

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO
Filosofia del diritto

DIPARTIMENTO
Cesare Beccaria

CURRICULUM
Diritto Canonico ed Ecclesiastico

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

Il fattore religioso nella giustizia di transizione

IUS 11

Rinaldo Cristofori
Matricola: R07041

Tutor
Chiar.mo Prof. Enrico Vitali
Chiar.mo Prof. Paolo di Lucia

Coordinatore
Chiar.mo Prof. Paolo di Lucia

A.A. 2009/2010

Indice

Introduzione	4
1. Il fattore religioso.....	5
2. La giustizia di transizione ed il difetto di organicità.....	12
3. Il problema delle fonti.....	14
Capitolo I Teoria e pratica della giustizia di transizione	18
1. Cenni introduttivi alla disciplina della giustizia di transizione.....	18
2. Giustizia di transizione e giustizia	25
3. Prima fase storica e tensione tra giustizia ed uguaglianza	27
4. Seconda fase storica: contrattualismo ed utilitarismo ed il problema della certezza della pena	34
5. Terza fase storica: retribuzione o riconciliazione	44
5.1 Giustizia retributiva.....	53
5.2 Giustizia riconciliativa.....	63
Capitolo II Riconciliazione, tra diritto e perdono	75
1. Perdono	75
1.1 Diversi livelli di perdono	77
1.1.1 Livello personale.....	77
1.1.2 Secondo livello: dinamiche sociali e politiche.....	79
2. Riconciliazione	84
3. Riconciliazione e fattore religioso in Timor Est	88
3.1 Integrazione tra lisan e CRP.....	90
3.2 Risultati ottenuti dal lisan	93
4. La riconciliazione in Uganda	95
5. La dimensione giuridica del perdono	100
5.1. Giuridicità del perdono e giustizia di transizione	103

5.2 Il processo di riconciliazione in Sud Africa.....	107
5.2.1 Religione ed Apartheid.....	107
5.2.2 Il concetto di ubuntu ed il Sud Africa.....	109
5.3 Il fattore religioso e la TRC	110
Capitolo III Il caso del Marocco.....	113
1. Breve analisi storica	114
1.2 Il rapporto Monarchia-Democrazia in Marocco	116
2. L'Instance Equité et Réconciliation	120
2.1 Visione generale delle competenze	120
2.2 Contesto giuridico delle violazioni	123
2.2.1 Normativa.....	125
2.3 Metodologia di indagine	128
2.4 Riparazioni.....	130
2.5 Il processo di riconciliazione.	137
3. Critiche ed osservazioni sulla IER.....	141
Conclusioni.....	144
Sud Africa	149
Marocco	157
Ebraismo	160
Diritti tradizionali e rituali africani ed asiatici.....	163
Il problema della giustizia.....	164
Bibliografia.....	167

Introduzione

Il presente lavoro nasce dalla passione per una disciplina ancora poco nota nel nostro paese: la giustizia di transizione, o, per essere più precisi, la *transitional justice*. Oggi una disciplina largamente riconosciuta in molti paesi anglosassoni che mira ad identificare, come si leggerà nel primo capitolo, gli strumenti e le dinamiche che concorrono a formare una nuova democrazia o una pace stabile e duratura dopo anni, se non decenni, di abusi e violazioni dei diritti umani in un paese.

Nei primi anni di questa disciplina, il principale dibattito tra gli esperti riguardava il fenomeno di democratizzazione, e la sua applicazione: da un lato, infatti, vi era chi sosteneva che andavano studiate solamente le democratizzazioni reali, e quindi solamente le istanze nazionali che, al termine di un regime dittatoriale, affrontavano un lungo percorso verso una vera democrazia ed il dilemma di cosa fare con i criminali del regime. Da un altro lato alcuni sostenevano che tale limite fosse improprio, perchè non permetteva lo studio di realtà diverse, che quindi non necessariamente avevano come punto di partenza regimi dittatoriali, bensì più semplicemente, benchè “semplice” sia un termine scorretto, partivano da un passato di violazioni ed abusi per altri motivi, ed in particolare guerre e genocidi¹. Tale dibattito, negli ultimi anni, è andato affievolendosi soprattutto grazie ad una tacita intesa sul significato di “democratizzazione”, allargando tale significato a tutti quei processi che ricostruiscono una democrazia nel rispetto dei diritti umani, uno stato di diritto, ed una riconciliazione indipendentemente dal punto di partenza.

¹ Vengono immediatamente alla mente realtà quali il Ruanda e la Jugoslavia.

Attualmente gran parte dell'attenzione dei diversi ricercatori di questa disciplina sembra concentrarsi sulla riconciliazione e come questa possa essere raggiunta in un paese. La disciplina difetta di una definizione chiara di riconciliazione e, soprattutto, l'eterogeneità dei casi di giustizia di transizione non aiutano nell'identificarne una. Oltre a questa difficoltà parte della dottrina si è attualmente schierata su due differenti fronti: da un lato vi è chi sostiene che la riconciliazione è un concetto profondamente religioso, sinonimo di perdono, e quindi vada promossa attraverso questo più conosciuto concetto; dall'altro alcuni sostengono che per riconciliazione debba solamente intendersi la convivenza pacifica all'interno della società tra vittime e rei, senza però identificare un metodo per ottenere tale coesistenza.

La connotazione religiosa (cristiana) data al concetto di riconciliazione, ed il fatto che alcune istanze nazionali abbiano sfruttato tradizioni e rituali locali per promuovere la riconciliazione tra concittadini, ha dato lo spunto iniziale a questa ricerca. L'idea stessa che il fattore religioso possa promuovere una democratizzazione, o che rituali tradizionali possono divenire importanti strumenti nella democratizzazione di un paese sono stati gli elementi centrali di questo lavoro. Il presente lavoro si è quindi proposto di identificare come alcuni paesi abbiano implementato rituali o fattispecie giuridiche religiose all'interno del sistema nazionale per promuovere una riconciliazione sociale e di valutare il ruolo svolto dal sentimento religioso all'interno di altre realtà, e come quest'ultimo abbia contribuito ad una riconciliazione.

1. Il fattore religioso

Negli ultimi decenni, dopo un lungo processo di secolarizzazione, si sta assistendo ad un ritorno della questione religiosa non solo nella vita

odierna dell'individuo, ma anche a livello interindividuale, ove il fattore religioso ha acquisito importanza sotto molteplici aspetti². A tutt'oggi si fa ricorso alla religione come caratteristica distintiva, anche se generalmente in termini identificabili come “negativi”: fondamentalismo ed estremismo. La religione, sostiene Appleby, ha in sé “*the authority to kill and to heal, to unleash savagery, or to bless human kind with healing and wholeness*”³ e, continua, “*most religious societies, in fact, have interpreted their experience of the sacred in such a way as to give religion a paradoxical role in human affairs - as the bearer of peace and of the sword*”⁴.

Sostenere che le differenze religiose siano le uniche cause dei conflitti attualmente in corso è, senza dubbio, eccessivo, ma anche sostenere il contrario, e definire le ragioni di certe azioni dettate solamente da motivazioni politiche è fuorviante⁵ in quanto vorrebbe dire non considerare la capacità del fattore religioso di radicalizzare il confronto e riscriverne le regole⁶.

Il sentimento religioso non può essere comunque reputato l'unico elemento caratterizzante dell'estremismo. Etnia e nazionalismo sono, infatti, i due elementi cui il fattore religioso è spesso associato in

² Si pensi all'importanza che oggi ha il fattore religioso nelle politiche migratorie, nel campo del terrorismo internazionale, nel campo dei diritti umani e tutela della libertà di religione, nel campo dell'istruzione, solo per citare alcuni esempi.

³ R. Scott. Appleby, *The Ambivalence of the Sacred*, Rowman and Littlefield, Lanham, 1999, pag. 29.

⁴ *Ibidem*, pag. 27.

⁵ *Ibidem*, pag. 30.

⁶ *Ibidem*, e Silvio Ferrari, *Conclusion*, in *Law and Religion in the 21st Century*, a cura di Silvio Ferrari e Rinaldo Cristofori, Ashgate, New York-Londra, 2010, pag. 369 e ss.

movimenti estremisti⁷. Il concetto di etnia e di nazione sono strumenti identificativi di una comunità, e, secondo Weber, promuovono un profondo senso di differenziazione, di “popolo eletto”⁸. L’idea dell’ “etnonazionalismo”, creata da Walker Connor⁹, identifica come fondamento del fenomeno la percezione che la comunità ha dei suoi elementi distintivi, in contrapposizione alla realtà di tali elementi: non è quindi importante cosa realmente distingue una comunità da un’altra, ma cosa gli individui pensino sia importante. L’idea dell’essere diversi, di avere quindi un’identità ben distinta, permette all’individuo di sentirsi maggiormente protetto.

La religione ha, all’interno del concetto di etnia o nazione, un ruolo di primo piano: spesso infatti le comunità si riconoscono in una determinata confessione¹⁰ o, in altri casi, usano le loro tradizioni religiose per reclamare degli antichi diritti, legittimando tali richieste con una giustificazione trascendente¹¹.

Il fondamentalismo religioso è un fenomeno che si sviluppa in opposizione alla permeabilità di una comunità verso valori a lei estranei¹². Le autorità, la leadership, della comunità, che giustificava la sua autorità su precedenti valori, si trova così in difetto e, per autolegittimarsi, rievoca le passate virtù, seleziona elementi delle

⁷ *Ibidem*, pag. 60.

⁸ Max Weber, *Economia e società*.

⁹ Walker Connor, *Ethnonationalism the quest for understanding*, Princeton Press, Princeton, 1994.

¹⁰ La distinzione in Bosnia tra musulmani e cristiani giocò un ruolo fondamentale nel conflitto. Affronteremo la questione bosniaca più avanti.

¹¹ La questione dei coloni israeliani, secondo i quali alcuni territori sarebbero loro di diritto, identificabili dall’antico testamento come territorio israeliano.

¹² Appleby, op. cit., pag. 87.

tradizioni religiose utili allo scopo, predica un ritorno ai fondamenti della religione per proteggersi dall'“altro”¹³. Ma il concetto stesso di fondamentalismo viene spesso messo in dubbio da elementi appartenenti alle stesse religioni che producono questi movimenti, presenti infatti in minoranza nella maggior parte delle confessioni religiose: il concetto di fondamentalismo implicherebbe, infatti, che solo gli estremisti siano i portatori delle basi della fede, e che tutti coloro che non lo sono si rifacciano a versioni secolarizzate e corrotte delle tradizioni religiose¹⁴.

Secondo Appleby fondamentalismo religioso e etno-nazionalismo religioso sono due elementi distinti dell'estremismo religioso. Nascono da situazioni socio-politiche diverse, il fondamentalismo come difesa dall'altro, mentre l'etno-nazionalismo religioso come strumento di identificazione di una comunità rispetto ad un'altra. A questi due distinti fenomeni Appleby affianca una terza istanza, la teologia della liberazione. i “liberazionisti”, a parere di Appleby, sono coloro che sostengono la legittimità religiosa del ricorso alla violenza per difesa¹⁵. Fondamentalismo e teologia della liberazione potrebbero confondersi: entrambe le teorie promuovono il ricorso alla violenza in difesa di una comunità. La differenza, secondo gli stessi liberazionisti, sta nell'eccezione: i casi in cui la teologia della liberazione è stata promossa sono casi eccezionali, in cui esponenti religiosi sono chiamati a schierarsi o a favore delle vittime o a favore dei *perpetrators*¹⁶.

Vi sono, però, istanze in cui il fattore religioso influenza in maniera

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Appleby, op. cit., pag. 87.

¹⁵ *Ibidem*, pag. 115.

¹⁶ *Ibidem*, pag. 117.

“positiva” il ruolo dell’individuo nei conflitti; è il caso delle ONG o di particolari individui che si dedicano alla promozione della pace e della riconciliazione.

I *militants for peace*¹⁷, al contrario delle loro controparti violente, hanno un minor risalto mediatico¹⁸. I media, in alcuni casi, riportano le azioni di alcuni soggetti che, a loro parere, rappresenterebbero santi moderni. Ghandi, nella sua autobiografia, ammette di non aver mai amato il titolo di *Mahatma* (grande anima), perchè minava le sue stesse affermazioni: che chiunque potesse seguire la sua strada della non violenza ed ottenere gli stessi risultati¹⁹. Vi sono numerosi soggetti che operano in zone di conflitto, a diversi livelli; le azioni di alcuni producono notevoli conseguenze, politiche e sociali, che generano spesso risultati notevoli.

I successi ottenuti dai soggetti religiosi, nelle transizioni o nei conflitti, sono spesso influenzati dalla fede e dalla concezione della giustizia degli stessi soggetti che vi operano²⁰. Secondo la teoria delle *logiche d’azione*²¹ i soggetti che operano in zone di conflitto o nei processi di transizione agiscono secondo una logica susseguente alla concezione che hanno della giustizia²². Vi sono cinque diverse logiche d’azione: logica della fede, logica del legalismo, logica delle emozioni,

¹⁷ *Ibidem*, pag. 120 e ss.

¹⁸ Appleby, op. cit., pag. 122.

¹⁹ La citazione è riportata anche dallo stesso Appleby, pag. 122.

²⁰ L. Vinjamuri e A.P. Boesenecker, *Religious actors and transitional justice*, in *Religious Pluralism*, a cura di Thomas Banchoff, Oxford University Press, New York-Oxford, 2008, pag. 155 e ss.

²¹ *Ibidem*, pag. 158.

²² *Ibidem*.

logica delle tradizioni e logica delle conseguenze²³. La logica della fede caratterizza gli attori religiosi, che operano, quindi, seguendo una concezione della giustizia dettata dalla loro fede, o comunque da essa fortemente influenzata²⁴; la logica del legalismo caratterizza le azioni delle O.N.G. che prediligono l'applicazione del diritto internazionale, secondo una concezione della giustizia maggiormente retributiva²⁵. La logica delle emozioni incarna la convinzione che vi sia una correlazione tra la verità (riconosciuta pubblicamente- come ad esempio accade nelle commissioni giustizia e verità²⁶), le emozioni che essa fa scaturire e la riconciliazione²⁷; la visione della giustizia di attori regionali, che prediligono l'applicazione di forme giuridiche tradizionali, si esplica nella logica delle tradizioni; infine la logica delle conseguenze caratterizza quei soggetti privi di una concezione predeterminata di giustizia, ma che preferiscono utilizzare strumenti diversi per raggiungere obiettivi prefissati²⁸. Le cinque logiche, distinte tra di loro,

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, pag. 158.

²⁵ L. Vinjamuri e A.P. Boesenecker, op. cit., pag. 155 e ss.

²⁶ Commissioni giustizia e verità o Commissioni di verità, sono istituzioni pubbliche normalmente create in epoca di transizione politica. Si distinguono dalle commissioni d'inchiesta perchè normalmente hanno mandato più ampio. Le commissioni sono considerate lo strumento principe della giustizia di transizione e svolgono un ruolo di raccolta e indagine delle violazioni commesse al termine delle quali pubblicano un report in cui esaminano la storia passata e propongono al governo un numero di raccomandazioni. Queste ultime variano dalle proposte di modifiche normative alle possibili misure da adottare in merito alle compensazioni per le vittime. D'ora in avanti si utilizzerà l'allocuzione commissioni giustizia e verità per indicare l'insieme di questi strumenti. Per una breve analisi storica e del metodo si rinvia alla voce *Commissioni di Verità*, di Federico Borello, in *Dizionario I*, dell'opera *Diritti Umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, direzione scientifica di Marcello Flores, UTET, Torino, 2007.

²⁷ L. Vinjamuri e A.P. Boesenecker, op. cit., pag. 158.

²⁸ *Ibidem*.

sono però, come si vedrà, estremamente permeabili tra loro: in molti casi, infatti, le soluzioni adottate operano all'interno di diverse logiche.

Secondo la distinzione delle logiche, i soggetti religiosi opererebbero seguendo un concetto di giustizia distinto da quello “secolare”, maggiormente retributivo²⁹. Gli attori religiosi preferiscono operare secondo un concetto di giustizia che, secondo Vinjamuri e Boesenecker, preferisce il perdono all'applicazione del diritto penale³⁰. La prevalenza però di una visione pietistica del diritto nei soggetti religiosi non è del tutto realistica. In primo luogo gli attori religiosi operano, spesso, in contesti già definiti dalle autorità statali: l'arcivescovo Desmond Tutu in Sud Africa, operò come presidente della T.R.C., uno strumento regolamentato dal governo del paese, e nella sua posizione influenzò, come si vedrà, una definizione di riconciliazione, ma la scelta di non perseguire penalmente i *perpetrators*³¹ era stata del governo e non sua. In secondo luogo la scelta di preferire forme di riconciliazione al diritto penale spesso non è influenzata dagli attori religiosi, ma dalle tradizioni culturali del paese in questione: il Ruanda è emblematico di questo caso, ove le corti *gacaca* furono preferite ad altri strumenti; analogamente in Timor Est ed in Uganda ove, come si vedrà in seguito, vennero utilizzati strumenti tradizionali.

Nel presente lavoro osserveremo nel particolare alcuni diversi esempi delle logiche su menzionate. In particolar modo l'analisi si concentrerà

²⁹ *Ibidem*, pag. 158.

³⁰ L. Vinjamuri e A.P. Boesenecker, op. cit., pag. 159.

³¹ *Perpetrator* (plurale *perpetrators*) è un termine inglese che, in ambito giuridico, indica colui che ha compiuto una violenza, o un reato. Il termine, generico, non distingue tra reo o indagato, ma si limita ad identificare l'agente dell'azione. Data la poca eleganza, e poca scientificità, del termine *perpetratore* in lingua italiana, si è preferito mantenerlo nel presente lavoro in inglese.

sulla logica della fede, con l'esempio del Sud Africa; sulla logica delle tradizioni, con l'esempio di Timor Est; ed infine sulla logica del legalismo, esemplificata dall'esperienza marocchina. Le tre istanze menzionate, va sottolineato, risulteranno anche emblematiche della permeabilità delle diverse logiche.

2. La giustizia di transizione ed il difetto di organicità

La giustizia di transizione, benchè riconosciuta come un area di studio ed una disciplina a sé stante da molti ricercatori, a tutt'oggi difetta di una visione d'insieme, di un'analisi organica, che possa aiutare studiosi di altre discipline a comprenderne le dinamiche. La maggior parte dei lavori pubblicati sinora si concentra unicamente su *case studies*, sulle particolarità di ogni singola esperienza e sull'unicità delle risposte date alle scelte locali.

Contestuale a tale metodo di analisi, solamente un singolo *case study*, si riscontra anche un'approccio poco multidisciplinare da parte di ricercatori delle diverse discipline: i politologi, ad esempio, affrontano le loro ricerche tenendo in poco conto la realtà giuridica del paese ed al contempo i giuristi si soffermano maggiormente su posizioni positivistiche, analizzando le norme o le sentenze degli organismi giuridici, senza osservare gli effetti di queste sulla società e sulla democratizzazione. Tale approccio risulta, spesso, in una visione poco ampia dell'istanza analizzata, promuovendola ad un *unicum* del suo genere, un caso a sé stante, più che ad un tassello di una più ampia evoluzione giuridico-politica quale può essere la giustizia di transizione.

Tale mancanza di organicità è stata la prima difficoltà incontrata nel

presente lavoro. Tranne infatti alcune opere ben note³² non si trovano molti scritti che propongono una visione d'insieme della giustizia di transizione. Tuttavia per analizzare approfonditamente il concetto di riconciliazione è stato necessario proporre, in prima battuta, una definizione della giustizia di riconciliazione che risultasse organica ed approfondita.

A tale scopo è stato dedicato il primo capitolo, che ripercorre l'evoluzione della giustizia di transizione ed, attraverso una periodizzazione in diverse fasi, ne esamina gli elementi distintivi e le diverse problematiche, al fine di identificare, da un lato, i confini di tale disciplina e, dall'altro, di sottolinearne le peculiarità.

Data però l'eterogeneità delle fonti analizzate, dallo statuto del Tribunale Militare di Norimberga a quello della Corte Penale Internazionale, dall'analisi del report della *Truth and Reconciliation Commission* del Sud Africa a quello più recente dell' *Instance équité et réconciliation* del Marocco, si è scelto di utilizzare come filo conduttore dell'analisi sulla giustizia di transizione l'evoluzione del diritto applicato nelle transizioni e come quest'ultimo si sia evoluto da un diritto unico, speciale ed in contrasto con i più importanti principî moderni, ad un diritto generale, universalmente riconosciuto in campo di diritti umani, ed in grado di rispettare i principî basilari dello stato di diritto.

Tale metodologia di analisi ha permesso di estrapolare ed individuare le dinamiche con cui la giustizia di transizione si è evoluta nel corso degli anni e, soprattutto, di identificare alcuni punti fermi di questa sfuggente disciplina.

³² Ruti Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, New York, 2000; Ruti Teitel, *Transitional Justice Genealogy*, in «Harvard Human Rights Journal», Vol.16, 2003, pagine 69-94; Jon Elster, *Chiudere i conti*, il Mulino, Bologna, 2008.

