINI, Italia - Francia 1975.

The trials of Henry Kissinger di Eugene JARECKI, USA 2002 (in Italia proposto da Rai Storia con il titolo *Henry Kissinger. Un uomo alla sbarra*).

Trials at Nuremberg (Vincitori e vinti) di Stanley KRAMER, USA 1961.

Una giornata particolare, di Ettore SCOLA, Italia - Canada 1977.

* Non si tratta di una filmografia sul tema trattato, ma solo del richiamo ai singoli materiali citati nelle note a piè di pagina.