



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

TEMPO, MEMORIA E DIRITTO PENALE



MEMORY LAWS IN EUROPEAN AND COMPARATIVE PERSPECTIVE
(M.E.L.A)

Bologna - Febbraio / Dicembre 2018

ISSN 2240-7618

4/2018

EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

EDITORIAL BOARD

Italy: Gian Luigi Gatta, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli
Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", via Altaguardia 1, Milano - c.f. 97792250157
ANNO 2018 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

Giustizia penale internazionale e narrazione storica*

Justicia penal internacional y narración histórica

International criminal justice and historical narrative

MATTEO COSTI

Sostituto Procuratore presso la Procura della Corte Penale Internazionale
matteo.costi@icc-cpi.int

GIUSTIZIA PENALE DI TRANSIZIONE

JUSTICIA PENAL TRANSICIONAL

TRANSITIONAL CRIMINAL JUSTICE

ABSTRACTS

La giustizia penale internazionale fa la storia o scrive la storia? Spetta ad essa scrivere la storia? Le sentenze che la giustizia penale internazionale produce hanno un valore maggiore o minore rispetto al lavoro di uno storico? Questo contributo cerca di rispondere a tali quesiti, sostenendo la tesi per cui sarebbe bene guardare sempre con un certo scetticismo alla narrazione storica della giustizia penale internazionale. Il lavoro si articola in tre punti. Il primo svolge alcune considerazioni sulla diversa natura dell'accertamento giudiziario rispetto a quello storico; il secondo si concentra su alcune caratteristiche strutturali che illustrano i limiti dell'indagine storica compiuta dai giudici all'interno dei processi internazionali; il terzo riflette su quale sia lo spazio rimasto per la narrazione storica all'interno delle sentenze.

¿La justicia penal internacional hace historia o la escribe? ¿Es su trabajo escribir la historia? ¿Tienen las sentencias penales internacionales mayor o menor valor que el trabajo de un historiador? El presente trabajo intenta responder estas preguntas, afirmando que sería positivo mirar siempre la narrativa histórica de la corte penal internacional con un cierto grado de escepticismo. El trabajo se divide en tres partes. La primera efectúa algunas reflexiones sobre la diversa naturaleza entre la adjudicación judicial y aquella histórica. La segunda se centra en algunas características estructurales que ilustran los límites de la investigación histórica llevada a cabo por los jueces en los juicios penales internacionales. Finalmente, la tercera refleja cuál es el espacio que queda para la narrativa histórica en las sentencias.

Does international criminal justice make history or does it write history? Is its job to write history? Do international criminal judgments have a greater or lesser value than the work of a historian? This contribution tries to answer these questions, affirming the argument that it would be good to always look at the historical narrative of international criminal justice with a certain skepticism. The work is divided into three parts. The first carries out some considerations on the different nature of the judicial adjudication with respect to the historical one; the second focuses on some structural features that illustrate the limits of the historical investigation carried out by judges in international criminal trials; the third reflects on what is the space left for the historical narrative within the judgments.

* Le opinioni espresse dall'Autore non riflettono necessariamente quelle della Procura presso la Corte Penale Internazionale, né quelle della Corte Penale Internazionale nel suo complesso.

SOMMARIO

1. Introduzione. - 2. La diversa natura tra accertamento giudiziario e accertamento storico. - 3. Limiti strutturali dell'indagine storica all'interno di un processo. - 3.1. Il nesso causale. - 3.2. Lo standard probatorio - 4. Quale spazio per la narrazione storica? - 5. Lo spazio residuo lasciato alla narrazione storica è attendibile?