Una caratteristica già accennata della giustizia di transizione, l'essere multi-disciplinare, ha permesso di affrontare, nella prima parte, l'evoluzione del diritto di transizione sotto un'ottica filosofica. Tale scelta è stata dettata dalla necessità di individuare un filo conduttore preciso nella storia dei diversi casi: il rapporto tra elementi fondamentali del diritto, e principi giuridici, ed un diritto inizialmente in profondo contrasto con questi ultimi e la sua graduale riforma, sino a divenire un elemento fondamentale per la creazione e tutela di uno stato di diritto.

3. Il problema delle fonti

Una seconda, fondamentale, problematica emersa durante lo sviluppo di questa ricerca ha riguardato le fonti primarie ed il loro reperimento. Sebbene l'analisi compiuta nel primo capitolo sia relativamente lineare e si fondi su fonti giuridiche immediatamente riconoscibili, lo stesso non si può dire delle fonti utilizzate nel secondo e terzo capitolo.

Le analisi compiute nel secondo e terzo capitolo si basano, per la maggior parte, sui report³³ delle diverse commissioni giustizia e verità. Tali commissioni hanno svolto nelle transizioni nazionali di loro competenza, spesso un ruolo primario, se non unico.

Per citare un noto studioso italiano: *“È facile comprendere come, restringendo ogni investigazione all'ordinamento già costituito di questo o quello Stato, non si creda di dover tener conto, se non forse ai fini di magri cenni storici, di quei principi giuridici che alla formazione di siffatto ordinamento avranno pur presieduto[...].”*³⁴ Quest'affermazione

³³ *Supra*, nota 26.

³⁴ Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano, 1969, pag. 30.

coglie l'essenza dell'importanza di alcuni istituti giuridici analizzati nel presente lavoro, e, soprattutto, ne coglie le conseguenze. Non a caso la giustizia di transizione è costellata di *“istituti [...] che sorgendo o indipendentemente o, più spesso, contrari ad un diritto positivo, ricevono poi da questo la loro sanzione o addirittura lo costituiscono”*³⁵. Un esempio di tale istituto sono i due Tribunali Speciali del secondo dopo guerra, criticati per i difetti di legittimità, che verranno esaminati nel primo capitolo, ma che costituirono un importante motore di svolta nell'evoluzione del diritto internazionale e nel diritto di guerra: basti qui pensare alla responsabilità individuale per i crimini di guerra, fino ad allora mai riconosciuta.

Santi Romano, nell'opera citata, identifica tre casi in cui uno Stato, ed il suo ordinamento costituzionale, si modificano ed evolvono per divenire un qualcosa di nuovo. Nel primo caso si assiste ad un'evoluzione dell'ordinamento costituzionale nell'orbita di un diritto positivo riconosciuto che interviene, nel lungo periodo, ed influenza e modifica l'ordinamento³⁶; la seconda ipotesi identifica come possibile causa del mutamento la messa in crisi dell'ordinamento, vuoi per anarchia statale o per invasione esterna del paese, ma comunque a causa di forze esterne all'ordinamento giuridico e prive di legalità esse stesse³⁷.

La terza ed ultima ipotesi si avvicina alle molteplici istanze analizzate nella giustizia di transizione: *“l'instaurazione, cioè, di un nuovo ordine costituzionale può avvenire, non secondo le norme precedentemente stabilite dal diritto positivo, non in opposizione e con la distruzione delle*

³⁵ *Ibidem*, pag. 31.

³⁶ Santi Romano, op. cit., pag. 34.

³⁷ *Ibidem*, pag. 35.

*norme medesime, ma all'infuori di queste, con un procedimento che non è né giuridico né antiggiuridico*³⁸.

Quest'ultima ipotesi proietta una luce interessante sulle istanze tipiche della giustizia di transizione. Senza voler allontanare e negare l'importanza delle prime due ipotesi formulate, concentrandosi su quest'ultima permette di rivalutare l'importanza del diritto di transizione³⁹ come possibile fonte costituzionale, ma anche di rivalutare gli istituti della giustizia di transizione di natura meno giuridica, come le commissioni giustizia e verità.

I casi analizzati nel presente lavoro (Sud Africa, Timor Est e Marocco) hanno caratteristiche tipiche sia della seconda che della terza ipotesi. Risulta storicamente innegabile che sia il Sud Africa, sia il Marocco che Timor Est hanno dovuto ricostituire il loro ordinamento giuridico dopo un periodo di profonda crisi e di anarchia, o perchè dovuto all'apartheid, o agli anni di piombo o all'invasione dell'Indonesia. Tuttavia il momento costitutivo del nuovo ordinamento è avvenuto in un successivamente, con l'implementazione nello stato di procedimenti *né giuridici né antiggiuridici*, come le commissioni, che hanno ristabilito il diritto positivo e riaffermato i principî del diritto all'intero della società.

Si possono distinguere due momenti formativi del diritto all'interno del lavoro svolto dalle commissioni: un primo momento, profondamente radicato nella realtà, investe la società stessa che deve ricostituirsi, tentando di ristabilire e riformare l'armonia sociale necessaria per promuovere negli individui la fiducia nel diritto e nella certezza del diritto; un secondo momento, di natura squisitamente astratta, vede le

³⁸ *Ibidem*, pag. 34.

³⁹ Per una definizione del diritto di transizione si rimanda a *infra* pag. 21 e ss.

commissioni proporre e promuovere i cambiamenti istituzionali e giuridici necessari a modificare l'ordinamento giuridico affinché garantisca l'irripetibilità delle violenze passate e garantisca la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Questo secondo momento costitutivo svolge un importante ruolo nelle dinamiche di trasformazione dello Stato: le raccomandazioni infatti sono spesso considerate l'elemento fondamentale del lavoro di una commissione.

Il lavoro svolto dalle commissioni si perfeziona con la pubblicazione di un report. Tali lavori, che spesso coprono migliaia di pagine, analizzano in dettaglio tutti gli aspetti del lavoro: dalla metodologia utilizzata nelle indagini fino alle considerazioni finali e alle raccomandazioni per gestire ed emendare ove necessario le leggi nazionali.

Le raccomandazioni proposte dalle commissioni non sono, va sottolineato, vincolanti per lo Stato. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, l'opinione pubblica ed il mondo politico, al momento della pubblicazione dei report, si concentrano proprio su queste, tanto da creare una notevole pressione affinché lo Stato metta in atto le necessarie modifiche. Inoltre le raccomandazioni diventano un importante punto di riferimento per la valutazione dell'operato del nuovo Stato: i diversi punti delle raccomandazioni rappresentano, spesso, i punti chiave delle riforme necessarie a ridefinire lo Stato nel suo nuovo assetto democratico.

Capitolo I Teoria e pratica della giustizia di transizione

1. Cenni introduttivi alla disciplina della giustizia di transizione

L'espressione "*transitional justice*" nasce nei primi anni novanta come titolo di un progetto di ricerca dell'*United States Institute of Peace*. Tale progetto di ricerca prevedeva lo studio dei processi di democratizzazione dei decenni precedenti ed in particolare degli strumenti giuridici utilizzati per garantire giustizia e stabilità sociale⁴⁰. Il progetto di ricerca si concluse con la pubblicazione di tre volumi a tema: nel primo vennero editi gli elementi generali della materia; nel secondo le esperienze dei paesi (*Country studies*) che hanno affrontato una transizione democratica e le scelte da essi operate; infine nell'ultimo volume vennero raccolte le norme, internazionali o nazionali, emanate dai governi per affrontare le transizioni.

La pubblicazione ebbe una rilevanza profonda nel settore dei diritti umani anglosassoni, soprattutto per il rilievo politico di alcuni dei protagonisti del progetto (i tre volumi furono introdotti da Nelson Mandela). Nel 1997 venne pubblicato un nuovo volume dedicato a questa materia: *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, che raccoglie scritti di autori vari sulle transizioni verso la democrazia di alcuni paesi⁴¹.

⁴⁰ Confronta in proposito la prefazione di Richard H. Solomon a *Transitional Justice, how emerging democracies reckon with former regimes*, United States Institute for Peace Press, Washington D.C., 1995, pagina xiii.

⁴¹ A cura di A. James McAdams, *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1997.

Nel 2000 la *transitional justice* prese forma in maniera più compiuta con il libro di Ruti G. Teitel, *Transitional Justice*⁴². L'opera, al contrario delle precedenti, affronta il tema delle transizioni democratiche da una più ampia prospettiva, tentando di identificare, attraverso le passate esperienze, una specificità della *transitional justice* e una sistematicità del diritto applicato durante le democratizzazioni. L'autrice intende dimostrare come il diritto nascente durante le transizioni non sia un mero prodotto del fenomeno, ma ne sia invece parte integrante: la *transitional justice* è il mezzo della transizione democratica; senza una struttura legale di base, la democratizzazione non potrebbe conseguire i propri scopi attraverso un approccio effettivamente democratico⁴³. Due sono le domande cui l'autrice tenta di dare una risposta: quali siano gli strumenti giuridici che una società in transizione adotta per affrontare il passato e quale sia il valore di tali strumenti per le prospettive democratiche della società⁴⁴.

Per rispondere alla prima domanda la Teitel sviluppa una definizione di *transitional justice* delineata da principio proprio attraverso l'esame dei diversi settori del diritto applicato durante le transizioni: penale, costituzionale, amministrativo, e *restorative justice*⁴⁵. Ne emerge una definizione particolare: la *transitional justice* sintetizza strumenti tipici (come i tribunali penali o le riforme costituzionali) di diverse discipline giuridiche. La *transitional justice*

⁴² Ruti G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, New York, 2000.

⁴³ Teitel, op. cit., pag. 6.

⁴⁴ Teitel, op. cit., pag. 213.

⁴⁵ Reparatory justice: termine anglosassone che identifica il corpo normativo promulgato da uno stato in fase di democratizzazione per risarcire (anche non economicamente) i danni subiti dalle vittime per le violazioni dei diritti umani perpetrate precedentemente.

è quindi un sistema giuridico formato da diverse discipline, che viene teorizzato e strutturato al termine di un conflitto o di un regime antidemocratico affinché il paese possa confrontarsi con il suo passato.

La risposta alla seconda domanda può essere meglio compresa grazie ad un articolo, pubblicato poco dopo il libro, della medesima autrice: in esso si propone un'approfondita analisi storica della *transitional justice*⁴⁶ volta a dimostrare come vi sia una correlazione tra le scelte giuridiche operate durante una transizione, le condizioni politiche (nazionali ed internazionali) in cui tali scelte vengono operate e i fini che vogliono essere raggiunti. A tal fine l'autrice individua ed analizza tre fasi storiche della *transitional justice*: la prima si colloca tra la fine della prima guerra mondiale e l'inizio della guerra fredda; la seconda è caratterizzata dai processi di democratizzazione nel Sud America e nei paesi dell'ex Unione Sovietica, transizioni rese necessarie proprio per il crollo dell'Unione Sovietica; la terza ed ultima fase, attualmente ancora in atto, viene caratterizzata dal fenomeno della globalizzazione: i principi della democrazie e dei diritti umani si diffondono pressoché ovunque, permettendo alla *transitional justice* di trasformarsi da eccezione al principio di legalità in regola generale affinché tale principio entri a far parte della nascente democrazia⁴⁷. Tale periodizzazione, non esaustiva, aiuta nel tentativo di trovare una definizione alla disciplina; come si vedrà poco oltre, infatti, le tre diverse fasi proposte dalla Teitel pongono particolari problematiche

⁴⁶ Ruti G. Teitel, *Transitional Justice Genealogy*, in «Harvard Human Rights Journal», Vol.16, 2003, pagine 69-94.

⁴⁷ “ *Transitional justice moves from the exception to the norm to become a paradigm of the rule of law.*” in *ibidem*, pag. 71.

per il giurista e sono caratterizzate da criteri giuridici teorici e pratici diversi. Criteri giuridici che permettono di identificare l'evoluzione di questa disciplina.

Negli anni a seguire sono stati pubblicati numerosi studi su questa disciplina. Attualmente, però, manca ancora una definizione organica di *transitional justice*, e di quale sia il suo oggetto ed ambito di applicazione. Il termine *transitional justice*, liberamente traducibile in italiano con il termine giustizia di transizione, deve venir quindi avvicinato, dal giurista, con particolare attenzione.

I due termini non sono, per loro natura, di immediata comprensione, né, tanto meno, di facile definizione: il primo termine, giustizia, indica un “valore positivo che può essere riferito sia ai comportamenti e alle scelte pratiche sia alle ragioni addotte per giustificare questi e quelle”⁴⁸; il secondo termine, transizionale, indica un momento specifico, un periodo definito temporalmente, in cui si assiste all'applicazione di norme e pratiche idonee a rendere giustizia di comportamenti, presumibilmente illeciti, commessi nel recente passato.

Data la dualità del concetto di giustizia, è necessario, per garantire l'organicità un'analisi della giustizia di transizione, distinguere tra la definizione di giustizia come insieme di comportamenti e pratiche, identificabile come “diritto di transizione”, e il concetto di giustizia come insieme di ragioni addotte, più facilmente intuibile come giustizia, ma, non per questo, più immediato e semplice da definire. Una tale distinzione permette, in primo luogo, di identificare gli

⁴⁸ Mario Jori e Anna Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, pag. 173.

elementi “puri” del diritto, le norme e l’applicazione di queste, all’interno di una transizione. In secondo luogo distinguere tra diritto e giustizia offre la possibilità di approfondire lo studio degli elementi teorici che rendono la giustizia di transizione un momento di particolare tensione tra alcuni elementi oggi tipici delle diverse teorie della giustizia: idea di uguaglianza, *rule of law*, certezza del diritto e della pena, sono solo alcuni di questi.

Per comprendere cosa sia la giustizia di transizione, ad oggi non propriamente definita, occorre proporre un tentativo di definizione: “[a] *conception of justice associated with periods of political change, characterized by legal responses to confront the wrongdoings of repressive predecessor regimes*”⁴⁹. Questa definizione non viene condivisa da tutti⁵⁰, ed in particolare è criticata perchè troppo restrittiva in quanto limiterebbe questa disciplina solamente alla sfera giuridica ed alle democratizzazioni⁵¹; si tratta di una definizione che permette, tuttavia, di individuare alcuni elementi fondamentali da cui partire. Si riscontra, nella definizione, un importante elemento già sottolineato, la dualità del termine giustizia che, da un lato, è insieme di comportamenti (*legal responses*) e, dall’altro, giustificazione di questi comportamenti (*conception of justice*). La definizione sottolinea il carattere temporale della disciplina: il diritto di transizione, infatti, è associabile a periodi chiaramente identificabili nella storia di una nazione. La transitorietà della giustizia di transizione non va confusa con l’applicazione di norme straordinarie, che hanno vigore per un

⁴⁹ Ruti Teitel, *Transitional Justice Genealogy*, op. cit., pag. 69.

⁵⁰ Si veda l’introduzione di Naomi Roht-Arriaza nel volume *Transitional Justice in the Twenty First Century*, a cura di Naomi Roht-Arriaza e Javier Mariezcurrena, Cambridge University Press, New York, 2006.

⁵¹ *Ibidem*.

periodo di tempo determinato o indeterminato (come per esempio il Patriot Act in USA), ma, al contrario, il carattere transitorio della giustizia di transizione si riferisce soprattutto alla scelta consapevole di una nazione, di “chiudere i conti” con il passato e muovere oltre”⁵².

Le critiche che affermano come tale definizione limiti l’analisi alle sole democratizzazioni sono condivisibili: porre come condizione di partenza della giustizia di transizione la pre-esistenza di regimi dittatoriali e limitarne l’evoluzione alle sole democratizzazioni, infatti, pone limiti ingiustificati. Vi sono esperienze diverse da regimi dittatoriali, e conseguenti democratizzazioni, che hanno contribuito a definire e creare la giustizia di transizione. Basti qui citare l’esperienza ruandese, in cui esisteva una democrazia, ma ove le violazioni commesse hanno distrutto la società, e ove le esperienze di giustizia di transizione hanno plasmato nuove vie per questa disciplina.

In un volume del 2006 Mark Freeman afferma: “*On one level, there is little that unites any single transitional context to another; the differences are greater than the similarities. [...]there is one feature that unites all these contexts: the legacy of widespread violence and repression*”⁵³. A parere di Freeman, quindi, non è possibile trovare caratteristiche comuni alle diverse transizioni, ma solamente comuni strumenti quali: i processi; gli organismi investigativi; le riforme della giustizia; i risarcimenti dei danni⁵⁴. Questi quattro strumenti, che possono assumere diverse forme a seconda del processo transitorio in

⁵² Jon Elster, *Chiudere i conti*, Il Mulino, Bologna, 2008.

⁵³ Mark Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, New York, 2006, pagina 5.

⁵⁴ *Ibidem*.

cui operano, assolvono al medesimo scopo: aiutare lo Stato e la società ad affrontare una situazione straordinaria con strumenti straordinari⁵⁵.

L'identificazione di quattro strumenti di base che identificano il processo transitorio, e lo caratterizzano come tale, permette di riaffermare l'idea già precedentemente esposta: la giustizia di transizione non è facilmente definibile di per sé, ma l'analisi degli strumenti in essa applicati aiuta il giurista nel tentativo di fornire una definizione. La teoria della Teitel che distingue tre fasi storiche caratterizzate da una diversa fiducia nel diritto internazionale rappresenta un importante argomento a favore dell'importanza dei diversi strumenti⁵⁶ utilizzati: gli stati hanno seguito, in diversi momenti, una delle quattro tipologie individuate da Freeman (processi, organismi investigativi, riforme giuridiche e risarcimenti). Nella seconda fase storica, ad esempio, gli stati hanno optato per l'utilizzo di strumenti "interni" alla nazione, più che di strumenti che avessero caratteristiche internazionali: nella maggior parte delle transizioni avvenute in Sud America e nei paesi dell'ex Unione Sovietica, infatti, sono stati utilizzati i tribunali nazionali, proprio perché vi era una mancanza di fiducia nei confronti del diritto internazionale. Nella terza fase la tendenza si è invertita e i diversi strumenti utilizzati hanno avuto caratteristiche più internazionali: tribunali misti, commissioni giustizia e verità composte da commissari internazionali.

Tuttavia sostenere che si possa definire la giustizia di transizione solo attraverso l'analisi degli strumenti applicati appare limitativo. La

⁵⁵ Mark Freeman, op. cit., pag. 5.

⁵⁶ Approfondiremo l'analisi degli strumenti nel secondo capitolo.

difficoltà nel trovare una definizione organica della giustizia di transizione nasce dalla compresenza di esperienze profondamente diverse tra paese e paese, dalla eterogeneità dei molti casi di transizione. Tale difficoltà, però, non esclude la possibilità di definire la giustizia di transizione attraverso lo scopo che si prefigge, indipendentemente dagli strumenti utilizzati, ed identificare la *ratio* alla base delle norme applicate.

La giustizia di transizione, spesso, se non sempre, nasce come risposta a condizioni di profonda anomia, intesa nel suo concetto più proprio di *a-nomos*: situazioni politico-sociali, quindi, in cui, oltre ad un'assenza di un potere centrale riconosciuto e legittimo per la pluralità dei cittadini, ed al venire meno del *rule of law*, si assiste anche ad una crescente violenza, se non allo scoppio di una guerra civile. Lo scopo, quindi, della giustizia di transizione, è di fermare tale condizione di anomia ed interrompere la spirale di violenze e vendette, ristabilendo un equilibrio sociale ed il rispetto della legge.

2. Giustizia di transizione e giustizia

Si è accennato, più sopra, alla dualità del termine giustizia. Da un lato il diritto di transizione, ovvero le norme e le pratiche poste in essere durante una transizione, e, dall'altro, la giustizia, intesa come giustificazione delle norme e delle pratiche. Questo secondo aspetto della giustizia di transizione, il momento giustificativo, avviene, di norma, prima dell'identificazione del diritto transitorio, così da rendere quest'ultimo dipendente da una scelta politico-sociale specifica. Tale dipendenza tra diritto transitorio e momento giustificativo ha permesso l'identificazione di quattro problematiche

uniche della giustizia di transizione:

- I. la tensione fra giustizia di transizione ed il legame giustizia/uguaglianza;
- II. la crisi della certezza della pena;
- III. le diverse concezioni di giustizia di transizione (retributiva e non-retributiva) e le diverse teorie del diritto e della pena;
- IV. il problema della riconciliazione e del perdono.

Le prime tre problematiche sono a loro volta identificabili con le tre fasi storiche teorizzate dalle Teitel⁵⁷. Va sottolineato che, come ogni analisi storica, le tre fasi non possono essere nettamente distinte, ma si possono ravvisare elementi di ognuna che fanno da spartiacque tra una fase e l'altra. La prima fase storica ed in particolare, come si vedrà più oltre, la scelta di punire i gerarchi nazisti, portò alla luce la tensione tra giustizia di transizione e uguaglianza. La seconda fase, caratterizzata dall'uso del diritto nazionale, ha portato alla luce la crisi della certezza della pena, pur sanando parzialmente le prime tensioni. La terza fase ha acuito la tensione tra certezza della pena e giustizia, proponendo un dualismo a prima vista insanabile: giustizia retributiva e giustizia non retributiva. La quarta problematica, riassumibile nella tensione tra diritto e perdono, appartiene, in maggior misura, alla terza fase storica.