1. Introduzione

In un articolo intitolato *“La giustizia che punisce solo i vinti”*, uscito su il *Corriere della Sera* del 13 dicembre 2017, lo storico Paolo Mieli afferma:

“In ogni caso, restando a Milošević, pur senza voler sminuire le sue colpe, va ricordato che nel 2016, dieci anni dopo la sua scomparsa, il Tribunale penale internazionale [per la ex-Jugoslavia] ha stabilito che non fu responsabile di crimini di guerra in Bosnia. I giudici dell’Aja lo hanno scritto a chiare lettere nella sentenza di duemila e cinquecento pagine con cui hanno condannato a quarant’anni di carcere il leader dei serbi di Bosnia Radovan Karadžić. Anzi, in quella sentenza è stato addirittura dato atto a Milošević di aver cercato di convincere Karadžić che «la cosa più importante di tutte era mettere fine alla guerra» e che «l’errore più grande dei serbo-bosniaci era di volere la sconfitta totale dei musulmani in Bosnia»¹

Contrariamente a quanto afferma Mieli, la sentenza nel caso *Karadžić* non ha evidentemente né condannato né assolto Milošević. E ciò per un semplice motivo: Milošević non era imputato in quel processo. Ciò che si afferma nella sentenza è solo che a partire dal 1993 – e quindi un anno dopo i crimini commessi in Bosnia di cui Milošević era stato accusato nel processo a suo carico che mai si concluse per la sua morte improvvisa – vi erano delle discrasie e delle tensioni tra Milošević e Karadžić, ma non che Milošević non fosse responsabile per i crimini commessi in Bosnia nel 1992.

La “notizia”, che Mieli prende di seconda o terza mano, si diffonde nei Balcani già nel 2016, un anno prima dell’articolo di Mieli, e viene poi importata in Italia da Giulietto Chiesa nell’agosto dello stesso anno. Quella che oggi chiameremmo *fake news* costringe perfino Serge Brammertz, Procuratore del Tribunale per la ex-Jugoslavia, a intervenire sul tema:

“Yet, while Milošević did not face final judgment in the courtroom, the facts and evidence remain. Today, any member of the public – and any government official – can access the ICTY’s judicial records and read the evidence. [...] Even in the absence of a criminal verdict, history’s judgment will be that Milošević played a central role in fostering ethnic cleansing campaigns throughout the former Yugoslavia”²

Brammertz dice due cose molto importanti: primo, che la storia *giudica* a prescindere dalla giustizia penale internazionale; secondo, che i processi penali internazionali costituiscono un luogo di raccolta di documentazione e testimonianze che per lo storico sono una fonte di grande rilevanza. Tuttavia, è compito dello storico, e non dei giudici, “scrivere la storia” anche analizzando quelle prove raccolte durante un processo.

La giustizia penale internazionale, dunque, non scrive la storia; semmai la *fa*. In altre parole, i processi davanti le corti internazionali, insieme a le centinaia di documenti e testimonianze raccolte attraverso un metodo rigoroso di accertamento, sono un patrimonio che lo storico nel suo lavoro non può trascurare. Ma spetta a questi scrivere la storia. Non ai tribunali attraverso le loro sentenze. Ed è un fatto particolarmente significativo che a dirlo sia un Procuratore di un tribunale internazionale.

Ma perché una sentenza che accerta determinati fatti e responsabilità al di là di ogni ragionevole dubbio attraverso un rigoroso procedimento di stampo accusatorio in cui le prove sono testate dalla difesa, dovrebbe essere meno autorevole del lavoro di uno storico, anche quando goda di indiscussa reputazione? Perché la narrazione di queste sentenze dovrebbe avere un

¹ Si veda [qui](#).

² Si veda [qui](#).

valore minore rispetto al lavoro di uno storico?

Nel mio intervento cercherò di illustrare perché, a mio avviso, si debba sempre guardare con un certo scetticismo alla narrazione storica della giustizia penale internazionale. Per farlo articolerò il mio ragionamento in tre punti. Il primo, più breve, sarà volto ad alcune considerazioni sulla diversa *natura* dell'accertamento giudiziario da quello storico; il secondo si concentrerà su alcune caratteristiche *strutturali* che illustrano i limiti dell'indagine storica compiuta dai giudici all'interno dei processi internazionali; il terzo e conclusivo punto del mio ragionamento tenterà di illustrare quale sia lo *spazio rimasto* alla narrazione storica nelle sentenze.