Si può, infine, proporre l'identificazione di una quarta fase storica, attualmente in corso, caratterizzata dall'invenzione di nuove pratiche giuridiche e dalla crisi tra diritto e diritto tradizionale/religioso, primo

⁵⁷ Ruti Teitel, *Transitional Justice Genealogy*, op. cit.

tentativo di superamento della tensione tra diritto e principî base, come l'uguaglianza e la certezza del diritto. In questa fase, come vedremo, la tensione tra diritto e perdono sottolinea la criticità di una distinzione tra riconciliazione e perdono.

3. Prima fase storica e tensione tra giustizia ed uguaglianza

La definizione di giustizia, oggi, riprende una definizione aristotelica secondo cui il concetto di giustizia, la definizione del termine, è identificabile con l'uguaglianza: "l'idea di uguaglianza rappresenta la componente semantica imprescindibile della nozione di giustizia"⁵⁸. Aristotele identifica la giustizia come una *virtù totale* ed il giusto, secondo il filosofo, si identifica nell'uguale: l'equidistanza tra il troppo ed il troppo poco⁵⁹; tale teoria, giunta fino a noi quasi immutata, è, secondo alcuni, il nesso tra legge e giustizia⁶⁰. Questa connessione, tra uguaglianza e giustizia, appare venir meno nella giustizia di transizione. L'uguaglianza, il trattamento uguale di casi uguali, viene meno in questo contesto, per l'assenza di un criterio generale a monte (punire o non punire, che diritto applicare), tanto che viene meno anche il significato minimo del termine uguaglianza, intesa come un metodo di decisione, e quindi una tecnica decisionale basata sull'applicazione di uno standard comune. Tale distonia tra giustizia di transizione e uguaglianza è rinvenibile sia sul piano giuridico, in quanto le pratiche poste in atto da una società non sempre rispettano il principio di uguaglianza, sia sul piano generale, poiché tutte le istanze di giustizia di transizione affrontano, nella maggior

⁵⁸ Mario Jori e Anna Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, op. cit., pag. 176.

⁵⁹ In proposito si veda Giorgio Del Vecchio, *La Giustizia*, in *Filosofia del Diritto*, a cura di Paolo di Lucia, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2002, pag. 61.

⁶⁰ Norberto Bobbio, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, pag. 261.

parte dei casi, situazioni analoghe in maniera differente⁶¹.

Alla tensione tra giustizia ed uguaglianza segue una crisi, profonda, del principio di certezza del diritto. Per garantire la tutela di tale principio uno Stato deve garantire un trattamento eguale di casi uguali, ma non solo. Tale principio assorbe anche l'altro ben precisato dal noto brocardo *nulla poena nullum crimen sine lege*, caratteristico del diritto penale occidentale, per il quale non vi è crimine senza che esista una previa norma che lo identifichi.

In termini generali, infatti, il diritto di transizione viene emanato in circostanze speciali, per affrontare questioni passate, fino ad arrivare a ledere il principio di irretroattività della legge penale, oltre al principio di eguaglianza, investendo, di conseguenza, anche il principio della certezza del diritto.

Questa peculiarità, propria della giustizia di transizione, appare come una sorta di peccato originale sin dal primo esempio di giustizia di transizione: i processi di Norimberga e di Tokyo, entrambi esempi di come, sul piano giuridico, le pratiche poste in atto lesero il principio di uguaglianza e, causalmente, i principî di irretroattività e certezza del diritto.

Il Tribunale Militare Internazionale di Norimberga, il cui statuto venne redatto l'8 agosto del 1945, ed il Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente, il cui statuto è invece del 19 gennaio 1946, prevedevano, per la prima volta nella storia, di individuare le responsabilità personali dei gerarchi delle due potenze in merito ai crimini di guerra ed altri reati mai prima previsti: crimini

⁶¹ Mark Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, op. cit., pag. 5.

contro l'umanità e crimini contro la pace. Erano da considerarsi crimini contro la pace: la pianificazione, la preparazione, l'inizio o la dichiarazione di una guerra d'aggressione o di una guerra in violazione dei trattati di pace internazionali o la complicità in qualunque delle fattispecie menzionate⁶². Tali previsioni attirarono molteplici critiche, ancora oggi mosse alla giustizia di transizione, che prendono spunto dal principio di irretroattività della legge penale. I criminali giapponesi e nazisti, infatti, vennero processati per crimini fino ad allora non previsti, e non certo prevedibili. Il limite posto, dai tribunali militari internazionali, alla sovranità degli Stati, fino ad allora principio cardine del diritto internazionale, è un ulteriore esempio della portata di questi processi. L'individuazione di una responsabilità individuale in campo di diritto internazionale, quindi, permise lo svilupparsi di una nuova consapevolezza in seno alla società: la sovranità di uno Stato è tale fintanto che non viola i principi fondamentali⁶³. Un ulteriore elemento distonico dei tribunali militari internazionali risulta dalla lettura del primo articolo di entrambi gli statuti: la competenza a processare "*the major war criminals of the European Axis*" e "*the major war criminals of the Far East*". In entrambi gli statuti venne prevista la competenza dei tribunali a processare non tutti coloro che avessero commesso i crimini riportati, ma solamente i gerarchi; tale limitazione, prevista per evitare confusione tra meri esecutori ed ideatori, lede, seppur parzialmente, il principio di uguaglianza, secondo il quale casi uguali andrebbero

⁶² Articolo 6 dello Statuto del Tribunale Internazionale Militare di Norimberga; articolo 5 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale dell'Estremo Oriente.

⁶³ Si veda: Benedetto Conforti, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, VII edizione 2006, pag. 190; Steven R. Ratner e Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford University Press, New York, 2001.

trattati in maniera uguale. Inoltre tale distinzione tra esecutori e ideatori venne meno a Tokyo dato che i massimi esponenti del governo giapponese, tra cui l'imperatore Hiroito, non vennero tutti processati, alimentando quindi le perplessità sulla imparzialità⁶⁴ del Tribunale Militare Internazionale dell'Estremo Oriente.

Le diverse critiche mosse ai due tribunali, ed in particolare a quello giapponese, possono essere sintetizzate come segue: i crimini contestabili ai nazisti ed ai giapponesi avrebbero dovuto essere limitati allo *ius in bello*, il diritto di guerra, previsto e normato dalle convenzioni di Ginevra, e la competenza per crimini mai prima d'allora previsti era in violazione del principio *nulla poena nullum crimen sine lege*. In secondo luogo, in ogni esempio giuridico moderno, è sempre stata prevista la reciprocità e l'uguaglianza delle parti, pertanto, oltre ai crimini per lo *ius in bello* commessi dalle forze dell'asse, si sarebbe dovuto assistere ad analoghi procedimenti per le violazioni analoghe commesse dalle forze alleate: il bombardamento di Dresda oppure le violazioni delle convenzioni di Ginevra sul trattamento disumano dei prigionieri commesse dall'Unione Sovietica sono solo alcuni esempi. Il diritto penale moderno, già al termine della seconda guerra mondiale, prevedeva sia il principio indirizzato al giudice secondo cui *in dubio pro reo*, sia la garanzia del processato di essere considerato innocente fino a prova contraria. Tuttavia quest'ultimo principio venne violato, secondo alcuni, *ab origine* con l'identificazione delle competenze del Tribunale: processare i *major war criminals*, e quindi l'identificazione a priori dei soggetti da sottoporre a processo già come criminali, era indice della prevenzione dei giudici sulla questione. Per quanto pertiene al principio indirizzato

⁶⁴ Madoka Futamura, *War Crimes Tribunals and Transitional Justice, The Tokyo Trial and the Nuremberg Legacy*, Routledge, New York, 2008, pag. 43-44.

al giudice, *in dubio pro reo*, sarebbe stato ignorato, secondo alcune critiche, perchè la formulazione stessa delle norme, unitamente all'identificazione dei soggetti citati in giudizio come criminali, non lasciava molto spazio di arbitrio ai giudici. Tale critiche andrebbe però parzialmente ridimensionata alla luce delle sentenze di assoluzione emesse dal Tribunale Internazionale di Norimberga.

Una critica mossa da più voci, e che a tutt'oggi rimane dibattuta, riguarda il crimine di aggressione. Tale crimine, previsto negli statuti sotto la fattispecie dei crimini contro la pace, venne, all'epoca, applicato grazie al Patto Kellog-Briand, o patto di Parigi, che prevedeva, all'articolo 1, la rinuncia alla guerra come strumento per la soluzione delle controversie internazionali⁶⁵. Secondo i giuristi dell'epoca la violazione del patto di Parigi era sufficiente per determinare il crimine di aggressione, ma tale documento soffriva di tre gravi mancanze: non prevedeva alcun procedimento sanzionatorio per chi lo avesse violato; non dava alcuna definizione compiuta di guerra, di aggressione o legittima difesa; non prevedeva, da ultimo, metodi alternativi di risoluzione delle dispute emerse tra i firmatari. Tali mancanze inficiavano la teoria secondo cui fosse sufficiente tale documento per definire la guerra di aggressione. A tutt'oggi quest'ultimo problema è ancora vivo nel diritto internazionale, tanto che lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale (d'ora in poi CPI)⁶⁶ del 1998, prevede all'articolo quinto, competenza della Corte in materia di crimini contro la pace, il crimine di aggressione⁶⁷.

⁶⁵ Stefano Pietropaoli, *Defining Evil. The war of aggression and international law*, in «*Juria Gentium*», III (2007). online all'indirizzo <http://www.juragentium.unifi.it/en/surveys/wlgo/cortona/pietropa.htm>

⁶⁶ Per un'analisi del funzionamento della CPI e del suo ruolo, si veda *infra* pag. 55 e ss.

⁶⁷ Art. 5 comma 1 dello Statuto

Tuttavia questa particolare fattispecie di reato è per ora ignorata dalla CPI perchè, secondo un parere vincolante dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, deve essere chiarito e necessita di una definizione condivisa da tutti gli Stati firmatari⁶⁸.

Nonostante le critiche ricevute, i primi tribunali internazionali hanno avuto un ruolo fondamentale nella formazione non solo del diritto internazionale moderno, ma anche nel gettare le basi per la giustizia di transizione.

Per quanto pertiene al diritto internazionale, i processi di Norimberga portarono all'individuazione di nuovi principi e nuove fattispecie. In primo luogo si ricordano i cosiddetti principi di Norimberga, che vennero stilati dalla Commissione per il diritto internazionale delle Nazioni Unite che stilò, nel 1950, su richiesta dell'Assemblea Generale, un elenco di principi generali desumibili dai processi appena terminati, denominati appunto principi di Norimberga⁶⁹:

1. È perseguibile e responsabile chiunque commetta un atto che costituisce reato ai sensi delle norme di diritto internazionale.
2. È perseguibile e responsabile chiunque commetta un atto considerato reato dalle norme di diritto internazionale anche se tale atto non costituisce reato per la legge nazionale a lui applicabile.
3. È perseguibile e responsabile chiunque commetta un atto considerato reato dalle norme di diritto internazionale anche se ha agito

⁶⁸ <http://www.un.org/News/facts/iccfact.htm>

⁶⁹ Testo adottato dalla Commissione per il diritto internazionale durante la seconda sessione, nel 1950.

in qualità di Capo di Stato o di membro del Governo .

4. È perseguibile e responsabile chiunque commetta un atto considerato reato dalle norme di diritto internazionale anche se ha agito nell'esecuzione di un ordine, se nel momento in cui ha commesso il fatto era nella possibilità di compiere una scelta.
5. Deve essere sempre garantito l'espletamento di un giusto processo.
6. Sono considerati reati dalle norme di diritto internazionale i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra ed i crimini contro la pace.
7. La complicità in un reato è di per sé reato.

La stesura di questi principi, avvenuta successivamente ai processi, avrebbe dovuto sanare *ex nunc* lo strappo generatosi tra giustizia e uguaglianza, tra giustizia e certezza del diritto, causato da processi per reati sconosciuti al momento della commissione dei fatti⁷⁰.

Oltre all'evoluzione in campo giuridico, i processi di questa prima fase storica, ed in particolare quelli di Norimberga, sono identificabili come primo esempio di giustizia di transizione. La *ratio* alla base della giustizia di transizione, sanare una situazione di anomia, è rinvenibile, se non come scelta giustificante dei processi, almeno negli effetti che questi hanno prodotto. In primo luogo l'esistenza stessa del Tribunale permise una normalizzazione dei rapporti tra vincitori e vinti: la punizione inflitta, infatti, diversamente da quella della prima guerra mondiale, fu

⁷⁰ Oltre al tentativo appena menzionato, i principi di Norimberga hanno promosso anche la stesura di alcuni ben più noti documenti internazionali: la *Convenzione contro il crimine di genocidio*, 9 dicembre 1948; la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, 10 dicembre 1948; le modifiche alla *Convenzione di Ginevra* ed i protocolli successivi, rispettivamente del 1949 e del 1977.

capace di colpire i veri responsabili e non tutta la popolazione⁷¹. In secondo luogo i processi risposero alla necessità delle vittime di vedere i criminali puniti per i crimini commessi, impedendo così una demonizzazione della società intera⁷². Il conflitto tra certezza del diritto e giustizia, nel caso specifico del Tribunale Internazionale Militare di Norimberga, è un “*conflitto della giustizia con se stessa: un conflitto tra giustizia apparente e giustizia reale*”⁷³. Infine, le condanne comminate permisero di distinguere i nazisti dai tedeschi, e quindi i criminali dalla semplice popolazione; Robert H. Jackson, pubblico ministero americano per il Tribunale di Norimberga affermò: “*The German, no less than the non German world, has an account to settle with these defendants*”⁷⁴.

4. Seconda fase storica: contrattualismo ed utilitarismo ed il problema della certezza della pena

Durante l’apogeo della guerra fredda, come accennato precedentemente, la giustizia di transizione ha vissuto un momento di sfiducia nei confronti del diritto internazionale. In questo periodo, infatti, il diritto di transizione è stato caratterizzato dall’applicazione del diritto nazionale. L’applicazione del diritto nazionale, qui inteso come l’emanazione e l’applicazione di norme volute dal legislatore nazionale, senza l’influenza di organismi internazionali, ha permesso nella seconda fase di superare l’iniziale tensione tra giustizia di transizione ed uguaglianza e certezza del diritto come dimostra il caso dell’unificazione

⁷¹ Madoka Futamura, op. cit., pag. 43-44.

⁷² Madoka Futamura, op. cit., pag. 43-44.

⁷³ Gustav Radbruch, op. cit., pag. 157.

⁷⁴ Robert H. Jackson, *Opening address of the United States*, 21 novembre 1945. Rinvenibile sul sito: http://en.wikisource.org/wiki/Opening_address_for_the_United_States

della Germania dell'Ovest con la Germania dell'Est.

Nell'ottobre del 1990 iniziò il processo di riunificazione della Germania. A differenza di quanto era accaduto in Argentina e in molti paesi del Sud America, in Germania dell'Est non vi era più una presenza militare o politica che potesse ostacolare il processo di democratizzazione, dato l'esaurimento dell'influenza comunista di Mosca; inoltre il paese non aveva la necessità di ricostruire da zero la propria struttura sociale, grazie alla presenza della Germania dell'Ovest ed all'esperienza di quest'ultima - acquisita al termine della seconda guerra mondiale - nel gestire una transizione⁷⁵. Lo strumento che le autorità tedesche scelsero fu quello dei tribunali nazionali. Il processo che produsse un'importante svolta nella giustizia di transizione venne iniziato il 18 dicembre del 1991. La sentenza del giudice Ingeborg Tepperwein, basata anch'essa sulla legge della Germania dell'Est, condannò alcune guardie di frontiera. Il giudice ricordò che il codice penale richiedeva che i mezzi utilizzati per prevenire un crimine fossero proporzionati al crimine stesso; in questo caso, sostenne il giudice, aprire il fuoco su un civile disarmato in fuga rappresentava un uso sproporzionato della forza; la legge del 1982 sui confini prevedeva inoltre che le guardie preservassero, se possibile, la vita umana⁷⁶. Sarebbe quindi stato sufficiente, concluse il giudice, un colpo alle gambe per bloccare il fuggitivo⁷⁷. Il giudice condannò le guardie di frontiera, ma decise di sospendere la pena, in quanto ritenne gli imputati vittime

⁷⁵ A. James McAdams, *Communism on Trial: The East German Past and the German Future*, in *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, op. cit., pag. 239.

⁷⁶ Sezione 27.5 della Legge sulle Frontiere del 1982.

⁷⁷ La sentenza: Landgericht Berlin ([518] 2 Js 63/90 KLS [57/91]) del 5 febbraio 1992, pp. 50-52.

della situazione politica internazionale e, soprattutto, vittime dell'indottrinamento politico⁷⁸. La sentenza non solo rappresentò un precedente fondamentale, ma definì anche le linee guida dei successivi processi a guardie di frontiera della Germania dell'Est. In totale trentacinque guardie vennero condannate, in diversi procedimenti, e trentaquattro guardie videro la loro pena sospesa perché considerate vittime dell'indottrinamento politico. L'esperienza tedesca ed in particolare permette alcune importanti considerazioni. In primo luogo va rilevata l'attenzione riservata dai giudici al principio di legalità: i giudici condannarono le guardie di frontiera per un reato già previsto dalla legge del loro paese all'epoca dei fatti, senza così doversi rivolgere a norme più "distanti" come il diritto internazionale. Il secondo aspetto rilevante, e che rende l'esperienza tedesca diversa da molte altre già precedentemente analizzate, è costituito dalla scelta di processare individui che non detenevano alcun particolare rango all'epoca dei fatti: in Germania non vi furono processi solamente contro i gerarchi, come accade a Norimberga, o a coloro che si fossero macchiati di *gross human rights violations*. I tribunali tedeschi si occuparono anche di normali guardie di frontiere, ree di aver commesso "semplici" omicidi, e, quindi, figure di minor rilievo rispetto ad usuali imputati di corti transizionali colpevoli di massacri o genocidio: ma fu proprio attraverso i processi contro le guardie di frontiera che le corti riuscirono a raccogliere i necessari elementi per dimostrare la responsabilità dei leader politici e dell'indottrinamento da questi attuato.

La scelta delle corti tedesche e soprattutto il fatto che i processi si concentrarono sul diritto specifico della Repubblica Democratica, permise a molti cittadini del vecchio stato comunista di superare la

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 60, 66-67.

percezione di essere moralmente colpevoli⁷⁹ per i tragici eventi che caratterizzarono le vite di chi viveva oltre il muro di Berlino; basti pensare che, secondo stime non ufficiali, circa due milioni di cittadini erano stati informatori dei servizi segreti⁸⁰. I giudici tedeschi concentrandosi sul diritto in vigore nella Germania dell'Est, identificarono i crimini ed i criminali, ciò facendo permisero a coloro che si consideravano colpevoli di qualche mancanza di superare i propri sensi di colpa e di integrarsi quali onesti cittadini nella nuova Germania.

Tuttavia il caso tedesco va considerato quasi unico. Durante questa seconda fase, infatti, molti paesi, posti di fronte alla possibilità di decidere come avviare la transizione, si sono trovati di fronte alla necessità di decidere quale giustizia applicare, intesa quindi nel suo momento giustificativo: gli strumenti applicati, nella maggior parte dei casi, sono riconducibili alla teoria dell'utilitarismo oppure alla teoria del contrattualismo.

Tuttavia, la possibilità di determinare il diritto transitorio unicamente all'interno del paese, sulla base di scelte politiche basate su diverse teorie giuridiche, ha portato, in alcuni casi, a soluzioni estreme. Da un lato vi furono casi come in Argentina e in Mozambico, e le relative *blanket amnesties*, e la naturale evoluzione della teoria del contrattualismo. Da un altro lato vi furono i paesi dell'ex-Unione

⁷⁹ A. James McAdams, op. cit., pag. 258.

⁸⁰ *Ibidem*.

Sovietica e le leggi lustrative⁸¹, ispirate, almeno in parte, dalla teoria dell'utilitarismo.