2. La diversa natura tra accertamento giudiziario e accertamento storico

La ovvia premessa è che la natura dell'accertamento giudiziario è diversa da quella dell'accertamento storico. Lo storico e il giudice penale internazionale si fanno domande diverse.

Mi pare infatti che la storia non guardi solo ai fatti del passato, ma cerchi di individuare appunto una *narrazione* che metta in connessione questi fatti. La storia, in altre parole, cerca di individuare i *perché*, nel senso di *dinamiche* e *concatenazioni*, e dà un *senso* ai fatti del passato e dunque ai comportamenti delle persone che in quel passato si sono mosse.

L'accertamento giudiziario, anche di una corte penale internazionale, per contro, è – e rimane – circoscritto all'accertamento dei fatti reato e della responsabilità penale dell'individuo. Non vi è altra missione. Tutti quegli elementi fattuali che non sono rilevanti al fine di tale accertamento sono esclusi dal vaglio del giudice, non sono o non dovrebbero essere parte dell'accertamento giudiziario. Specie se si considera che il *processo* davanti alle corti internazionali, con le dovute differenze e contaminazioni che conoscete bene, è però *tendenzialmente* un accusatorio puro—o quantomeno così viene vissuto dai suoi attori—con tutto quello che ne discende.

Ciò non significa che la storia, ovvero dinamiche di rilevanza storica, non siano presenti in un processo penale internazionale date le sue specificità. Il carattere massivo dei reati, delle vittime, degli attori ma più in generale le macro-dinamiche di cui si tratta fanno sì che la storia sia una presenza ben più ingombrante nei processi penali internazionali, se li confronta alla maggior parte dei processi penali nazionali.

Tuttavia, quando si invoca la storia, lo si fa per giungere a quella verità giudiziaria utile all'accertamento dei fatti reato e della responsabilità individuale, per raggiungere un obiettivo giudiziario, e non per il nobile fine di scrivere la storia per i posteri.

3. Limiti strutturali dell'indagine storica all'interno di un processo

E vengo dunque al secondo punto. Anche laddove il giudice volesse *scrivere* la storia, la sua capacità di narrazione è *strutturalmente* limitata da almeno due fattori: il *nesso causale* e lo *standard probatorio* tipici di un processo penale.

3.1. Il nesso causale

Il concetto di causalità assume una valenza e dei contorni nel diritto penale internazionale diversi da quelli che ha nel contesto di una indagine storica.

Nonostante la questione sia molto complessa, possiamo affermare che l'indagine del giudice è tesa a ricostruire una serie di connessioni causali lineari che determinino quale condotta abbia causato l'evento reato. Tende dunque a limitarsi alle cause prossime che siano temporaneamente e fisicamente adiacenti. E ciò al fine, appunto, di determinare la responsabilità penale dell'imputato. La causalità è dunque centrale nella sua ricerca, ma solo nel senso di *via* alla attribuzione della responsabilità.

Nell'indagine storica, invece, il campo di analisi risulta essere molto più ampio rispetto alla connessione prossima e diretta. Lo sguardo dello storico scandaglia cioè *connessioni possibili* e non solo *cause prossime o certe*. Ciò dà allo storico la possibilità di guardare a molteplici livelli

di causalità o di interazione tra eventi, con un approccio inclusivo e non esclusivo.

I contorni della ricerca sono dunque diversi. Lo storico riconosce l'importanza di molteplici livelli di causalità e guarda in modo *olistico* alle connessioni tra una molteplicità di eventi, contestualizzando i fatti oggetto della propria analisi. Il giudice internazionale, al contrario, limita o dovrebbe limitare il più possibile l'indagine alla causa prossima, legando l'evento di reato al contesto solo nella misura necessaria al fine di accertare la responsabilità dell'imputato. Un approccio appunto esclusivo e non inclusivo.

3.2.

Lo standard probatorio

Il secondo limite strutturale della indagine giudiziaria è rappresentato dall'elevato standard probatorio, il quale coincide per un giudice con il parametro dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio".

Al contrario lo storico non è tenuto ad escludere dalla propria analisi quei fatti che siano quantomeno *probabili* per giungere a conclusioni *plausibili*. Egli può allontanarsi più di quanto possa fare un giudice dal luogo e dal tempo del delitto.

È infatti tendenzialmente vero che più ci si allontana, ad esempio nel tempo, più il miraggio di una certezza al di là di ogni ragionevole dubbio gradualmente svanisce. Dunque, mentre uno storico può addentrarsi nella sfera del probabile, il giudice è costretto, ingabbiato, nella sfera dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio".

Paradossalmente dunque, se da un lato l'elevato standard probatorio rende gli accertamenti fattuali difficilmente contestabili, dall'altro limita la capacità di narrazione storica: il giudice non potrà infatti pronunciarsi su fatti, connessioni e dinamiche periferiche rispetto ai fatti da provare a giudizio, e l'alto standard probatorio può condurre il giudice verso conclusioni storicamente inesatte.

Prendiamo, come esempio, la sentenza *Dragomir Milošević* del Tribunale Internazionale per la ex-Jugoslavia, in cui uno dei crimini imputati era il bombardamento del mercato di Baščaršija, situato nella parte vecchia di Sarajevo. Le batterie serbe erano situate sulle montagne che circondano la città; tra le batterie serbe e il mercato c'erano quelle musulmane, disposte verso l'esterno a difesa della città. Le prove a processo dimostrarono la direzione ma non distanza percorsa dal colpo di mortaio che colpì il mercato. Era dunque astrattamente ipotizzabile che il colpo fosse stato sparato dai musulmani stessi nei confronti dei loro cittadini. Visto che una delle tesi della difesa era che i musulmani avessero colpito il mercato nel tentativo di rafforzare sentimenti anti-serbi nella comunità internazionale, i giudici del Tribunale Internazionale per la ex-Jugoslavia hanno concluso di non poter escludere che quel colpo di mortaio provenisse proprio dalle batterie musulmane.

Tale impeccabile accertamento giudiziario che portò all'assoluzione dell'imputato – visto che non si era provato al di là di ogni ragionevole dubbio che il colpo fosse stato sparato dalle forze serbe – risulta, al tempo stesso, storicamente inesatto. D'altra parte, nel caso di specie il giudice non poteva fare altro se non concludere in questo senso. Se il mancato accertamento di un fatto equivalga o meno al positivo accertamento che quel fatto non si è verificato, dipende evidentemente dalle motivazioni della sentenza. Ma se passa l'idea che la storia vada cercata tra le righe di una sentenza, questa distinzione è destinata a scomparire.

4.

Quale spazio per la narrazione storica?

Ma allora, alla luce di quanto detto sinora, quale spazio rimane per la narrazione storica all'interno della giustizia penale internazionale? Se guardiamo alle sentenze dei tribunali internazionali degli ultimi 20 anni, notiamo che questo spazio si è contratto: si è passati, infatti, dalla *macro-storia* alla *micro-storia*.

Si pensi alla sentenza nel caso *Tadić*, la prima emessa del Tribunale Internazionale per la ex-Jugoslavia. Tale decisione dedicava le prime 69 pagine (su circa 300) alla storia della ex-Jugoslavia. Dall'assetto istituzionale della Jugoslavia, la sua disgregazione fino all'inizio della guerra. Tadić era un poliziotto ausiliario di un piccolo paese situato nella municipalità di Prijedor, accusato di aver commesso in prima persona certi reati. Non dunque una figura

di grande rilievo come Karadžić, poi accusato di crimini commessi nell'arco di tutta la guerra. Buona parte di quelle 69 pagine, se le leggete, sono del tutto superflue ai fini della condanna. In un sistema nazionale accusatorio puro prove relative a un quadro storico così ampio rispetto al fatto reato non verrebbero ammesse perché irrilevanti.