In Argentina, al termine del periodo della *Junta*⁸², iniziarono una serie di importanti processi contro i maggiori esponenti del regime. I procedimenti giudiziari, svolti dai tribunali nazionali, terminarono il 9 dicembre del 1985 con la condanna all'ergastolo dell'ex dittatore militare Jorge Rafael Videla e con diverse condanne di altri esponenti della *Junta*. Le sentenze provocarono un'instabilità politica che vide contrapporsi in diversi momenti autorità civili ed autorità militari. Tali conflitti interni furono caratterizzati dalla mobilitazione contestuale di alcune frange dell'apparato militare e della maggior parte dell'opinione pubblica. Risultò evidente durante tali mobilitazioni che né il governo né le autorità militari erano in grado di tenere sotto controllo le frange più estreme dell'apparato militare e soprattutto che l'opinione pubblica non tollerava più l'ingerenza militare nella politica di stato. Tali conflitti portarono alla promulgazione, nel 1987, di una legge: *Ley de Obediencia Debida*. La legge dichiarava inammissibili tutti i procedimenti contro ufficiali di medio o basso rango e contro soldati semplici che avessero commesso violazioni dei diritti umani qualora fosse possibile dimostrare che gli stessi avevano agito eseguendo ordini diretti dei loro superiori. Il

⁸¹ Leggi lustrative: vengono identificate con questo termine le normative emanate da uno Stato in transizione per allontanare dai luoghi di potere, governo, forze militari e forze di polizia, i membri del precedente regime. La teoria alla base di questi processi viene giustificata come l'eliminazione delle "mele marce"; tuttavia accade spesso che sono i vecchi regimi ad eliminare direttamente le personalità più "scomode" per presentarsi così più rispettabili alla popolazione ed evitare che avversari politici lo facciano per loro. *Infra*, pag. 41.

⁸² Junta: con questo termine si identificano le giunte militari sudamericane che governarono diversi paesi durante il secondo dopo guerra. Sono divenute tristemente note per gli abusi commessi la Junta argentina e quella cilena. La prima si macchiò di terribili reati durante la *Guerra Sucia*, guerra sporca, che vide la sparizione forzata di migliaia di dissidenti.

governo interruppe così di fatto il lavoro dei tribunali, bloccando in parte il percorso della transizione. Il caso argentino è l'emblema delle difficoltà che una transizione può incontrare durante il suo percorso qualora non sia chiaro lo scopo a tutti gli elementi della società⁸³. L'apparato militare argentino, e soprattutto le frange più estreme, non aveva infatti alcuna intenzione di sottomettersi volontariamente ai necessari sacrifici, in questo caso i processi, fondamentali per garantire una transizione democratica. Aryeh Neier, citando la situazione in Argentina, definisce in un suo scritto la difficile situazione in cui tali governi potrebbero trovarsi: *“Permitting the armed forces to make themselves immune to prosecution for dreadful crimes seems intolerable; yet it also seems irrational to insist that an elected civilian government should commit suicide by provoking its armed forces.”*⁸⁴ La scelta del governo neodemocratico di abbandonare il percorso di transizione, in favore della maggior stabilità sociale, è forse uno degli esempi più importanti di come il diritto di transizione venga influenzato da scelte meramente politiche. La scelta del governo argentino di rinunciare a qualunque forma di giustizia nei confronti delle forze armate venne dettata dalla necessità di impedire il ritorno ad una guerra civile.

In Mozambico, invece, la pace venne ottenuta solo grazie ad accordi di pace che garantivano, sia al governo che ai rivoluzionari, amnistie. In Mozambico l'amnistia ebbe una valenza particolare. I negoziati, durati due anni, portarono alla stesura di un documento, condiviso da entrambe le parti. Al termine dei negoziati fu proposta, ed accettata, un'amnistia generale, che venne profondamente criticata da molti attivisti dei diritti

⁸³ Carlo H. Acuna e Catalina Smulovitz, *Guarding the Guardians in Argentina*, in *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, op. cit., pag. 117 e ss.

⁸⁴ Aryeh Neier, *What should be done about the guilty?*, «The New York Book Review», 1° Febbraio 1990.

umani⁸⁵, ma venne appoggiata da molti attori religiosi⁸⁶. L'amnistia, nata indubbiamente anche da necessità politiche, venne poi legittimata religiosamente: in primo luogo i diversi attori religiosi cristiani videro nell'amnistia la possibilità di perdonare e riconciliare⁸⁷; in secondo luogo le tradizioni animiste locali considerano i mali della guerra come indipendenti dal volere umano e, pertanto, terminato il conflitto, il sentimento di vendetta va messo da parte⁸⁸. Il processo transitorio conseguente, la riconciliazione della società, fu affidato alle iniziative dei singoli individui e delle singole comunità⁸⁹. Il paese fu teatro di diverse iniziative ad opera di diverse comunità religiose: le chiese locali, capillarmente diffuse, predicarono costantemente messaggi a favore del perdono e della riconciliazione, senza il ricorso ad alcun tipo di *justicia terrena*, vendetta⁹⁰. Contestualmente i guaritori tradizionali ed i capi villaggio, che avevano, e hanno, una profonda influenza nelle loro comunità, insistevano sull'importanza del *ku lekerera* e del *ke lekererana*, rispettivamente perdono e perdonare l'un l'altro, a dispetto della *ku hirindzira*, la vendetta⁹¹. La scelta del Mozambico non differisce

⁸⁵ Le critiche nei confronti delle amnistie generali sono parzialmente elencate ed analizzate *infra* pag. 40

⁸⁶ Andrea Bartoli, *Forgiveness and Reconciliation in Mozambique*, in *Forgiveness and Reconciliation*, a cura di R.G. Helmick, S.J. e R.L. Petersen, Templeton Foundation Press, Londra, 2001, pag. 361-381.

⁸⁷ Andrea Bartoli, op. cit., pag. 374 e ss.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ In proposito: Vicotr Igreja e Beatrice Dias-Lambranca, *Restorative Justice and the role of Magamba spirits in post-civil war Gorongosa, central Mozambique*, in *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict*, a cura di Luc Huyse e Mark Salter, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), Stoccolma, 2008, pag. 67.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

da altre esperienze analoghe, ove amnistie dettate da scelte politiche hanno caratterizzato la transizione.

L'amnistia, in generale, ha posto, così come altri particolari strumenti del diritto di transizione, quali le leggi lustrative, durante la seconda fase della giustizia di transizione un particolare problema giuridico e politico. Le transizioni, siano esse della seconda o della terza fase storica, sono sempre accompagnate da riforme, più o meno ampie, del sistema giuridico: ne fu un esempio la riforma del codice civile volta al riconoscimento della proprietà privata nei paesi dell'ex Unione Sovietica. Alle riforme si accompagnano anche strumenti legislativi specifici propri del periodo transitorio come le amnistie o le leggi lustrative. La necessità di un supporto legislativo alla transizione appare del tutto evidente, ma bisogna notare che non tutte le leggi sono adeguate a garantire un equilibrato processo transitorio; così ad esempio, i due strumenti appena sopra citati, amnistie e leggi lustrative, sono spesso considerati "armi a doppio taglio".

Molte ONG, tra cui Amnesty International e Human Rights Watch, hanno sostenuto l'illegalità, per il diritto internazionale, delle amnistie. A parere di queste organizzazioni umanitarie le amnistie sarebbero atti non solo non previsti dal diritto internazionale, ma addirittura illeciti, poichè garantirebbero l'impunità per coloro che si sono macchiati di crimini violenti. Le motivazioni adottate per sostenere l'illegalità dell'amnistia si ritrovano soprattutto sul principio che una vittima debba comunque ottenere giustizia per il danno che ha subito. Questa opinione se può essere "umanamente" condivisibile, è però giuridicamente infondata. L'illegalità delle amnistie non si evince dallo studio del diritto internazionale e dello *jus cogens*; al contrario lo stesso *Patto*

*internazionale sui diritti civili e politici*⁹² stabilisce, all'articolo 6 comma 4, che: “*l'amnistia, la grazia o la commutazione della pena di morte possono essere accordate in tutti i casi*”. Il secondo protocollo aggiuntivo delle Convenzioni di Ginevra, all'articolo 6 comma quinto, afferma che le autorità al termine di un conflitto faranno il possibile per garantire la più ampia ed estesa amnistia per coloro che hanno partecipato al conflitto. Sostenere quindi l'illegalità ai sensi del diritto internazionale quando addirittura i documenti principî dello stesso ne sanciscono l'esistenza e legalità è errato. Lo Statuto di Roma, il documento alla base della CPI, all'articolo 53 afferma che è possibile non agire penalmente qualora, tenuto conto dell'interesse delle vittime e della gravità del crimine, vi siano fondati motivi per ritenere che l'azione penale non servirebbe all'interesse della giustizia. L'affermazione “interesse della giustizia” può avere diverse letture, una di queste, non particolarmente estensiva, ci permette di affermare che nel diritto internazionale l'azione penale non è obbligatoria. Il ruolo dell'amnistia nel diritto internazionale, e nella giustizia transizionale in particolare, è comunque tuttora molto discusso. Se da un lato il ricorso a tale provvedimento è ancora criticato, dall'altro bisogna ricordare che spesso la concessione dell'amnistia ha garantito un processo transitorio pacifico: così in Sud Africa, ove venne commesso uno dei crimini più efferati per i diritti umani, l'apartheid. L'amnistia, oltre a essere giustificata in campo internazionale, è anche un atto interno che rientra appieno tra gli atti cui uno Stato sovrano può disporre. Spostando il punto di vista, da giuridico al politico, l'amnistia assume un ruolo profondamente diverso: da atto normativo, per taluni moralmente dubbio, diventa atto dettato da una *Realpolitik* che trova giustificazioni in alcune società transitorie.

⁹² *Patto internazionale per i diritti civili e politici*, New York, 16 dicembre 1966.

Oltre alle amnistie generali, dettate da un approccio al diritto di transizione influenzato dalla teoria del contrattualismo, vi fu un ulteriore strumento problematico: le leggi lustrative. La *ratio* delle leggi lustrative è diametralmente opposta alla *ratio* dell'amnistia. Le leggi lustrative sono le norme, leggi, regolamenti o riforme di uno Stato volte ad epurare l'apparato burocratico, politico e militare eliminando gli esponenti ed i collaborazionisti del passato regime. Il termine indica soprattutto un fenomeno di epurazione avvenuto in molti paesi dell'ex Unione Sovietica, tra cui Bulgaria, Ungheria, Polonia, Repubblica Ceca. In Bulgaria, per esempio, nel 1990 il parlamento creò una commissione che aveva il compito di stilare una lista di coloro che avevano collaborato con il KGB durante la supremazia russa; la lista venne completata e conteneva anche i nomi di 80 deputati, un quinto circa dell'intero parlamento, che vennero prontamente cacciati dal parlamento ed abbandonarono la scena politica. Le leggi lustrative, va sottolineato, non sempre sono riconducibili ad una scelta politica di punire i maggiori colpevoli. In alcuni casi, infatti, si è riscontrato una particolare tendenza, nei paesi dell'ex blocco sovietico, ad applicare queste norme durante un periodo di elezioni. Secondo uno studio del *Center for the Study of Democracy*⁹³, dell'Università della California, i partiti post comunisti spesso implementano queste nuove leggi quando stanno per perdere le elezioni politiche in favore di partiti anticomunisti che potrebbero decidere di punire più severamente i presunti collaborazionisti. Auto infliggendosi le leggi lustrative i partiti post comunisti da un lato ottengono l'appoggio dell'opinione pubblica, dall'altro lato evitano ulteriori atti, magari più drastici, che i partiti avversari potrebbero attuare

93 Marek M. Kaminski, Monika Nalepa, *Suffer a Scratch to Avoid a Blow? Why Post-communist Parties in Eastern Europe Introduce Lustration*, del Center for the Study of Democracy, Università della California, 2008, rinvenibile sul sito <http://escholarship.org/uc/item/58f048nc>

contro di loro⁹⁴.

5. Terza fase storica: retribuzione o riconciliazione

La terza fase della giustizia di transizione viene identificata con la nascita delle Commissioni verità e riconciliazione, ed in particolar modo con l'avvio della transizione in Sud Africa. L'importanza della Truth and Reconciliation Commission (TRC) è identificabile, in primo luogo, con un primo tentativo di risolvere le tensioni tra giustizia di transizione e certezza della pena. Le amnistie o le leggi lustrative mal si conciliano con la *ratio* ipotizzata della giustizia di transizione: arrestare le forze centrifughe che devastano la società interrompendo, possibilmente, le situazioni di anomia, e pertanto attuare scelte dettate dalla massimizzazione dell'utilità. In secondo luogo le volontà di diverse parti sociali, tra cui i cittadini stessi, influenzano le decisioni politiche, poiché avvertono la necessità di veder ristabilita una giustizia statale, simbolo della ristrutturazione di una società stabile. La mancata punizione dei colpevoli, infatti, indebolisce uno Stato di diritto; tuttavia, come si vedrà, tale problematica può essere risolta se gli strumenti utilizzati promuovono la conoscenza della verità.

In Sud Africa, ove vennero commessi violazioni e abusi dei diritti umani in nome della politica dell'apartheid, la transizione avvenne dopo lunghi colloqui e negoziati *pre-costituenti*⁹⁵ volti a creare coesione ed unità sociale. I negoziati portarono alla Costituzione Provvisoria, in cui l'articolo intitolato *National Unity and Reconciliation*, chiaramente sostiene: “*This Constitution provides a historic bridge between the past*

94 *Ibidem*.

95 Andrea Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, il Mulino, Bologna, 2005, pag. 59.

of a deeply divided society characterized by strife, conflict, untold suffering and injustice [...]. The pursuit of national unity, the well-being of all South African citizens and peace require reconciliation between the people of South Africa and the reconstruction of society. [...] These [violations] can now be addressed on the basis that there is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for ubuntu but not for victimization. In order to advance such reconciliation and reconstruction, amnesty shall be granted in respect of acts, omissions and offenses associated with political objectives and committed in the course of the conflicts of the past. To this end, Parliament under this Constitution shall adopt a law determining a firm cut-off date, which shall be a date after 8 Oct 1990 and before 6 Dec 1993, and providing for the mechanisms, criteria and procedures, including tribunals, if any, through which such amnesty shall be dealt with at any time after the law has been passed.”

La necessità di ristabilire un ordine sociale obbligava il Sud Africa ad una *sospensione della logica giudiziaria*⁹⁶, esemplificata dall’annistia, una scelta influenzata dai negoziati, da una *Realpolitik* che, ovviamente, avrebbe mal accettato di vedere la classe dirigente delle diverse forze contrapposte incarcerata; tuttavia l’annistia non sarebbe stata generalizzata, ma sarebbe venuta ad un prezzo, la verità, fortemente voluta dalla società. Un equilibrio, quindi, tra contrattualismo dei negoziati e utilità massima per la società: quest’ultima rinunciava alla logica giudiziaria e retributiva, a patto che chiunque avesse commesso reati li confessasse per ottenere l’annistia, garantendo, almeno secondo la volontà dei creatori della TRC, la verità per la società divisa.

⁹⁶ Andrea Lollini, op. cit. Affronteremo il concetto di sospensione della logica giudiziaria, come contrapposto al retributivismo penale, nel prossimo paragrafo.

L'opportunità di un'amnistia nasceva quindi dal necessario compromesso tra le diverse fazioni ed aveva lo scopo di riunire una popolazione profondamente divisa (non solo governo-ribelli, ma soprattutto bianchi-neri)⁹⁷ dopo decenni di apartheid. Le autorità optarono per la creazione di una Commissione, poiché lo ritennero lo strumento più idoneo a predisporre una compilazione accurata degli abusi e delle violazioni avvenute ed a definire quindi la storiografia ufficiale degli eventi, permettendo quindi alla società di venire a conoscenza della realtà del conflitto⁹⁸. Non solo, una volta espletati i compiti di indagine e raccolta, la Commissione avrebbe potuto valutare con maggior cognizione quali casi possedevano i requisiti per accedere all'amnistia.

Il primo passo nella creazione di una Commissione è, ovviamente, l'emanazione da parte dell'organo competente della legge che la istituisce. Il documento che istituì la *Truth and Reconciliation Commission* (d'ora in avanti TRC), il *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, venne firmato dal presidente Nelson Mandela il 19 luglio 1995 dopo un lungo dibattito parlamentare. Il dibattito ebbe ad oggetto vari punti; tra questi fu particolarmente criticata, da parte di alcune organizzazioni non governative, la previsione di rendere pubbliche le udienze della Commissione, poiché ciò avrebbe potuto ledere l'autonomia ed il potere dell'organo. Secondo le ONG udienze pubbliche avrebbero potuto inibire i commissari o coloro che vi partecipavano nel lavoro di raccolta delle informazioni, qualora si fossero trovati a dover trattare "materiale sensibile". Fu poi raggiunto il

⁹⁷ In proposito Jeremy Sarkin, *The Development of a Human Right's Culture in South Africa*, in «Human Rights Quarterly», n. 20, 1998, pag. 628-665.

⁹⁸ Jeremy Sarkin, *Carrots and Sticks: the Trc and the South African Amnesty Process*, Intersentia, Antwerp, 2004 pag. 51.

seguito compromesso: la Commissione avrebbe potuto interdire l'accesso del pubblico, ma non delle vittime, ad alcune udienze qualora vi fosse un fondato rischio per la sicurezza pubblica.

Il passo successivo, la nomina dei commissari, fu per il Sud Africa un momento estremamente importante, come lo è per qualunque paese che decida, in un momento di transizione, di servirsi di una Commissione. La nomina dei commissari è un momento particolarmente delicato poiché, dato lo scopo di tali organi, è difficile garantire che non vi siano manovre politiche per includere o escludere commissari, il cui compito fondamentale è anche quello di garantire l'imparzialità dell'organo e del lavoro svolto⁹⁹. Lo stesso presidente del Sud Africa, Nelson Mandela, dichiarò nel maggio del 1995 che sarebbero state accettate proposte per le nomine dei commissari anche dai partiti all'epoca non rappresentati in Parlamento, segno della volontà del presidente di garantire sin dall'inizio rappresentatività ed imparzialità alla Commissione. Nel settembre del 1995 il presidente Mandela, che secondo il *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, aveva il potere di nominare i commissari consultandosi con il governo, dando voce alle perplessità delle ONG sul processo, annunciò la creazione di un comitato composto da politici e membri delle ONG per la valutazione delle candidature. I criteri per la nomina dei commissari, in parte delineati dalla legge istitutiva della TRC furono: imparzialità, integrità morale, profondo impegno per la tutela dei diritti umani e per la ricerca della verità e della riconciliazione e che si trattasse di persone senza ruoli attivi in partiti politici¹⁰⁰. Tra le 299 candidature, il comitato selezionò una rosa di 25 nominativi, sottoposti al presidente Mandela e resi pubblici il 20 novembre del 1995. Il governo,

⁹⁹ Jeremy Sarkin, op. cit., pagina 55.

¹⁰⁰ I criteri per la nomina dei commissari erano previsti dalla legge: *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, Sezione 7.

dopo appena una settimana, scelse 15 commissari tra i nominativi presenti sulla lista, aggiungendone altri due, per garantire maggiore rappresentatività ad alcune comunità locali. Venne nominato presidente della TRC l'arcivescovo Desmond Tutu.

Lo scopo principale della TRC consisteva nel dipingere un quadro completo delle cause, della natura e dell'estensione delle gravi violazioni commesse in Sud Africa tra il 1° marzo 1960 ed il 10 maggio 1994. L'ampio periodo di tempo su cui la Commissione avrebbe dovuto lavorare in parte contrasta con una delle caratteristiche enunciate precedentemente; le Commissioni giustizia e verità, normalmente, indagano su periodi di tempo molto più brevi e pertanto la forbice temporale di cui la TRC fu competente rimane ad oggi una delle più ampie mai individuate. Va ricordata tuttavia la particolare situazione del paese, che subì il regime dell'apartheid per oltre cinquanta anni e ove lo stesso presidente Mandela rimase in prigione per 26 anni. Oltre alle indagini sulle violazioni dei diritti umani, la TRC avrebbe gestito, come già accennato, i procedimenti per valutare le domande di coloro che richiedevano l'amnistia. Infine la TRC doveva far in modo di dare l'opportunità alle vittime di raccontare le loro sofferenze e valutare e raccomandare eventuali riparazioni per le vittime stesse¹⁰¹.

Per gestire tutti i diversi compiti della Commissione vennero istituiti tre comitati ed una Unità Investigativa. I comitati avrebbero lavorato ognuno su parte degli scopi finali della TRC: vennero così creati il Comitato per le Violazioni dei Diritti Umani, il Comitato per l'Amnistia

¹⁰¹ Si veda: *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*; Jeremy Sarkin, op. cit.

ed infine il Comitato per la Riabilitazione¹⁰² e il Risarcimento (*Reparations* in inglese)¹⁰³. Il Comitato sulle Violazioni fu incaricato di raccogliere e catalogare tutte le informazioni e le testimonianze di gravi violazioni dei diritti umani durante il periodo dal 1960 al 1995. Il Comitato venne anche incaricato di produrre una serie di raccomandazioni, che avrebbero dovuto considerare due particolari problematiche: la possibilità di implementare un programma di protezione dei testimoni¹⁰⁴ e come prevenire il ripetersi dei terribili eventi che avevano sconvolto il Sud Africa.

Il Comitato per la riabilitazione ed il risarcimento fu incaricato di valutare i casi deferiti ad esso dagli altri comitati, raccogliere le informazioni e le prove necessarie a tali casi, come l'identità delle vittime o il torto subito, ed occuparsi quindi di definire come le autorità avrebbero potuto occuparsi delle vittime, in che modo quindi risarcirle ed eventualmente introdurre in programmi di riabilitazione¹⁰⁵.

Il Comitato per l'Amnistia svolse un ruolo fondamentale nel processo transitorio del Sud Africa. Il Comitato era, come indica il nome stesso, incaricato di esaminare e valutare le domande di amnistia, per la quale il *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* prevedeva

¹⁰² Il termine riabilitazione indica in questo caso non solo programmi di sostegno per il reinserimento nel mondo del lavoro di ex detenuti o combattenti, ma anche programmi di sostegno psicologici o medici per le vittime di attentati o altre tipologie di abusi.

¹⁰³ I tre diversi comitati erano previsti dal *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* Sezioni 12, 16 e 23.

¹⁰⁴ Si ritiene che il numero massimo di testimoni che entrarono nel programma di protezione fu, nel 1996, di 150 persone circa.

¹⁰⁵ *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* Sezione 25 comma B.

un dettagliato procedimento¹⁰⁶. Per prima cosa coloro che facevano domanda per ottenere l'amnistia dovevano possedere alcuni fondamentali requisiti: l'illecito per il quale la si richiedeva doveva essere stato compiuto durante i conflitti e doveva essere associato ad un obiettivo politico; coloro che facevano domanda avevano l'obbligo di rivelare ogni fatto rilevante al comitato. La scelta di restringere la domanda di amnistia a crimini che avessero natura politica fu fatta affinché non fossero inclusi anche coloro che avevano commesso i reati che invariabilmente sono associati ad eventi conflittuali: stupro, omicidi a scopo di vendetta o di natura emotiva, ed altri fatti analoghi. L'obbligo di confessare in maniera esaustiva i fatti commessi per ottenere l'amnistia, unitamente alle udienze pubbliche del Comitato, coadiuvò in maniera rilevante il processo transitorio.

Il lavoro della TRC fu estremamente complesso. Il periodo che la Commissione doveva esaminare, 1960-1994, era stato estremamente violento: solo negli anni tra il 1990 ed il 1994 vi furono circa 16,000 morti per violenze politiche e tale numero non tiene conto di omicidi in carcere, persone scomparse, di casi di tortura ed altro¹⁰⁷. Il numero totale dei crimini commessi tra il 1960 ed il 1994 è quindi elevatissimo, se non quasi inimmaginabile. Tuttavia alla TRC vennero presentate solamente 7,116 domande di amnistia, delle quali solamente 1,167 furono accolte. La discrepanza tra i valori appena elencati potrebbe indicare una mancanza di fiducia nei confronti del processo, o altre problematiche del sistema, che avrebbero in qualche modo impedito agli interessati di

¹⁰⁶ Gli articoli dal 16 al 22 del titolo IV del *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*.

¹⁰⁷ Jeremy Sarkin, *The Trials and Tribulations of South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, «South African Journal of Human Rights», vol.12, 1996, pag.617.

presentare domanda per l'ammnistia. In realtà la differenza tra le domande realmente depositate e i crimini presunti è da imputare a diversi fattori esterni alle competenze e capacità della Commissione: un fattore fondamentale fu l'elevato numero di grazie, amnistie ed indulti concessi anteriormente alla creazione della TRC che servirono a consolidare le trattative in corso tra ribelli e governo. Un fattore è imputabile alla mancanza di cooperazione tra TRC e sistema giuridico. Le odierne Commissioni operano normalmente in un regime di cooperazione e scambio di informazioni con gli organismi giuridici¹⁰⁸; all'epoca della creazione della TRC invece vi era ancora poca fiducia nei confronti di queste nuovissime e particolari istituzioni, quali erano le Commissioni. Il sistema penale contribuì in maniera minore a persuadere chi aveva commesso un reato a depositare una domanda per l'ammnistia. Data l'evidente assenza di relazioni tra TRC e giudici, molti soggetti che avevano commesso reati di natura politica non si presentarono di fronte al Comitato perché consci del fatto che i giudici non avrebbero agito nei loro confronti, dato che non sfruttavano le informazioni raccolte dalla TRC¹⁰⁹.

Il poco supporto ricevuto dalle altre istituzioni dello Stato non impedì però al processo di transizione di proseguire. Le convinzioni ed i desideri iniziali di molti attori del processo transizionale furono senza dubbio ridimensionati al termine dei lavori, ma raggiunsero comunque importanti traguardi. La volontà di ottenere riconciliazione tra le parti sociali, uno degli scopi principali dei lavori della Commissione, non fu del tutto disattesa. Il processo di riconciliazione non fu privo di problematiche; secondo la TRC, ad esempio, venne ostacolato dalla

¹⁰⁸ Si analizzerà in seguito il caso della Sierra Leone, ove la cooperazione tra diverse istituzioni nazionali fu di grandissimo aiuto per il processo transitorio.

¹⁰⁹ Jeremy Sarkin, *Carrots and Sticks*, op. cit. pagine 127-134.

mancanza di confronto diretto tra vittime e *perpetrators*. I lavori della Commissione erano stati impostati in maniera da separare le udienze delle vittime da quelle dei *perpetrators*, fatto che fu utile per la raccolta delle informazioni, ma che non permise il necessario confronto utile per stimolare il processo riconciliatorio¹¹⁰. Va però sottolineato che “*the objective of the TRC was to promote reconciliation and not to achieve it*”¹¹¹, e questo obiettivo fu raggiunto, come dimostra il fatto che la TRC sia oggi considerata quasi uno standard internazionale per le Commissioni Giustizia e Verità; in molti paesi, infatti, vennero successivamente create commissioni ispirate, per molti aspetti, se non addirittura identiche, alle caratteristiche della TRC¹¹².

L’esperienza della TRC sud africana ha portato all’attenzione dei giuristi e degli studiosi il nuovo dualismo presente all’interno della giustizia di transizione, in questa terza fase storica, caratterizzata da una giustizia retributiva o da una giustizia di riconciliazione. Questa particolare esperienza permette di approfondire questo aspetto della giustizia di transizione fondamentale per comprenderne le dinamiche storiche degli ultimi decenni. La rinuncia alla potestà statale di punire i colpevoli, e la conseguente sospensione della logica giudiziaria, vennero giustificate, in Sud Africa, attraverso la necessità di garantire alla nazione una transizione pacifica che interrompesse la spirale di vendette. L’uso del termine riconciliazione ha scisso la giustizia di transizione in due macro gruppi: da un lato le esperienze che optano per strumenti

¹¹⁰ AA.VV, *TRC Report*, Volume 5, Capitolo 9, Paragrafo 130.

¹¹¹ Arcivescovo Desmond Tutu nel documentario “*A Longs Night’s Juorney into Day*” del 2000, diretto da Deborah Hoffman e Frances Reid.

¹¹² Nigeria, Perù, Timor Este, Sierra Leone, Ghana, Marocco, Liberia e Canada crearono tra gli anni 90 ed oggi hanno creato Commissioni simili, e in alcuni casi quasi identiche, alla TRC.

tipici della giustizia retributiva e dall'altro stati che scelgono di rinunciare alla logica giudiziaria in favore di strumenti alternativi. Per giustizia retributiva si intende, nel diritto di transizione, l'utilizzo e l'applicazione del diritto penale, sia esso nazionale o internazionale, formalmente e sostanzialmente tipico: la giustizia riconciliativa, infatti, non implica un rifiuto della logica giudiziaria o una rinuncia all'azione penale, ma, come si vedrà nel seguente paragrafo, una rinuncia a condanne, per i reati commessi, proprie di una logica penale.

5.1 Giustizia retributiva

La tendenza ad applicare una logica giudiziaria tesa unicamente all'applicazione del diritto penale viene comunemente ricondotta all'influenza, sullo Stato in transizione, di organismi internazionali, quali le Nazioni Unite, che in molti casi esercitano pressioni affinché si faccia giustizia con modalità strettamente giudiziarie¹¹³. Tale posizione è esemplificata dai tre tribunali internazionali ad oggi in funzione: il Tribunale Internazionale Penale per l'ex Jugoslavia, il Tribunale Internazionale Penale per il Ruanda e la Corte Penale Internazionale.

Il Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia, come si evince dall'articolo 1 dello Statuto, ha il dovere di perseguire penalmente tutti coloro che si macchiarono di crimini internazionali nel territorio dell'ex Jugoslavia dal 1991. A differenza dei due tribunali internazionali precedentemente analizzati, non sono state poste al Tribunale limitazioni sui soggetti da perseguire; manca infatti nello Statuto la descrizione

¹¹³ Andrea Lollini, *La "giustizia di transizione": il principio del duty to prosecute come una nuova variabile di eterodeterminazione dei processi costituenti?*, in *Guerre e minoranze. Diritti delle minoranze, conflitti interetnici e giustizia internazionale nella transizione alla democrazia nell'Europa Centro-Orientale*, a cura di G. Gozzi e F. Martelli, Il Mulino, Bologna, 2004

limitativa di “*major war criminals*” a favore dell’estensiva descrizione di “*persons responsible for serious violations of International humanitarian law*”. L’indicazione dello Statuto è particolarmente rilevante, non solo perché identifica i soggetti nei confronti dei quali il Tribunale deve intervenire, ma anche perché amplia la competenza delle Corti al diritto internazionale umanitario, definizione estensiva che ricomprende i crimini già di competenza degli altri Tribunali, ma che include anche le norme delle convenzioni e dei trattati emanati successivamente. Inoltre, come accennato precedentemente, la mancata identificazione dei responsabili come *criminali* propone una visione più garantista del Tribunale, mantenendo il principio del *in dubio pro reo*.

La competenza del Tribunale viene definita nello Statuto negli articoli due, tre, quattro e cinque. L’articolo due dichiara il Tribunale competente per le gravi violazioni delle convenzioni di Ginevra del 1949, tra queste ricordiamo: omicidio volontario, tortura e trattamento disumano, deportazione di civili e la presa di ostaggi. L’articolo tre definisce invece le violazioni delle leggi o costumi di guerra di cui il Tribunale ha competenza, tra questi: l’uso di armi quali gas velenosi, devastazione di strutture civili, l’attacco a villaggi privi di interesse strategico o privi di presenza militare ed il saccheggio di proprietà private o pubbliche. L’articolo quattro è dedicato al genocidio, già crimine internazionale con il trattato specifico del 1949, inserito tra i reati di cui la Corte è competente al fine di perseguire gli artefici dei ben noti massacri perpetrati sulla popolazione musulmana in alcune aree dell’ex Jugoslavia. Infine l’articolo cinque riguarda i crimini contro l’umanità, definiti dallo Statuto quali crimini commessi durante un conflitto armato, internazionale o nazionale, contro la popolazione civile. Tali crimini sono: omicidio, sterminio, schiavitù, deportazione, imprigionamento, tortura, violenza sessuale, persecuzione politica o religiosa o razziale e

qualsiasi altro atto disumano .

Il Tribunale Internazionale per l'ex Jugoslavia deve giudicare gli artefici di detti crimini, attenendosi così al principio di responsabilità personale già individuato dai principî di Norimberga. Tuttavia lo Statuto amplia, per casi specifici, la responsabilità di alcuni individui: all'articolo sette comma terzo si legge, infatti, che il superiore è responsabile del crimine commesso dal sottoposto, qualora ne fosse a conoscenza e non abbia fatto nulla per impedirlo. La volontà della comunità internazionale è chiara: data la struttura piramidale dell'esercito si vuole qui ricondurre le responsabilità maggiori anche agli ufficiali superiori, affinché non perdano il controllo dei loro uomini.

La giurisdizione del Tribunale, delineata all'articolo otto dello Statuto, è limitata al territorio dell'ex Repubblica Federale Socialista Jugoslava ed al periodo della guerra, ovvero dal 1 gennaio 1991. Va però ricordato che il Tribunale Internazionale ha la possibilità di avocare a sé tutti i procedimenti in corso presso tribunali nazionali contro individui indagati per i crimini di sua competenza. Tale "*primacy*", come definita nello Statuto, fu ritenuta all'epoca necessaria poiché il Tribunale, al contrario di quanto avvenuto ai tempi di Norimberga e Tokyo, non aveva catturato ancora alcun indagato. Questa "priorità" rispetto ai tribunali nazionali ha quindi permesso al Tribunale di trasferire a L'Aia i sospettati e processarli direttamente, garantendo così uniformità di giudizio ed imparzialità, dimostrando una notevole attenzione per il principio di uguaglianza, a rischio, invece, in certi processi nazionali sia per una possibile prevenzione dei giudici nei confronti dell'imputato, sia per una minor preparazione dei giudici stessi in campo di diritto internazionale penale rispetto ai giudici de L'Aia.

Il Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda, istituito l'8 novembre del 1994 a seguito del genocidio, o atti di genocidio, compiuti nel paese durante il conflitto tra l'etnia Hutu e l'etnia Tutsi ha competenze e composizione non dissimili da quelle del Tribunale per l'ex Jugoslavia, con il quale il Tribunale per il Ruanda condivide la Corte d'Appello.

Le importanti similitudini tra i due tribunali a livello giuridico non hanno però evitato profonde differenze in termini di efficacia e percezione sul territorio dei loro lavori. Il Tribunale Internazionale per il Ruanda fu infatti istituito dopo un capillare genocidio della popolazione Tutsi, nel corso del quale la comunità internazionale non intervenne in alcun modo; la Corte venne pertanto inizialmente percepita dalla popolazione locale come intervento tardivo e inutile. Tale percezione si è parzialmente modificata al termine del processo all'ex primo ministro e capo di Stato Jean Kambanda, primo individuo nella storia ad essere condannato per genocidio.

La terza istituzione giudiziaria menzionata, la Corte Penale Internazionale, già menzionata precedentemente in merito al crimine di aggressione, venne istituita il 17 luglio del 1998 a seguito della stipulazione, a Roma, dello Statuto della Corte Penale Internazionale¹¹⁴, anche noto come Statuto di Roma, che raggiunse nel 2001 il numero di ratifiche necessarie per entrare in vigore e rendere quindi la Corte operativa. Attualmente le ratifiche sono 106, mancando ancora alcuni importanti paesi come Stati Uniti o Cina. La Corte è competente per i crimini di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimine d'aggressione. La categoria dei crimini di guerra comprende

¹¹⁴ Lo Statuto è rinvenibile integralmente sul sito della Corte Penale Internazionale: <http://www.icc-cpi.int/>

anche le violazioni alle convenzioni di Ginevra e azioni contro civili o militari feriti o impossibilitati a combattere. La Corte Penale Internazionale esercita la sua competenza in tre distinti casi: qualora il Pubblico Ministero decida *proprio motu* di investigare su un crimine commesso in uno Stato firmatario; su richiesta del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite; ed infine su richiesta dello Stato firmatario ove i crimini sono stati commessi (Articoli 13, 14 e 15 dello Statuto).

La giurisdizione della Corte è strettamente disciplinata. È stabilita sia una giurisdizione “temporale”: non può essere portato di fronte ai giudici nessun caso commesso precedentemente all’entrata in vigore dello Statuto; sia una giurisdizione unica nel suo genere: il Pubblico Ministero può promuovere indagini solo qualora lo Stato ove sia stato commesso il fatto non ne sia in grado o non possa. Tali limitazioni della giurisdizione hanno creato nella dottrina seri dubbi sulle capacità effettive della Corte di agire indipendentemente ed in maniera celere, qualità essenziali data la natura dei crimini che è chiamata ad affrontare.

Dall’anno 2002 ad oggi la Corte ha aperto quattro indagini in quattro diversi paesi¹¹⁵: nella Repubblica Democratica del Congo, in Uganda, nella regione del Darfur in Sudan ed infine nella Repubblica Centrale Africana. Il caso del Darfur è di per sé anomalo rispetto agli altri, poiché è l’unico caso deferito alla Corte direttamente dal Consiglio di Sicurezza, mentre gli altri tre casi sono stati intrapresi su iniziativa del Pubblico Ministero Moreno Ocampo.

Il breve periodo di attività della Corte non permette di valutarne

¹¹⁵ Tutte le informazioni relative alle indagini in corso sono rinvenibili sul sito della Corte: <http://www.icc-cpi.int/>

accuratamente i risultati e l'utilità nell'ambito della giustizia di transizione. A parere del Pubblico Ministero Moreno Ocampo: “*The International Criminal Court is part of the transitional justice project because it aims to confront centuries-old methods of behaviour- those of conflict and war, the abuse of civilians, woman and children- and to reshape the norms of human conduct while violence is still ongoing, thus aiming, as stated in the Rome Statute, to contribute to the prevention of future crimes*”¹¹⁶.

Questi tre tribunali rappresentano l'epitome di una logica giudiziaria esclusivamente indirizzata all'applicazione del diritto penale internazionale. La mera applicazione del diritto, però, allontana la transizione dalla società civile. Da un lato, infatti, le istituzioni nazionali allontanano i responsabili dalla nazione, distaccando il processo giuridico dalla quotidianità sia in termini legali, in quanto difficilmente la popolazione è a conoscenza di ciò che accade o comprende appieno la normativa applicata, sia in termini reali, dato che le sedi principali sono molto spesso in paesi occidentali.

Limitare però l'analisi degli strumenti della giustizia retributiva ai soli tre casi citati è fuorviante. La giustizia retributiva infatti non viene unicamente caratterizzata da una pura logica internazionalista applicativa del diritto penale internazionale. Vi sono esempi di tribunali così detti ibridi, nei quali l'applicazione giudiziaria è formalmente applicata da uno Stato coadiuvato sostanzialmente dalle istituzioni internazionali.

In Cambogia, Sierra Leone, Kosovo e Timor Est le Nazioni Unite sono state coinvolte nella creazione di una nuova tipologia di tribunale

¹¹⁶ Luis Moreno Ocampo, *Transitional justice in ongoing conflicts*, in «The International Journal of Transitional Justice», Vol. 1, Issue 1, Marzo 2007, pp. 8-9.

internazionale. Definiti in inglese *internationalised domestic tribunals* o *hybrid tribunals*¹¹⁷, vengono in italiano definiti tribunali misti. L'origine di questi organi giudiziari è riconducibile ai negoziati intercorsi tra Nazioni Unite e Cambogia tra il 1999 ed il 2000, nel corso dei quali venne discusso quali strumenti implementare nel paese per affrontare le violazioni commesse durante il regime degli Khmer Rouge¹¹⁸, negoziati che, come vedremo, si conclusero solo nel 2001 e portarono alla creazione delle “*Extraordinary Chambers for the Courts of Cambodia*”¹¹⁹, che vennero però convocate per la prima volta solo nel 2007. I tribunali misti attualmente attivi sono diversi. In Timor Est sono stati istituiti, nel 2000, i “*Special Panels for Serious Crimes*”¹²⁰; in Kosovo è stato istituito, sempre nel 2000, il programma di consulenza “*International Judges and Prosecutors*”¹²¹; in Cambogia, come già accennato, le “*Extraordinary Chambers for the Courts of Cambodia*”; infine in Sierra Leone venne creata nel 2002 la Corte Speciale per la Sierra Leone.

I tribunali misti sono *prima facie* identificabili con i tribunali internazionali, di cui riproducono alcune caratteristiche: tra queste la circostanza di essere organismi creati da trattati internazionali che ne definiscono competenza, giurisdizione e composizione in accordo con lo Stato interessato. I tribunali misti presentano però alcune differenze sostanziali rispetto ai tribunali internazionali, non ultima quella di essere

¹¹⁷ Suzannah Linton, *Experiments in International Justice*, in «Criminal Law Forum», Vol. 12, pag. 185

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Suzannah Linton, op. cit.

¹²¹ L'originale programma di creare la “War and Ethnic Crimes Court” venne abbandonato; in proposito si veda Suzannah Linton, op. cit. pag.185.

incardinati nell'ordinamento giuridico nazionale¹²². Oggi si ritiene, diversamente da quanto sosteneva la dottrina precedente all'anno 2000¹²³, che i tribunali misti rappresentino una soluzione più idonea ad una società in transizione rispetto ai tribunali internazionali: essi garantirebbero infatti - essendo tribunali di origine internazionale e operando mediante giudici nazionali ed internazionali che applicano norme sia di diritto internazionale che di diritto nazionale¹²⁴ - il medesimo livello di imparzialità dei tribunali internazionali, senza riprodurre gli aspetti negativi. I tribunali misti, potendo applicare anche leggi nazionali, avrebbero inoltre il vantaggio di affrontare le diverse problematiche in maniera meno distaccata dalle tradizioni, usi e costumi della società locale¹²⁵ venendo così percepiti più positivamente dalla popolazione. I tribunali misti grazie alla loro presenza sul territorio ed al coinvolgimento di operatori giuridici locali, quali pubblici ministeri ed avvocati, hanno anche un legame più diretto con la nazione in cui operano rispetto ai tribunali internazionali, garantendo così un maggior rispetto delle esigenze della società in transizione¹²⁶. Il tribunale ibrido infine mantiene l'integrità della sovranità nazionale ed impedisce il diffondersi di quel senso di estraneità spesso percepito nei confronti dei tribunali internazionali e ciò pur garantendo l'attendibilità e l'imparzialità del processo grazie al coinvolgimento delle Nazioni Unite¹²⁷.