L'ammissione di un tale filone probatorio semmai rispondeva a una duplice necessità. Anzitutto la necessità avvertita da Procura e giudici di "istruirsi" e "istruire" gli addetti ai lavori su un conflitto con cui pochi avevano familiarità. Il processo inizia infatti nell'aprile 1995, tre mesi prima di Srebrenica.

In secondo luogo, la convinzione di "dover raccontare" quello che stava accadendo nei Balcani, un po' perché la guerra non cessava, un po' perché la prima generazione di addetti ai lavori sentiva la responsabilità di dare all'opinione pubblica una narrazione di quello che stava avvenendo. C'era la convinzione di essere chiamati a scrivere la *macro-storia*. Lo straordinario slancio di quei primi anni '90, anni in cui il discorso e la riflessione intorno alla giustizia penale internazionale non erano quelli di oggi, ha portato inevitabilmente alcuni a leggere il proprio ruolo e la propria funzione in modo forse espansivo. La natura *straordinaria* di un processo penale internazionale contribuì a sua volta a consolidare questa percezione.

Le cose cambiano negli anni seguenti, anche in ragione di una *normalizzazione* della giustizia penale internazionale. Le più recenti sentenze, sia dei Tribunali *ad hoc* che della Corte Penale Internazionale, non si dilungano in una narrazione storica introduttiva di questo genere. Lo spazio lasciato al background storico dipende dal processo, dall'imputato e da altri fattori, ma non supera tendenzialmente mai lo stretto rilevante ai fini dell'accertamento dei fatti reato e della responsabilità individuale. *Micro-storia*, dunque. Mi pare che gli attori di oggi (Procura e giudici) abbiano più chiaro quale sia il perimetro della giustizia penale internazionale. Una giustizia penale, appunto, "*normalizzata*".

Paradossalmente, oggi lo spazio per la narrazione storica è occupato quasi di più dalla difesa che tipicamente argomenta che non si possono comprendere davvero i fatti oggetto del processo se non li si inquadrano in un preciso contesto storico. Si pensi ai fatti di Srebrenica nel caso *Karadžić*. Il noto eccidio avvenne nel luglio 1995, ma negli anni precedenti, uomini della 28^{esima} armata Bosniaca al comando di Naser Orić di base a Srebrenica commisero crimini contro civili serbi dei villaggi limitrofi. Mentre la Procura cercava di focalizzare il processo sui fatti del 1995, la difesa di Karadžić tentava di espandere il quadro storico al fine di discutere fatti commessi a partire dal 1992 per dimostrare che l'eccidio di 8000 musulmani in pochi giorni nel 1995 non fu il risultato di un piano criminioso, ma soltanto un episodio di vendetta privata da parte di chi aveva sofferto le violenze musulmane negli anni precedenti.

Con una doverosa precisazione: anche in questo caso la finalità dell'utilizzo della storia non coincide con esigenze di narrazione, ma ha l'obiettivo processuale di dimostrare la fallacia della tesi accusatoria e, pertanto, di assolvere l'imputato. Non dimentichiamo, tuttavia, che numerosi imputati non hanno alcun interesse a giocare la partita secondo le regole processuali, ma intendono lasciare una narrazione che li assolve davanti alla storia e che possa essere utilizzato politicamente da coloro che sostengono la loro innocenza. Sul punto esiste uno studio molto interessante di Nancy Combs, la quale ha approfondito il tema del rapporto tra narrazione storica e patteggiamento processuale e *guilty plea*, rilevando come gli imputati del Tribunale Internazionale per il Ruanda hanno sempre dimostrato poco interesse al *guilty plea* non tanto perché convinti della propria innocenza, ma perché ossessionati dal bisogno di voler dimostrare alla storia di essere innocenti.