¹²² Si veda in proposito la voce Tribunali misti, in "Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione", Dizionario Vol. II, direzione scientifica di Marcello Flores, UTET, Torino, 2007.

¹²³ Suzannah Linton, op. cit., pag. 185.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ In proposito: Naomi Roht-Arriaza e Javier Mariezcurrena, op. cit. pag. 10.

¹²⁶ Suzannah Linton, op. cit.

¹²⁷ *Ibidem*.

Il Tribunale Speciale per la Sierra Leone rappresenta forse il caso più conosciuto di tribunale misto; si tratta anche dell'organismo in essere da maggior tempo, e quindi più facilmente analizzabile. La Corte Speciale per la Sierra Leone fu creata con la firma di un accordo tra il governo del paese e le Nazioni Unite il 16 gennaio del 2002. La Corte ha il dovere di perseguire penalmente coloro che “*bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996,*” (Articolo 2 dello Statuto), definizione analoga a quelle comprese e già esaminate nei diversi statuti dei tribunali internazionali, con l'evidente aggiunta del riferimento alla legislazione della Sierra Leone.

La Corte è competente a giudicare anche altri diversi crimini analoghi a quelli indicati negli statuti dei tribunali internazionali: non è però competente per il reato di genocidio, previsto invece negli statuti dei tribunali internazionali esaminati. La ragione di tale esclusione è indicata in un documento del Segretario generale delle N.U. ove si legge: “[*because of the absence of crimes*] *perpetrated against an identified national, ethnic, racial or religious group with an intent to annihilate the group as such, the Security Council did not include the crime of genocide*”¹²⁸. Lo statuto del Tribunale Speciale della Sierra Leone non comprende neppure le violazioni alle norme delle Convenzioni di Ginevra data la natura strettamente nazionale del conflitto.

Lo Statuto, come già accennato, disciplina la competenza della Corte per alcuni reati previsti dal diritto nazionale, quali, ad esempio, l'abuso di una ragazza minore di anni 14, il rapimento, sempre di minori di anni 14, per scopi immorali (Articolo 5 comma primo dello Statuto) e

¹²⁸ *Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone*, Documento delle Nazioni Unite S/2000/915, 4 ottobre 2000, paragrafo III.

l'appiccare incendi a case o villaggi o edifici pubblici (Articolo 5 comma secondo dello Statuto). La previsione nello Statuto di reati previsti dal diritto nazionale fu motivata dalla necessità di permettere alla Corte di affrontare e perseguire violenze non previste dal diritto internazionale e che danneggiarono gravemente la popolazione¹²⁹. Un'ulteriore innovazione operata dallo Statuto della Corte, sempre in materia di competenza e di minori, è rappresentata dall'articolo 7 dello Statuto ove si affronta il problema dei bambini soldato. Lo Statuto indica che la Corte non potrà giudicare crimini commessi da minori di anni 15 e dovrà istituire alcune misure speciali per coloro che hanno compiuto crimini tra i 15 ed i 18 anni di età. La previsione di norme specifiche per i minori è dovuta ai numerosi casi di arruolamento forzato di tali soggetti. Queste specifiche previsioni confermano la portata innovativa dello Statuto della Corte Speciale per la Sierra Leone in particolare e dei tribunali misti in generale: da un lato perché rappresentano la peculiare capacità, già più sopra accennata, della capacità dei tribunali misti di meglio interpretare le esigenze della società in cui operano; dall'altro perché costituiscono un'importante novità, non ritrovandosi norme e previsioni simili negli statuti di organi giudiziari internazionali.

Particolarmente interessante è anche il fatto che lo Statuto della Corte per la Sierra Leone estende la competenza del tribunale anche a “*any transgression committed by peacekeepers and related personnel*”. La competenza per le trasgressioni commesse dai militari e peacekeepers stranieri in Sierra Leone è comunque subordinata alla concessione del nulla osta del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, nulla osta che viene concesso solo qualora lo Stato di cui il trasgressore sia cittadino

¹²⁹ Si veda in proposito il report dell'International Center for Transitional Justice: *The Special Court for Sierra Leone Under Scrutiny*, 5 marzo 2006, pagina 15, rinvenibile sul sito <http://www.ictj.org/static/Prosecutions/Sierra.study.pdf>

non possa o non voglia esercitare la propria competenza a perseguire il reato¹³⁰. La competenza della Corte per trasgressioni del diritto internazionale commesse dai peacekeepers è unica nel suo genere e non si ritrova – ad oggi – in nessun altro statuto.

Le diverse novità previste dallo Statuto della Corte Speciale per la Sierra Leone sono frutto di un'applicazione concorrente del diritto internazionale (i “classici” crimini contro l'umanità o di *gross human rights violations*) e del diritto nazionale (le norme specifiche accennate poco sopra).

5.2 Giustizia riconciliativa

La giustizia riconciliativa, o di riconciliazione, non necessariamente deve sostituirsi alla logica giudiziaria. Nei casi che affronteremo emergerà la tendenza ad applicare strumenti di riconciliazione contestualmente a strumenti di giustizia di retribuzione. Cosa realmente vada inteso con il termine riconciliazione verrà affrontato nel prossimo capitolo. Tuttavia non si può esaurire un'analisi degli strumenti della giustizia di transizione senza prima aver accennato gli strumenti applicati per promuovere la riconciliazione.

Come accennato, in Sierra Leone operò, concorrenzialmente al Tribunale, la *Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission* (d'ora in poi SLTRC), che si riunì per la prima volta nel luglio del 2002 e terminò i propri lavori nell'ottobre 2004 con la consegna di un report al Presidente della nazione. La Commissione era stata creata il 22 febbraio del 2000 con l'emanazione, da parte del parlamento, del *Truth and*

¹³⁰ Articolo 1 commi 2 e 3 dello Statuto della Corte Speciale per la Sierra Leone.

Reconciliation Commission Act (TRC Act), che indicava quale principale scopo della Commissione la compilazione di un'accurata storiografia delle violazioni e degli abusi dei diritti umani avvenuti durante il conflitto, e cioè nel periodo 1991-1999¹³¹. La Commissione invece non limitò il proprio lavoro alla raccolta di informazioni ed alla compilazione di un dettagliato elenco delle violazioni, ma si occupò anche della riconciliazione della società, rispondendo alle varie necessità delle vittime¹³². Il *TRC Act* fa riferimento più volte nel testo a “vittime” e “*perpetrators*”, suggerendo così quali fossero gli elementi della società cui la Commissione si sarebbe dovuta dedicare; inoltre, riprendendo lo Statuto della Corte Speciale della Sierra Leone, la legge si concentrava particolarmente sui minori, sugli abusi da questi subiti e sugli illeciti da questi compiuti¹³³. Il problema dei minori fu uno degli aspetti più delicati e più importanti della SLTRC. Citando il Professor Schabas: “[...] *they seemed to be the incarnation of the contradictions that gripped the entire country, in that one and the same child might be both a victim and a perpetrator*”¹³⁴. Le indagini relative alla particolare problematica dei minori portarono addirittura a scoprire che molti dei leader delle forze governative e rivoluzionarie avevano a loro volta iniziato la loro carriera militare da bambini, arruolati dalle forze armate britanniche negli anni cinquanta; addirittura la dicitura *Small Boys Unit*, utilizzata per indicare le unità combattenti formate da minori, era stata conosciuta proprio durante il periodo coloniale britannico. La Commissione della Sierra Leone ebbe quindi un duplice ruolo: investigativo e

¹³¹ Sezione 6 articolo 1 del *Truth and Reconciliation Commission Act* del 2000.

¹³² William A. Schabas, *The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission*, in *Transitional Justice in the twenty first century*, op. cit. Si vuole qui ricordare che il Prof. Schabas fu anche un membro della TRC della Sierra Leone.

¹³³ William A. Schabas, op. cit., pag. 24.

¹³⁴ *Ibidem*, pag. 32.

terapeutico, quest'ultimo venne compiutamente definito dall'allora Attorney General Solomon Berewa: “[*The TRC*] far from being fault-finding and punitive, it is to serve as the most legitimate and credible forum for victims to reclaim their human worth; and a channel for the perpetrators of atrocities to expiate their guilt, and chasten their consciences. The process was likened to a national catharsis [...]”¹³⁵.

La compresenza sul territorio di due istituzioni giuridiche con finalità divergenti sollevò, come già accennato, diverse problematiche. La prima, che emerge solitamente quando due istituzioni debbono collaborare, riguarda la supremazia di una rispetto all'altra; tale problematica venne risolta ancor prima della creazione della Commissione durante un incontro apposito tra l'Alto Commissario per i diritti umani della Nazioni Unite e l'Ufficio affari legali delle Nazioni Unite. Nel report di tale incontro si legge che “*the relationship between the two bodies should not be discussed on the basis of primacy or lack of it*”¹³⁶; tale decisione era in linea con il parere espresso dal Segretario generale e dal Consiglio di Sicurezza delle NU che avevano sostenuto la necessità che i due organismi “*operate in a complementary and mutually supportive manner fully respectful of their distinct but related functions*”¹³⁷. Nonostante la volontà di molti di far interagire proficuamente i due organi, emerse, all'inizio dei lavori della Commissione, l'impossibilità di una reale collaborazione; infatti una seconda, importante problematica risultò essere l'atteggiamento dei diversi avvocati difensori, che non permettevano ai propri assistiti di collaborare con la Commissione, così come fu altrettanto chiaro che permettere all'ufficio del Pubblico

¹³⁵ Solomon Berewa, *Addressing Impunity using Divergent Approaches*, in *Truth and Reconciliation in Sierra Leone*, UNAMSIL, Freetown, 2001.

¹³⁶ Documento delle Nazioni Unite: E/CN.4/2002/3, par.44.

¹³⁷ Documento delle Nazioni Unite: S/2001/40, par.9.

Ministero di attingere ai dossier della SLTRC, avrebbe determinato un serio effetto dissuadente su quanti avevano intenzione di collaborare con la Commissione. Le due istituzioni mantennero quindi educati rapporti, ma non cooperarono mai attivamente; il pubblico ministero della Corte Speciale affermò anche pubblicamente di non aver nessun interesse a collaborare con la SLTRC, e quest'ultima trovò la dichiarazione estremamente utile perché rassicurava tutti coloro che intendevano lavorare in via confidenziale con essa¹³⁸. In conclusione potremmo affermare che la Sierra Leone rappresentò un fondamentale banco di prova per la giustizia di transizione grazie alla contemporanea esistenza nel paese di due differenti e complementari istituzioni, tribunale ibrido e Commissione giustizia e verità. Si potrebbe addirittura sostenere che nonostante un'assenza di collaborazione, entrambe le istituzioni hanno lavorato, e la Corte Speciale sta ancora lavorando, ottenendo un discreto successo¹³⁹. La SLTRC, completato il suo mandato, è stata sostituita dalla Commissione Diritti Umani, organo statale permanente con lo scopo di vigilare affinché non si ripetano i terribili eventi del passato.

Altri importanti casi in cui si è assistito alla compresenza, sul territorio, di strumenti giuridici di natura internazionale e strumenti finalizzati alla riconciliazione sono Timor Est ed il Ruanda.

Un importante nuovo strumento di transizione venne istituito in Timor Est grazie alla locale Commissione Giustizia e Verità, denominata *Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação*¹⁴⁰ (CAVR), creata nel 2001 dallo sforzo congiunto del parlamento nazionale e di UNTAET (il corpo d'amministrazione provvisorio delle Nazioni Unite). Il contesto

¹³⁸ William A. Schabas, op. cit., pag.36.

¹³⁹ William A. Schabas, op. cit., pagina 39.

¹⁴⁰ UNTAET/REG/2001/10, Luglio 2001.

in cui venne creata la CAVR era estremamente delicato e complesso, sia a causa dell'incerta situazione economica e politica del paese, sia a causa della generalizzata percezione che i vari strumenti adottati per punire i colpevoli delle violazioni non fossero idonei allo scopo. La CAVR doveva assolvere quattro diverse funzioni: investigare e definire la verità riguardo alla natura ed alle cause delle violazioni dei diritti umani occorse nel paese tra il 1974 ed il 1999; assistere le vittime e promuovere la riconciliazione; aiutare, attraverso il “*Community and Reconciliation Process*” (d’ora in poi CRP), la reintegrazione di coloro che avevano commesso reati minori ed altri atti illeciti nella loro comunità; stilare un report alla conclusione dei lavori che comprendesse anche eventuali raccomandazioni per il governo¹⁴¹. L’idea alla base dei processi di riconciliazione era di occuparsi dei crimini minori all’interno della comunità in cui erano stati commessi, lasciandoli al di fuori del sistema giuridico nazionale, così da avere da un lato uno strumento senza dubbio più economico e veloce della giustizia nazionale, dall’altro un confronto diretto tra la comunità ed il “criminale”, confronto che, si sperava, avrebbe permesso di riparare il tessuto sociale strappato ed eliminare ogni rabbia residua¹⁴². Il meccanismo del CRP, formulato nel regolamento UNTAET/REG/2001/10, prevedeva che un individuo macchiatosi di reati minori potesse far domanda presso il CAVR per un’udienza CRP; la Commissione, valutata la richiesta, poteva o deferire il richiedente al sistema giuridico nazionale oppure organizzare l’udienza presso la sua comunità di appartenenza. L’udienza si svolgeva pubblicamente di fronte ad una commissione composta dai leader locali e presieduta dal rappresentante regionale CAVR. Va notato che tali

¹⁴¹ UNTAET/REG/2001/10, Luglio 2001.

¹⁴² Patrick Burgess, *East Timor’s Community Reconciliation Process*, in *Transitional Justice in the twenty first century*, op. cit., pagina 184.

comitati dovevano garantire un'adeguata rappresentanza sia delle diverse culture e religioni locali, che femminile. Durante l'udienza il richiedente doveva esporre il suo caso e, una volta sentite le vittime, il comitato doveva formulare una "sentenza" in cui indicava quali "atti di riconciliazione" (lavori socialmente utili o pagamento dei danni) avrebbe dovuto compiere il richiedente. In caso di accordo di quest'ultimo veniva siglato un *Community Reconciliation Agreement*. Il sistema del CRP fu un successo: delle 1541 richieste di udienza ben 1371 giunsero alla firma di un accordo tra comunità e "criminale"¹⁴³; a ciò va aggiunto che ai CRP parteciparono circa 30-40 mila membri delle diverse comunità¹⁴⁴, dimostrando così l'utilità del processo e che il sistema rispondeva alle necessità delle comunità. Il sistema del CRP rappresentò il primo esempio di coinvolgimento delle comunità locali in maniera attiva durante una transizione e, come vedremo, tale coinvolgimento si è dimostrato estremamente utile per raggiungere una riconciliazione sociale reale ed effettiva.

Il CRP fu uno strumento innovativo che, come vedremo successivamente, racchiudeva in sé elementi tradizionali locali ed un proto-diritto religioso fondamentale per il coinvolgimento della comunità. Un caso analogo si ritrova in Ruanda, ove il governo ha istituito, dopo il genocidio, una procedura presso le corti *gacaca*.

Le corti *gacaca* rappresentano una delle soluzioni più peculiari utilizzate, ad oggi, per risolvere il problema della riconciliazione a seguito di un conflitto. Per comprendere appieno queste peculiari corti occorre tenere presente che le stesse derivano dalle tradizioni locali

¹⁴³ CAVR Final Report, marzo 2006. Consultabile al sito: <http://www.cavr-timorleste.org/en/chegaReport.htm>

¹⁴⁴ *Ibidem*.

ruandesi. Il termine *gacaca* si ritrova già all'inizio del secolo ventesimo, utilizzato per identificare il sistema di risoluzione delle dispute in seno alle tribù. Il sistema sociale ruandese riteneva, e tuttora ritiene, che la famiglia, e, per estensione, le famiglie del villaggio, fossero l'elemento di base della società: pertanto tensioni o liti erano inaccettabili in seno alla tribù¹⁴⁵. Il sistema delle corti era basato sul dibattimento di fronte agli anziani del villaggio del caso. Non erano previsti avvocati difensori o altre istituzioni, i litiganti esponevano direttamente davanti ai giudici, ed alla comunità, il loro caso. Terminata l'esposizione dei casi, i giudici deliberavano sugli eventuali risarcimenti e, una volta concluso il giudizio, le parti ed i giudici dividevano cibo o bevande insieme, simbolo questo dell'avvenuta riconciliazione tra le parti¹⁴⁶.

La giurisdizione di queste corti era limitata, fino al periodo pre-genocidio, a questioni di diritto privato: eredità, confini, bestiame. Non rientrava, quindi, nella loro giurisdizione l'omicidio e tantomeno il reato di genocidio. Tuttavia, subito dopo gli eventi ben noti che portarono allo scontro tra Tutsi e Hutu, sorsero alcune particolari forme, non ufficiali, di *gacaca* che si occupavano, direttamente ed indirettamente, di fatti avvenuti durante gli scontri: le “*gacaca* delle carceri” e le *nkiristu gacaca*. Le prime, come si evince dal nome stesso, furono un movimento spontaneo nato nelle prigioni ruandesi ove erano rinchiusi gli autori di crimini legati al genocidio: i prigionieri si dividevano per aree geografiche ed eleggevano degli *urumuri* (uomini illuminati) che svolgessero il ruolo di giudici. Nelle sessioni di queste corti i prigionieri confessavano i crimini commessi di fronte ai compagni ed agli *urumuri*,

¹⁴⁵ Si veda in proposito: Phil Clark, *Hybridity, Holism and Traditional Justice: the Case of the Gacaca Courts in Post-Genocide Rwanda*, in «The George Washington International Law Review», Vol.39, N.4, 2007, pag. 778.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pag. 779.

questi ultimi verbalizzavano le confessioni e le custodivano affinché potessero essere poi utilizzate nelle corti ufficiali¹⁴⁷. La seconda forma cui abbiamo accennato, le *nkiristu gacaca*, emersero nelle comunità cattoliche di alcune province ruandesi. Queste *gacaca* cristiane utilizzavano come giudici i preti, o altri esponenti religiosi, che invitavano i parrocchiani sospettati di aver commesso dei reati ad ammettere le loro colpe ed i loro peccati di fronte alla comunità¹⁴⁸. Molti studiosi di queste corti hanno affermato che vi era la convinzione che, una volta che il peccatore avesse confessato, era necessario, se non obbligatorio, perdonarlo e riammetterlo nella comunità: si trattava di un “dovere divino”¹⁴⁹ delle vittime e della congregazione perdonare colui che si era confessato.

Le autorità ruandesi, dopo lunghi dibattiti, decisero di ricorrere alle *gacaca* per definire le migliaia di casi (si ritiene che vi fossero circa 400.000 indagati). Nel 2001, con la *Gacaca Law*, le corti vennero modificate e la loro giurisdizione e competenza estese anche ai casi di omicidio e altri atti criminali commessi durante il genocidio. La legge, modificata minimamente due volte, divide i sospettati in tre distinte categorie: nella prima vi sono coloro che hanno avuto parte attiva nella pianificazione del genocidio, coloro che erano in posizione di autorità durante gli eventi e che hanno commesso gravi violazioni e l’omicida ben conosciuto, colui che nella sua zona, o in diverse zone, era ben noto per aver ucciso, torturato o compiuto atti di particolare crudeltà¹⁵⁰. La

¹⁴⁷ Alice Karekezi, *Juridictions Gacaca: Lutte contre l’Impunité et la Promotion de la Reconciliation Nationale*, in «Les Jurisdiction Gacaca et le Poccusus de Recontiliation Nationale» vol. 32, 2001, pag. 34 e seguenti.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Gacaca Law*, modificata il 2004, art. 51.

seconda categoria raggruppa tutti coloro che hanno commesso omicidio, tortura o violenze e coloro che sono stati complici nella commissione di tali atti. La terza categoria comprende coloro che hanno commesso reati contro il patrimonio. Le corti *gacaca* sono competenti a perseguire coloro che rientrano nelle ultime due categorie, mentre per i reati rientranti nella prima categoria hanno competenza esclusiva i tribunali nazionali e l'ICTR¹⁵¹.

I sospettati dei crimini che rientrano nelle categorie per cui le corti *gacaca* hanno competenza, seconda e terza categoria, vengono convocati in una delle 9000 diverse giurisdizioni¹⁵², che comprendono corti di primo e secondo grado. Il numero così elevato di corti è dovuto alla particolare natura locale e comunitaria di questa tipologia di tribunale. Proprio per questo motivo le corti hanno una competenza territoriale anomala. In Ruanda, infatti, l'entità amministrativa locale più piccola, definita cellula, è individuata non solo dal territorio, ma anche, e soprattutto, dai legami familiari: una cellula comprende circa dieci famiglie allargate, 800 individui circa¹⁵³. Subito sopra la cellula si trova il settore, che comprende tra le cinque e le sette cellule, 5000 individui circa¹⁵⁴. Le corti *gacaca* di primo grado, che svolgono soprattutto lavoro di indagine e si occupano solamente di processare coloro che rientrano

¹⁵¹ Phil Clark, op. cit., pag. 790. Non vi è chiarezza sulla divisione delle giurisdizioni tra ICTR e i tribunali nazionali. Spesso sono nate anche tensioni tra le due istituzioni. In proposito si veda anche l'articolo di Philip Gourevitch, *Justice in Exile*, in «New York Times», 24 giugno 1996.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ Stef Vandeginste, *Justice, Reconciliation and Reparation After Genocide and Crime Against Humanity: the Proposed Establishment of Popular Gacaca Tribunals in Rwanda*, rintracciabile sul sito <http://www.grandslacs.net/doc/3666.pdf>.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

nella terza categoria¹⁵⁵, sono operative già a livello di cellula; le corti di secondo grado, che hanno giurisdizione sui reati rientranti nella seconda categoria¹⁵⁶ e svolgono il ruolo di corte d'appello per le sentenze emesse dalle corti di primo grado¹⁵⁷, operano invece per settore. Infine le corti *gacaca* di settore svolgono anche il ruolo chiave di sottoporre ai tribunali nazionali ed alle procure i casi che rientrano nella prima categoria.

Emergono, dallo studio delle corti, due caratteristiche uniche di questo sistema giuridico: la nomina dei giudici e le condanne che costoro possono emettere. I requisiti per essere nominati giudici di una *gacaca* non si ritrovano in nessun organo giuridico attualmente esistente: i giudici devono essere ruandesi maggiori di 21 anni; non devono essere mai stati imputati in un processo penale o essere sospettati di aver commesso atti illeciti durante il genocidio; non devono aver mai svolto incarichi pubblici; non devono essere avvocati o membri di ONG; devono essere persone moralmente ineccepibili, degne di fiducia, prive di idee settarie e caratterizzate da uno spirito di “*speech sharing*”¹⁵⁸. Il divieto di aver avuto incarichi pubblici, essere avvocati o membri di una ONG nasce dall'esigenza di mantenere, sia nella forma che nella sostanza, l'assoluta indipendenza dei giudici da qualunque corrente politica e, soprattutto dalla volontà del governo e della società, di mantenere le corti *gacaca* strumenti tradizionali, vicini alla popolazione (questo soprattutto spiega il divieto di essere avvocati). Le diverse

¹⁵⁵ Reati contro il patrimonio.

¹⁵⁶ Omicidio, tortura, violenze o complicità nella commissione di tali crimini

¹⁵⁷ Aver preso parte alla pianificazione o pianificato il genocidio, aver commesso reati ed essere anche in un posizione di potere (polizia, esercito o anche autorità religiosa o di leadership), ed infine essere un “*well know murderer*” ovvero l'assassino ben conosciuto.

¹⁵⁸ *Gacaca Law*, art 14.

caratteristiche morali, invece, nascono da una diversa esigenza. Mentre le prime caratteristiche menzionate, quelle di risultare moralmente ineccepibili e degne di fiducia, rappresentano qualità necessarie per diventare giudici visto il ruolo che tali persone ricoprono, le altre due caratteristiche menzionate meritano maggior attenzione; essere privi di idee settarie, e quindi non distinguere la popolazione tra Hutu e Tutsi, è indice della volontà del governo e della società di superare la divisione pre-conflitto e creare un sentimento unitario nella popolazione; la capacità di *speech sharing*, di promuovere quindi il dialogo e la discussione, è invece una qualità fondamentale che i giudici devono possedere per essere in grado di coinvolgere, durante i procedimenti, quanti più elementi della comunità possibili¹⁵⁹.

Le condanne che i giudici possono comminare, seconda caratteristica particolare di questi organi giuridici, sono prefissate per legge. Nella legge che istituisce le corti, agli articoli 72 e seguenti, vengono predeterminate le possibili condanne. Il sistema, oltre a fissare gli anni che un condannato deve passare in carcere, prevede anche la possibilità di diminuire la pena in cambio di una confessione. Il sistema, talmente predeterminato¹⁶⁰ da poter sembrare una listino prezzi, prevede tre diverse situazioni: in caso di colpevolezza dell'imputato, e qualora costui non abbia confessato, dai 25 ai 30 anni di carcere per i casi più gravi (omicidio, tortura o violenze), dai 5 ai 7 anni per i casi meno gravi

¹⁵⁹ Phil Clark, op. cit. pag. 791 nota 82.

¹⁶⁰ La predeterminatezza delle condanne potrebbe apparire come un'aggressione al principio fondamentale sull'indeterminatezza del processo. Ovviamente il sistema prevede le condanne solo nel caso in cui l'indagato sia trovato colpevole. La *ratio* di queste norme nasce, da un lato, dalla necessità di evitare che i giudici vengano personalmente influenzati dai casi più gravi e siano quindi troppo severi, dall'altro per promuovere le confessioni che, come già affermato più volte nel presente lavoro, aiutano la riconciliazione.

(complicità) con la possibilità di scontare metà pena con lavori socialmente utili. La seconda ipotesi prevede, in caso di colpevolezza dell'imputato che abbia confessato i propri crimini durante il procedimento, dai 12 ai 15 anni per i casi più gravi, con possibilità di scontare metà della pena con lavori socialmente utili, e dai 3 ai 5 anni per reati meno gravi, di nuovo con la possibilità di tramutare metà della condanna in un periodo di lavori socialmente utili. Infine la terza ipotesi prevede, in caso di confessione dell'imputato prima dell'inizio del processo, dai 7 ai 12 anni per i casi più gravi e da 1 a 3 anni per i casi meno gravi ed entrambe le condanne possono essere dimezzate a favore di lavori per la comunità. Va sottolineato che, dei più di 400.000 casi già giudicati dalle corti, la maggior parte ha riguardato individui che già avevano passato in carcere lunghi periodi (tra i cinque e sei anni) e vennero quindi condannati o solamente a lavori socialmente utili, oppure, in certi casi, vennero trovati colpevoli, ma non condannati al carcere in quanto avevano già scontata la pena.

Questi due esempi di giustizia riconciliativa possono aiutare nella comprensione dell'evoluzione del diritto di transizione. Entrambi gli strumenti infatti si rifanno a tradizioni profondamente radicate nel territorio, conosciute e condivise dalla maggior parte della popolazione. Tale conoscenza è da contrapporsi, a livello territoriale, alla diffusa ignoranza del diritto internazionale e, pertanto, all'incapacità di conoscere il diritto applicato in tribunali, come quelli internazionali, vissuti come distanti dalla popolazione locale. L'applicazione del diritto tradizionale ha permesso, ai cittadini del Ruanda e di Timor Est, di comprendere il procedimento a loro carico risolvendo, in parte, la questione della certezza del diritto.

Capitolo II Riconciliazione, tra diritto e perdono

Si è accennato, nel capitolo precedente, ad un “problema della riconciliazione” nel diritto di transizione. Tale questione si compone di diverse problematiche: in primo luogo è evidente l’assenza di una chiara identificazione e definizione, nel diritto di transizione, del concetto di riconciliazione; in secondo luogo non vi è chiarezza sulla valenza giuridica del concetto di riconciliazione. La prima problematica emerge data la confusione, in molti casi, tra riconciliazione e perdono, e le definizioni dei due concetti: per alcuni, infatti, è riconciliazione il venir meno, nella società, di una diffusa anomia e la conseguente rottura delle spirali di violenza dettate dalla necessità degli individui di vendicarsi. Per altri la riconciliazione è sinonimo di perdono, un concetto di origine religiosa, che pone particolari problematiche quando viene inserito in un contesto meta-giuridico come la giustizia di transizione e le dinamiche riconciliative.

La questione della confusione tra perdono e riconciliazione va necessariamente affrontata prima di qualunque altra. Solo attraverso una approfondita analisi delle definizioni dei due concetti, e delle loro differenze, si può procedere ad una valutazione ed una interpretazione delle espressioni giuridiche di questi due strumenti.

1. Perdono

Il concetto di perdono ha particolare pregnanza, soprattutto grazie alle ricerche condotte nell’ultimo decennio, in diversi campi del sapere umano. Per quanto si potrebbe circoscrivere in questa sede la ricerca al campo del diritto, tale limitazione renderebbe l’analisi superficiale. Sarà

quindi necessario, per comprendere appieno il concetto di perdono, allargare lo studio anche a discipline diverse.

Analizzando in maniera anche superficiale il concetto di perdono emerge con una certa immediatezza il particolare rilievo e importanza che tale concetto ha nelle tre grandi religioni monoteistiche. Negli ultimi decenni il perdono ha assunto un ruolo centrale anche in discipline laiche: in particolare in campo filosofico; in particolari discipline sociali come la psicologia e l'antropologia; ed infine nelle scienze politiche e nel diritto.

Tipicamente il perdono è definito come: *“l’abbandono del risentimento e il controllo sulla rabbia ed odio verso un individuo. Rabbia ed odio causati dalla naturale reazione ad un danno morale e fisico ingiustificato e non scusabile”*¹⁶¹. La definizione può apparire, a prima vista, limitata. Tale limite, però, è utile a distinguere questo concetto da altri: ringraziare è un concetto di natura giuridica, è un atto compiuto dallo Stato e conseguente ad un reato; scusare si riferisce ad un'azione minore e commessa, spesso, con una motivazione ritenuta dal suo attore legittima; ed infine il perdono va distinto dal dimenticare e dal negare, entrambi processi mentali che però rimuovono o non considerano l'azione passata¹⁶². La definizione appena data prende spunto, va sottolineato, da una concezione laica-religiosa, non filosofica-teologica, della parola; ognuna delle diverse religioni, e soprattutto le tre maggiori religioni monoteistiche, danno infatti diverse definizioni di perdono.

¹⁶¹ J. G. Murphy e J. Hampton, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pag. 15. Traduzione dell'autore.

¹⁶² Si veda l'introduzione di Michael E. McCollough, Kenneth I. Paragmet e Carl Thoresen, nel volume da loro curato, *Forgiveness. Theory Research and Practice*, Guilford Press, New York, 2000, pag. 8.

1.1 Diversi livelli di perdono

Nell'analisi di questo universale, e particolare al tempo stesso, concetto è necessario distinguere tra diversi "livelli" di perdono, così come viene distinto nelle scienze psicologiche. Distinzione utile a comprendere la complessità del meccanismo e le diverse ricadute sociali che tale fenomeno ha. Per l'analisi che qui si vuole effettuare si può limitare la distinzione a due livelli. Un primo livello investe la natura strettamente personale del perdono: il processo interiore che porta all'atto del perdonare. Il secondo livello invece ricomprende le dinamiche sociali, l'effetto che il perdono può avere nei rapporti interpersonali e nei rapporti sociali nel loro insieme.

1.1.1 Livello personale

I ricercatori in psicologia hanno iniziato la loro indagine sul concetto di perdono e sul processo del perdono già negli anni '80. I primi studi si concentrarono soprattutto sul perdono come strumento utile solamente a colui che compie l'atto, in particolare all'interno delle dinamiche matrimoniali¹⁶³. L'interesse delle scienze psicologiche per il perdono si sviluppa per comprendere le dinamiche che permettono ad alcuni individui di risolvere i conflitti attraverso questo particolare atto. L'attenzione dei diversi studiosi si concentrò sulle dinamiche interne del soggetto che perdona e sulla mutazione d'intenti del soggetto perdonante¹⁶⁴. La ricerca ha infine sottolineato il legame inscindibile tra perdono e religione¹⁶⁵. Secondo i ricercatori tale

¹⁶³ Si veda in proposito l'introduzione del volume di Everett L. Worthington, Jr., *Forgiveness and Reconciliation*, Routledge, New York-Abingdon, 2006 e l'introduzione di Michael E. McCollough, e altri, op. cit..

¹⁶⁴ Michael E. McCollough, e altri, op. cit., p. 9.

¹⁶⁵ Everett L. Worthington, Jr., op. cit. e Michael E. McCollough, e altri, op. cit.

legame si esplica nella natura duale del concetto: da un lato ha qualità comuni, proprie della sfera emotiva umana, ma allo stesso tempo ha anche delle qualità che trascendono l'umano, data la, presunta, natura divina¹⁶⁶. La qualità umana del perdono permette di studiare il fenomeno, di investigare perchè alcune persone perdonano mentre altre sono vendicative. La qualità trascendente, spirituale, si comprende analizzando il comportamento del soggetto che perdona: lo studio del concetto di perdono è stato al centro di analisi teologiche per molti secoli ed in diverse culture; allo stesso tempo chi perdona, o chi pensa al perdono, lo ricollega a concetti religiosi e spirituali¹⁶⁷.

Nonostante la natura duale, e l'enorme interesse che questa doppia caratterizzazione rappresenta, l'analisi e la ricerca psicologica ha preferito soffermarsi sulle tre caratteristiche interpersonali del perdono: il perdono, e l'atto del perdonare, maturano in un individuo solo qualora quest'ultimo percepisca l'azione compiuta dall'offensore come nociva e moralmente sbagliata¹⁶⁸. La seconda caratteristica del perdono emerge dalla percezione iniziale, che infatti a sua volta stimola diverse reazioni: emotive, come la rabbia o la paura; motivazionali, intese come il desiderio di vendetta o la volontà di evitare colui che ha commesso l'azione; reazioni cognitive, e quindi ostilità o perdita della stima verso il terzo; infine risposte comportamentali, aggredire o ignorare l'individuo "malvagio". La caratteristica comune a queste diverse reazioni, profondamente diverse tra loro, emerge qualora si consideri la loro ricaduta sociale: le diverse

¹⁶⁶ Michael E. McCullough e Everett L. Worthington, Jr., *Religion and the Forgiving Personality*, in «Journal of Personality», vol. 67, issue 6, dicembre 1999, pag. 1141-1164.

¹⁶⁷ *Ibidem* pag. 1142.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pag. 1142.

reazioni, infatti, incrinano ed interrompono i rapporti tra i due individui e provocano un deterioramento delle relazioni sociali¹⁶⁹. La terza, ed ultima, caratteristica del perdono e dell'atto del perdonare è alla base dell'intero processo: con l'atto del perdono, infatti, vengono meno, o sono profondamente mitigate, le diverse reazioni accennate. In tal modo si possono ristabilire legami sociali o, se non altro, armonizzare nuovamente i rapporti tra gli individui.

Questa tripartizione del perdono, e del processo interno dell'atto, è alla base, consciamente o meno, di diverse teorie che sostengono la promozione di questo concetto all'interno dei processi interpersonali in campo sociale (matrimonio) e giuridico (nella mediazione penale). Va sottolineato che la possibilità che il perdono offre nel ridefinire e ristabilire i legami sociali è, per la ricerca in oggetto, fondamentale. La pretesa di riconciliazione, e la *ratio* della giustizia di transizione, fermare l'*anomia* sociale, si possono acquisire solamente attraverso una ri-armonizzazione dei rapporti interpersonali.

1.1.2 Secondo livello: dinamiche sociali e politiche

In campo antropologico e filosofico, il perdono è stato teorizzato come un dono¹⁷⁰: colui che perdona lo fa liberamente, senza esserne obbligato. Questa particolare visione del perdono, espressa ed analizzata in profondità da Jacques Derrida, permette di spostare l'analisi del perdono al secondo livello: ovvero alle conseguenze del perdono in campo politico-sociale.

L'idea di Derrida del perdono come dono nasce in risposta alle

¹⁶⁹ Michael E. McCulloch e Everett L. Worthington, Jr., op. cit., pag. 1143.

¹⁷⁰ Jacques Derrida, *On Cosmopolitanism and Forgiveness*, Routledge, 2001; Adolfo Ceretti, *Il Perdono, riparazione e riconciliazione*, in «Ars Interpretandi», 9, 2004.

posizione di altri due importanti filosofi: Vladimir Jankélévitch e Hanna Arendt. Entrambi gli autori erano sopravvissuti all'orrore della seconda guerra mondiale e si posero la domanda se fosse possibile perdonare le azioni commesse nei campi di concentramento¹⁷¹. Entrambi sostengono che sia impossibile perdonare. Jankélévitch afferma, infatti, che il perdono morì nei campi di concentramento; la Arendt, invece, afferma che gli uomini *are unable to forgive what they cannot punish and they are unable to punish what has turned out to be unforgivable. This is the true hallmark of those offenses which since Kant, we call 'radical evil' and about whose nature so little is known, even to us who have been exposed to one of their rare outbursts on the public scene. All we know is that we can neither punish nor forgive such offenses and they therefore transcend the realm of human affairs and the potentialities of human power, both of which they radically destroy wherever they make their appearance.*¹⁷²

Derrida, pur concordando con Jankélévitch, e ammettendo quindi che alcuni atti sono imperdonabili, sostiene che, proprio grazie a questa impossibilità, il perdono assume una nuova dimensione, *forgiveness forgives only the unforgivable*¹⁷³: il perdono perdona solamente l'imperdonabile. Tale affermazione viene spiegata dal filosofo ricorrendo ad una distinzione tra due forme di perdono: il perdono condizionato ed il perdono incondizionato¹⁷⁴, inscindibili, per

¹⁷¹ Hannah Arendt, *The Human Condition*, prima edizione, University of Chicago Press, Chicago, 1958.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Affermazione attribuita a Jacques Derrida, in Richard J. Bernstein, *The Aporia of Forgiveness*, in «Constellations», Vol. 13 n. 3, 2006, pag. 395.

¹⁷⁴ Richard Bernstein, op. cit. pag. 396

quanto diversa. La prima forma di perdono, il perdono condizionato, deriva dalla tradizione religiosa abramitica e dal pensiero filosofico occidentale. Questa forma di perdono è detta condizionata perchè alla base vi è uno scambio tra vittima e *perpetrator*: è stata commessa un'azione dannosa o immorale; colui che l'ha commessa riconosce il proprio errore; viene richiesto il perdono¹⁷⁵. Il concetto di perdono condizionato si richiama quindi al dualismo biblico pentimento/perdono. Secondo Derrida però questa forma di perdono difetta della possibilità di essere scissa dal perdono incondizionato¹⁷⁶. Il perdono incondizionato è, invece, qualcosa di trascendente, "*it should not be, normal, normative, normalising. It should remain exceptional and extraordinary, in the face of the impossible: as if it interrupted the ordinary course of historical temporality*"¹⁷⁷. Secondo Derrida questo perdono incondizionato non può essere inserito all'interno di dinamiche socio-politiche, perchè non appena trasformato questo fenomeno in legge emergerebbero immediatamente le naturali dinamiche negoziali, tipiche di una realtà di più ampio respiro come quella giuridico-sociale, che deve conciliare moltissimi individui. Tali dinamiche negoziali obbligherebbero il legislatore a dover prevedere, con accuratezza, le condizioni secondo cui sia possibile perdonare¹⁷⁸.

Hannah Arendt, influenzata forse dalle teorie di Derrida, riprende la teoria dell'ipotetica inconciliabilità del perdono con la politica.

¹⁷⁵ Questa caratteristica quasi economica del perdono richiama in parte le teorie di Marcel Mauss, secondo cui il dono, nella società umana, serve a creare circoli virtuosi di scambi tra individui. Marcel Mauss e W.D.Halls, *The Gift*, WW Norton & Co., New York, 2000.

¹⁷⁶ Richard Bernstein, op. cit., pag. 397.

¹⁷⁷ *Ibidem*, pag. 400.

¹⁷⁸ Jacques Derrida, *On Cosmopolitanism and Forgiveness*, op. cit., pag. 39.

Secondo la filosofia il perdono è un elemento fondamentale per le relazioni sociali, e pertanto un elemento intrinsecamente politico. Il concetto di perdono prevede la contrapposizione di due o più individui, uguali ma distinti, e in una società non gerarchica, quindi, il perdono emerge come necessità basilare per la gestione dei rapporti sociali¹⁷⁹.

Se per Derrida, quindi, la commistione politica-perdono degrada quest'ultimo ad un semplice atto negoziale, per la Arendt il perdono è invece un elemento necessario per la gestione delle dinamiche sociali. Emerge, da questa contrapposizione, l'idea che vi possano essere diversi tipi di perdono: da un lato un perdono puro, che permette di superare qualunque atto commesso; dall'altro un perdono più umano, mediato dalle regole negoziali e dal compromesso.

Una linea di pensiero simile è riscontrabile anche in Adolfo Ceretti¹⁸⁰ che, riprendendo l'idea di diversi tipi di perdono, la scioglie, distinguendo due momenti fondamentali ed utili a comprendere ulteriormente le dinamiche che si innescano in campo giuridico-sociale. Secondo questo autore, infatti, si deve distinguere tra “perdono morale”¹⁸¹ e altre forme di perdono. Il perdono morale è la forma più comune, quasi universale, che si manifesta nei rapporti tra le vittime e i rei che hanno ammesso la propria colpa. Un perdono universale, però, è ipotizzabile solamente nei casi in cui vi sia la certezza degli obblighi: “*sono situazione nelle quali si può designare*

¹⁷⁹ Andrew Schaap, *The Proto Politics of Reconciliation: Lefort and the Aporia of Forgiveness in Arendt and Derrida*, in «Australian Journal of Political Science», Vol. 41 n. 6, 2006, pag. 627.