Intendiamoci. Vista la peculiare natura massiva dei crimini internazionali anche la Procura deve inevitabilmente richiamare il contesto storico. Anzitutto, per provare agli elementi di contesto tipici dei crimini internazionali come l'esistenza di un attacco esteso o sistematico alla popolazione civile (per i crimini contro l'umanità) o la presenza di un conflitto armato internazionale o interno (per i crimini di guerra). In tale contesto, è inevitabile un ampliamento delle indagini al fine di provare, attraverso le c.d. *pattern evidence* o *summary evidence*, che il reato imputato è stato commesso in un preciso e più ampio contesto macro-offensivo.

In secondo luogo, la Procura ricorre alla storia per dimostrare l'elemento soggettivo e l'esistenza di una pianificazione imputabile al leader politico o militare di turno. Tendenzialmente però la prova di certe premesse storiche a, poniamo, una pulizia etnica non è sufficiente a provare l'esistenza di un piano o di un disegno criminioso in assenza di prove più tangibili—quali una ripetizione seriale e organizzata dei crimini. Da un punto di vista processuale, dunque, il racconto storico non ha, come pareva avesse ai tempi di *Tadić*, una forza probatoria di parti-

colare peso specifico.

5.

Lo spazio residuo lasciato alla narrazione storica è attendibile?

Al netto di quanto detto fino a qui—ovvero a) la diversa *natura* tra accertamento storico e giudiziario, b) i limiti *strutturali* dell'indagine storica all'interno di un processo penale internazionale e c) il limitato *spazio* dedicato alla narrazione storica nelle più recenti sentenze—fino a che punto la narrazione storica di una sentenza internazionale si può dire coerente o attendibile?

Difficile e forse troppo avventato dare una risposta univoca. Ci sono però delle ulteriori *variabili* che vanno tenute a mente.

La prima ha ad oggetto la discrezionalità della procura nello scegliere i capi di imputazione. Nonostante un approccio rappresentativo sia tra i criteri adottati ad esempio dalla Procura della Corte Penale Internazionale, resta vero che la scelta finale della procura dipende anche da altri fattori, come la solidità del caso o la disponibilità di risorse economiche. Se guardiamo ai capi di imputazione formulati negli ultimi anni, o comunque ai più recenti mandati d'arresto emessi dalla Corte Penale Internazionale, ci si accorge che l'approccio è sempre più simile a quello di un procuratore nazionale di *common law*: si privilegiano tendenzialmente processi ben mirati e di dimensioni relativamente piccole a discapito di processi che abbiano la pretesa di raccontare la storia di un conflitto.

La seconda questione ha ad oggetto il materiale probatorio. Prove diverse raccontano storie diverse. Le scelte della Procura nel costruire il caso dipendono da numerosi fattori contingenti, quali la sicurezza dei testimoni, la strategia difensiva, la cooperazione dello Stato di turno o più banalmente il budget a disposizione. A diversi quadri probatori, corrispondono potenzialmente narrazioni diverse e potenzialmente contraddittorie. A titolo di esempio, si pensi al caso *Seselj*, un ultra-nazionalista serbo che – nella tesi della Procura del Tribunale per la ex-Jugoslavia – aveva il comando di alcuni paramilitari che nel 1992 avevano commesso numerosi crimini soprattutto in Bosnia. In numerose sentenze precedenti quella nel caso *Seselj* relative ai medesimi fatti il Tribunale per la ex-Jugoslavia aveva riconosciuto che nel 1992 vi era stato un attacco sistematico nei confronti della popolazione civile (crimini contro l'umanità) finalizzato ad uccidere o deportare la minoranza etnica musulmana.

Nel 2016 la sentenza della *Trial Chamber* del caso *Seselj*, dopo aver ricordato che la Camera di primo grado non è vincolata al rispetto delle precedenti decisioni emanate dalle altre camere di prima istanza, affermava che le prove nel caso di specie non erano sufficienti a provare al di là di ogni ragionevole dubbio una politica di pulizia etnica da parte dei Serbi. Non solo: la Camera concludeva per la non esistenza di una *Joint Criminal Enterprise*, ovvero quel piano comune che coinvolgeva la leadership serba alla prassi di pulizia etnica. La Corte d'Appello da un lato capovolgeva le conclusioni sui crimini contro l'umanità ma, dall'altro, confermava la conclusione della *Trial Chamber* circa l'inesistenza della *Joint Criminal Enterprise*. La Camera d'Appello riconosceva l'incongruenza di questa conclusione, ma ribadiva giustamente che la decisione non poteva che dipendere esclusivamente dal quadro probatorio emerso in quello e non altri processi. Si confermava così una narrazione diversa da quella di altri processi che l'avevano preceduta.

In conclusione, si può pertanto affermare che lo spazio residuo di narrazione storica va letto con scetticismo. La sentenza prova lo specifico fatto, ma non necessariamente il contesto storico generale nel quale il fatto accertato si inserisce.

In una interessante lettura che Dov Jacob dà del processo *Pétain*, svoltosi in Francia nel secondo dopoguerra, ci si chiede se la narrazione processuale possa essere considerata come *neutrale*. Quando si celebra il processo *Pétain* nella estate del 1945, vi è una forte esigenza dei Gollisti di legittimare De Gaulle, riunire i Francesi dietro la sua figura, e delegittimare la Repubblica di Vichy. Nel 1945 non si voleva (o poteva) dire che la Repubblica Francese aveva volontariamente e legittimamente firmato l'armistizio con la Germania: nella narrazione storica di quel processo, e più in generale nella Francia del dopoguerra, l'armistizio era stato un atto di tradimento firmato da un governo illegittimo.

La narrazione storica del processo si muove sugli stessi binari, ma alla Procura serve un accorgimento perché il processo funzioni. *Pétain*, infatti, divenne primo ministro il 16 giugno 1940, firmò l'armistizio il 22 giugno dello stesso anno *prima* della approvazione a Vichy della

nuova costituzione che decreta la fine della Terza Repubblica e che accentra nelle sue mani tutti i poteri avvenuta il 10 luglio. L'armistizio con la Germania è firmato da Petain dunque prima e non dopo il *coup d'état*. Nel capo di imputazione del processo, tuttavia, la data del *coup d'état* viene fissata nel 16 giugno (invece del 10 luglio). In questo modo la Procura ha potuto coerentemente affermare che l'armistizio era stato un atto di alto tradimento, privo di alcun valore legale. Con l'ulteriore corollario che, svuotato di ogni valore legale l'armistizio, si poteva affermare l'applicabilità del codice penale di guerra. Petain era responsabile di aver esautorato il potere legittimo, imposto una dittatura e tradito la Francia firmando l'armistizio.

Soltanto nel 1995 Chirac riconoscerà che gli atti di Vichy – inclusa la deportazione di ebrei nei lager nazisti che non appare tra le carte del processo Petain – erano della Repubblica Francese, ammettendo dunque le responsabilità allo Stato per quanto accaduto. Dov Jacobs conclude la sua analisi del caso *Petain* con una considerazione: l'unità nazionale, che è alla base della riconciliazione, non si basa sulla *verità* (sia essa processuale o no), ma su una *narrazione condivisa*. Non serve un processo, una verità che divide, ma una narrazione che unisca.

Per quanto affascinante e in parte condivisibile, questa suggestione non pare convincere del tutto. Si pensi al caso italiano e tedesco. In Italia la narrazione che ha unito è quella di un popolo vittima del nazi-fascismo e che si è riscattato con la Resistenza. Manca, invero, una seria riflessione nazionale sulle nostre gravi responsabilità. E mancano processi per i crimini commessi dagli italiani. In Germania, a partire da Norimberga, il popolo tedesco è stato costretto a un lungo e difficile processo di accettazione e a una dura e divisiva presa di coscienza delle proprie responsabilità, non soltanto individuali ma anche collettive. Non si sono nascosti dietro un mito, ma hanno dovuto affrontare le proprie responsabilità. Oggi, i populistici senza memoria governano l'Italia, ma non la Germania. Forse dunque la consapevolezza delle proprie responsabilità aiuta più di una narrazione condivisa ad evitare che gli errori del passato si ripetano.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>