¹⁸⁰ Adolfo Ceretti, *Il Perdono, riparazione e riconciliazione*, op. cit.

¹⁸¹ *Ibidem*, pag. 8.

*una vittima ed un reo e nelle quali il conflitto sarà sempre sottoposto - o sottoponibile - al potere [...] della legge*¹⁸².

Il legame tra perdono e legge è la base, quindi, per promuovere questo processo di perdono universale tra gli individui. Questo legame risulta più evidente quando viene meno. Nei casi in cui, infatti, manca un potere superiore riconosciuto, la legge, e quindi la possibilità attraverso quest'ultima di identificare chiaramente vittima e reo, la capacità di perdonare viene meno. I casi che presentano le condizioni appena menzionate sono molteplici: Irlanda del Nord, Sud Africa, Ruanda, sono solo alcuni esempi. La caratteristica comune di questi tre diversi casi, almeno per quanto riguarda l'analisi che si sta qui svolgendo, è l'incapacità dei diversi soggetti di dialogare con linguaggi comuni¹⁸³: la narrativa del conflitto, infatti, è "infinita", non si trova un punto d'origine, e il ruolo di vittima o *perpetrator* è interscambiabile.

In situazioni simili si deve ricorrere ad un'idea diversa di perdono: il perdono come compromesso¹⁸⁴. In questo caso, però, il compromesso non è il punto di incontro dei due individui, bensì un compromesso con la storia, "*abbandonare l'eterno ritorno delle due versioni separate*"¹⁸⁵. Questo compromesso si basa sulla consapevolezza dei protagonisti che: il dissidio non può essere assorbito e pertanto ci si può solamente accordare sul disaccordo; non è possibile individuare una ragione o un torto; che difficilmente si

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ Adolfo Ceretti, op. cit., pag. 8.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pag. 9.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

potranno individuare chiaramente i ruoli di perdonato e perdonante¹⁸⁶.

Date le premesse, secondo Ceretti ne può conseguire solamente un perdono che “*anima un’immaginazione pratica*”, che obbliga le parti “*a disinnescare le singole memorie*”¹⁸⁷. Queste due affermazioni si possono però sciogliere alla luce anche delle parole di Derrida e della Arendt: da un lato infatti pare evidente come, in certe situazioni, esistano davvero atti ed azioni imperdonabili, non tanto per la loro efferatezza, ma per l’impossibilità di distinguere chi deve perdonare e chi può essere perdonato; dall’altro è evidente come, in un contesto in cui sia fondamentale rompere un circolo vizioso di violenze ed accuse ed in cui sono state commessi atti gravissimi, il perdono divenga uno strumento politico, e come tale corrotto dal compromesso.

2. Riconciliazione

Definito il concetto di perdono è ora necessario proporre una definizione del concetto di riconciliazione. Tale definizione permette infatti di tentare una valutazione socio-giuridica delle dinamiche e delle finalità di tale processo, indipendentemente dal fatto che vengano promosse da un’idea di perdono o da un’idea diversa

¹⁸⁶ Adolfo Ceretti, op. cit. L’autore include altre due condizioni: la possibilità reale di creare una narrazione quanto più veritiera degli avvenimenti e che “*l’intersezione tra i differenti universi*” sarà mantenuta da “*parole fragili*”. Queste due considerazioni sono proprie della realtà analizzata nell’articolo, il Sud Africa, e difficilmente rintracciabili universalmente. In molteplici altri casi, infatti, una narrazione veritiera in assoluto è possibile: Ruanda, Timor Est, Canada, Australia, sono solo alcuni esempi. Allo stesso modo la considerazione finale, ovvero le *parole fragili*, non trova riscontro in certe istanze: nella Germania unificata, infatti, le scuse ufficiali del governo, come in altri paesi, sono state fondamentali per la riconciliazione interna.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pag. 9, 10.

Per arrivare però ad una definizione del concetto di riconciliazione utile all'analisi qui in corso occorre analizzare brevemente le critiche mosse alla giustizia riconciliativa, che permettono di porre dei limiti concettuali ad un'idea di difficile inquadramento.

Una delle critiche più note avanzate al concetto di riconciliazione venne durante i lavori della TRC del Sud Africa, ad opera di Timothy Garton Ash, secondo il quale un processo di riconciliazione politico, statale, potrebbe condurre ad un processo illiberale ove tutti sono costretti a riconciliarsi con tutti¹⁸⁸. La critica di Ash è meglio compresa alla luce del fatto che il termine riconciliazione fu utilizzato come sinonimo di perdono durante tutti i lavori della Commissione¹⁸⁹. Questa critica mossa alla teoria della riconciliazione, intesa qui come politica statale, nasce dalla divisione che effettuano le teorie liberali tra pubblico e privato: si vorrebbe imporre una visione morale unificatrice ai cittadini, violando quindi alcune libertà fondamentali, diritti negativi che tutelano il cittadino dalle intromissioni esterne¹⁹⁰.

Un'ulteriore critica che viene mossa al concetto di riconciliazione, pertiene alla pretesa di quest'ultima di sostituirsi alla giustizia, permettendo così ai *perpetrators* di evitare di pagare la giusta pena per gli atti commessi. Le teorie politiche liberali si fondano sull'idea della giustizia come strumento retributivo: quando

¹⁸⁸ Timothy Garton Ash, *True Confessions*, in «The New York Review of Books», 44, 17 luglio 1997.

¹⁸⁹ Se ne è ampiamente parlato nel precedente capitolo.

¹⁹⁰ Daniel Philpott, *Beyond Politics as Usual: Is Reconciliation Compatible with Liberalism*, in *The Politics of Past Evil*, a cura di Daniel Philpott, University of Notre Dame press, Notre Dame, 2006. Rinvenibile sul sito http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/0/6/5/0/5/p65057_index.html.

viene commesso un crimine va punito¹⁹¹.

Una terza critica muove dalle teorie di John Rawls, secondo il quale esiste una ragione pubblica che deve influenzare le scelte della comunità. La ragione pubblica è tale perchè promana direttamente dai cittadini in quanto tali e si occupa del bene comune¹⁹². Opposte alla ragione pubblica sono tutte quelle concezioni ed idee non condivise dai più, che investono questioni personali e tra queste vi è anche la religione, che pervade, ad oggi, il concetto di riconciliazione.

Le critiche appena menzionate, tuttavia, non tengono conto di alcuni importanti fattori. In primo luogo le critiche mosse sulla base del lavoro svolto dalla TRC del Sud Africa trascurano l'evoluzione che ha avuto l'idea della riconciliazione all'interno delle transizioni. Innegabilmente vi fu un legame tra perdono-religione e riconciliazione nei lavori della Commissione, ma successivamente, nelle esperienze delle corti *Gacaca* in Ruanda e dei C.R.P. in Timor Est l'idea di riconciliazione non venne più legata ad un'idea di perdono.

Il nesso tra riconciliazione e perdono non è assoluto. Come già esposto in precedenza la riconciliazione è un effetto accidentale del perdono. Inoltre, se si considera la riconciliazione indipendente dal perdono, può aversi riconciliazione senza necessariamente dover passare attraverso il perdono.

Gli strumenti tipici della giustizia riconciliativa non necessariamente devono sostituirsi a dinamiche retributive, ma senza dubbio si evolvono in contrasto con queste. La contrapposizione tra

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² Daniel Philpott, *Beyond Politics as Usual*, op. cit.

riconciliazione e retribuzione emerge con le prime esperienze di sospensione della logica giudiziaria e rinuncia dello stato alla giustizia retributiva (Sud Africa). Le critiche mosse alla teoria della riconciliazione si basarono soprattutto su questa unica esperienza. La rinuncia alla logica giudiziaria è la rinuncia, da parte dello Stato, al dovere/diritto di applicare il diritto penale. Nel caso del Sud Africa, ad esempio: “*La sospensione costituzionale della logica giudiziaria sottende la rinuncia del nuovo Stato a far uso della forza punitiva in chiave retributiva[...] L’abbandono della dialettica [...] vincitore-vinto, e la rivalsa del primo attraverso la punizione inflitta al secondo con strumenti giudiziari[...]*”¹⁹³. Tale abbandono, che in Sud Africa lascerà spazio alla “confessione”¹⁹⁴, pone la problematica di come risanare la dialettica vincitore-vinto: se, grazie alla giustizia retributiva vi è una rivalsa del vincitore grazie alla punizione, è necessario comprendere come si soddisfa, in diverse condizioni e con diversi strumenti, la necessità di rivalsa di costui, che rischia di divenire impedimento alla riconciliazione.

A tale problematica sono state date due soluzioni distinte: la prima soluzione, applicata in casi come Timor Est e il Ruanda, può essere definita una riconciliazione *riparativa*; la seconda soluzione proposta, che venne applicata in casi come il Sud Africa e il Mozambica, può essere definita una riconciliazione *di rinuncia*. La prima soluzione proposta risolve la tensione tra rivalsa e riconciliazione attraverso la condanna del vinto ad un simbolico risarcimento del danno, slegando la riconciliazione dal perdono, e promuovendone un significato indipendente: riconciliazione come insieme di strumenti utili al

¹⁹³ Andrea Lollini, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, il Mulino, Bologna, 2005, pag. 202.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

riequilibrio sociale, per fermare l'anomia. La seconda fa leva su di un concetto che, come si è visto, ha natura religiosa e profondamente personale: il perdono e la rinuncia del vincitore a qualunque rivalsa.

Il concetto di perdono utilizzato nei casi appena menzionati ebbe una profonda valenza religiosa, ma non fu l'unico elemento di natura religiosa. Come si vedrà, infatti, anche per stati che hanno optato per la prima tipologia di riconciliazione, il fattore religioso è stato determinante per mettere a punto gli strumenti, giuridici e non, utilizzabili nel processo di transizione. Il recupero del diritto tradizionale come strumento di riconciliazione sembra determinato dal fattore religioso intrinseco a queste tradizioni, che viene identificato dai diversi attori come garanzia procedurale e sostanziale del procedimento.

3. Riconciliazione e fattore religioso in Timor Est

Come in Ruanda, così in altre situazioni ed in altri paesi le tradizioni hanno svolto un ruolo catalizzante che ha permesso il buon esito della transizione; tra questi particolarmente emblematico è quanto avvenuto a Timor Est ove tradizioni e rituali religiosi hanno assunto, nello svolgimento della transizione, un importante ruolo.

Nel primo capitolo si è accennato al ruolo che il CRP ebbe durante la transizione del piccolo paese asiatico. Non si è tuttavia approfondito come si sia svolto il processo e su quali fondamenti legali lo stesso avesse posto le basi.

In Timor Est il processo di riconciliazione venne modellato su alcuni processi tradizionali di risoluzione delle dispute presenti nel *lisan*. Il *lisan* è: “*a combination of beliefs, customs and traditions of*

East Timorese people”¹⁹⁵. Tale insieme di leggi e tradizioni precede l’invasione e la successiva colonizzazione del paese ad opera dei portoghesi nel sedicesimo secolo; è un sistema giuridico caratterizzato dalla presenza di forti elementi religiosi e ritualistici, rivolti in particolare ad una profonda venerazione degli antenati¹⁹⁶. Il *lisan* non venne mai riconosciuto come sistema legale valido nè dalle forze portoghesi, che crearono un loro sistema giuridico simile a quello occidentale, nè dalle forze d’occupazione indonesiane, che preferirono dare legittimità ad un sistema giuridico formale¹⁹⁷. Nonostante la creazione di sistemi giuridici formali, il sistema tradizionale venne spesso preferito, dalla popolazione, per risolvere le dispute tra famiglie e comunità: da un lato a causa dell’assenza, nelle aree rurali, delle corti ufficiali; dall’altro a causa della diffusa convinzione che il sistema giuridico statale fosse un ulteriore sistema d’oppressione¹⁹⁸ dei diversi regimi, quello coloniale portoghese prima e quello indonesiano poi.

Le credenze ed i rituali tradizionali hanno quindi continuato ad avere un ruolo fondamentale nella vita dei cittadini di Timor Est soprattutto grazie al sistema tradizionale di soluzione delle dispute, che permettono ad un individuo che ha subito un torto di chiedere soddisfazione con l’intervento degli anziani della comunità¹⁹⁹ chiamati *lia nain*: tradotto letteralmente sarebbe *colui che custodisce*

¹⁹⁵ Si veda la nota a pagina 3, parte 9 del report finale della CAVR, la Commissione di Timor Est, rinvenibile presso il sito <http://www.cavr-timorleste.org/en/chegaReport.htm>. Il titolo del report “*Chega!*” è portoghese per stop.

¹⁹⁶ *Chega!*, parte 9, par. 19 pag. 5.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ *Ibidem*, par.20, pag.5.

la parola, indica gli anziani esperti di leggi locali, che svolgono un ruolo ambivalente nelle comunità, di leader spirituali e custodi dei costumi²⁰⁰. A queste pratiche tradizionali presenziano le famiglie dei coinvolti nella disputa, e spesso anche gran parte della comunità locale. Le cerimonie prevedono alcuni elementi particolari: le parti sono spesso sedute su un grande tappeto, *biti* nella lingua Tetum, e da qui il nome stesso della cerimonia: *nahe biti boot*, srotolare il grande tappeto, che non viene arrotolato di nuovo fino a che la disputa non sia stata risolta²⁰¹; un altro elemento particolare, che garantisce inoltre valore vincolante al processo ed alla decisione finale, è la convinzione che durante queste cerimonie siano testimoni gli antenati²⁰². Il *lisan*, come già accennato precedentemente, è *lulik* in Tetum, ovvero sacro: “*Lulik is all that is sacred [...] lisan is wisdom and practice [...] The Lia Nain carry sacred object such as a stick (rotu) or a traditional dagger representing the presence of lisan so the parties have to submit to the law*”²⁰³.

3.1 Integrazione tra *lisan* e CRP

La necessità di includere elementi immediatamente riconoscibili dalle comunità all'interno dei processi di riconciliazione (il CRP) emerse sin dai primi dibattiti in seno al CAVR²⁰⁴: venne quindi scelto di utilizzare il *lisan*, per formalizzare i processi e renderli più familiari alle comunità.

²⁰⁰ Si veda la nota a pagina 5 del report.

²⁰¹ *Chega!*, parte 9, par. 20, pag.5.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ Padre Jovito de Jesus Araùjo, vice presidente del CAVR, 20 marzo 2005. Riportato in *Chega!*, parte 9, pag.7

²⁰⁴ *Ibidem*, parte 9, par. 50, pag. 14.

I rituali del *lisan*, ed in particolare il *nahe biti boot*, erano praticati all'inizio di ogni udienza dei CRP. Tali rituali, in cui erano presenti oggetti *lulik*, sacri, e venivano suonati i tamburi rituali tradizionali mentre i *lia nain*, gli anziani ed i leader spirituali danzavano, producevano in seno alla comunità la percezione di assistere ad un evento che non fosse a solo beneficio dei convenuti, bensì a beneficio di tutta la comunità²⁰⁵. I canti ed i rituali, inoltre, erano diretti non solo ai presenti, ma anche agli antenati, i custodi della comunità, che avrebbero quindi assistito all'udienza, legittimando, con la loro presenza, il processo²⁰⁶. Terminati i rituali tradizionali, l'udienza veniva ulteriormente legittimata, questa volta dal governo, con discorsi di pubblici ufficiali locali o regionali²⁰⁷ ed infine, prima dell'apertura dei lavori, i presenti si riunivano in una preghiera collettiva, cattolica, per creare un'atmosfera di concordia²⁰⁸.

L'integrazione tra *lisan* e CRP non si risolve solamente nei rituali menzionati; al contrario, molti elementi e momenti del processo erano difficilmente identificabili come tipici del *lisan* o creati dalla Commissione²⁰⁹. Gli autori del regolamento del CRP si ispirarono consciamente al sistema del *lisan*, e inserirono nei procedimenti alcuni elementi tipici di esso; tra questi, in particolare, la confessione pubblica del *perpetrator*²¹⁰. Altri elementi, come le scuse pubbliche

²⁰⁵ *Chega!*, parte 9, par. 89, pag. 23.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ *Ibidem*, par. 69, pag. 18.

²⁰⁸ Timor Est è un paese a maggioranza cattolica. Risulta evidente come la religione giochi un ruolo fondamentale nella vita degli individui, qualunque forma essa assuma. Si veda in proposito il par. 70.

²⁰⁹ *Ibidem*, par. 92, pag. 23.

²¹⁰ *Ibidem*.

alle vittime, non erano previsti dal regolamento, ma di fatto divennero parte integrante del processo perchè fondamentali nel *lisan*, che considera sacre le scuse²¹¹.

La maggior differenza tra sistema tradizionale e regolamento del CRP è rinvenibile nel ruolo giudicante dei *lia nain*, degli anziani. Nel *lisan*, come già affermato, il *perpetrator* è obbligato a sottomettersi alle decisioni prese dagli anziani. Al contrario nei processi di riconciliazione le decisioni sulle sanzioni, gli “*acts of reconciliation*”, necessarie per reintegrare l’individuo nella comunità erano decise dalla commissione che presiedeva l’udienza, dopo aver sentito tutte le parti presenti²¹². L’obbligo di sentire le parti presenti, vittime, comunità riunita ed anziani, prima di emettere una sentenza, non vincolava *de iure* la commissione alla volontà di costoro²¹³; mentre nel *lisan* il parere favorevole della vittima è fondamentale, la scelta di non vincolare la sentenza nei CRP al parere delle vittime fu fondamentale per garantire che i processi venissero condotti a termine, soprattutto in quei casi in cui vi era una pluralità di vittime in diversi villaggi²¹⁴. Questa sostanziale differenza tra *lisan* e regolamento venne però formalmente disattesa nella maggior parte dei processi: in una maggioranza di casi, infatti, le comunità locali ritennero fondamentali le opinioni delle vittime, di fatto rendendole vincolanti²¹⁵. Nonostante tale profondo stravolgimento del regolamento, solo pochi processi non arrivarono a conclusione; in particolare quelli nei quali i *perpetrators*

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Chega!*, parte 9, par. 93, pag. 24.

²¹³ *Ibidem*, par. 94, pag. 24.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*, par. 95, pag. 24-25.

si presentarono ai processi riconciliatori senza dire la verità o senza confessare appieno, situazione che rendeva le loro scuse inaccettabili agli occhi delle vittime e della comunità: questi casi vennero di conseguenza deferiti alle autorità locali competenti²¹⁶.

3.2 Risultati ottenuti dal *lisan*

L'integrazione dei due diversi sistemi, tradizionale e non, ha prodotto diversi risultati. Da un punto di vista meramente statistico delle 1541 richieste di partecipazione ai CRP, 1371 arrivarono a sentenza l'88,97% del totale²¹⁷. Il solo risultato numerico, utile per valutare il ruolo svolto dai CRP, non ci permette però di valutarne il merito: ovvero il grado di importanza che tale sistema ha avuto nella riconciliazione del paese.

Un primo indice del ruolo svolto nel promuovere la riconciliazione è rinvenibile esaminando le condanne comminate e come le stesse vennero eseguite. Nella maggior parte dei casi, infatti, gli *acts of reconciliation* cui i *perpetrators* furono condannati risultarono estremamente lievi, sia in termini di durata, azioni da compiere una volta la settimana per circa tre mesi, sia in termini degli atti stessi da compiere, come ad esempio pulire il sagrato della chiesa locale o erigere un portabandiera nel centro del paese²¹⁸. In alcune casi le vittime ed alcuni elementi della comunità locale aiutavano

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ Dati presentati dalla Commissione nel report *Chega!*, parte 9, paragrafo 103 e ss. pagina 29.

²¹⁸ *Ibidem*, parte 9, par. 112, pag. 32.

volontariamente il condannato a portare a termine la condanna²¹⁹: la partecipazione comune di vittime e *perpetrators* in un lavoro utile alla comunità fu l'esempio pratico della capacità dei CRP di promuovere una riconciliazione tra parti fortemente polarizzate²²⁰. Il regolamento dei CRP, influenzato dal *lisan*, prevedeva la possibilità di condannare il *perpetrator* a riparare il danno cagionato: tali riparazioni avevano, però, nella maggior parte dei casi, solamente un ruolo simbolico, tanto da assumere, in certe zone rurali, la forma di oggetti cerimoniali locali²²¹.

L'importanza dei CRP nella riconciliazione del paese appare ancora più evidente attraverso l'analisi di alcune indagini svolte dalla Commission. La prima indagine, effettuata nel periodo tra marzo ed aprile del 2003, fu condotta intervistando 40 diversi individui, 10 per ogni gruppo coinvolto nei CRP, : 10 *perpetrators*, 10 vittime, 10 membri di una comunità presenti ad un'udienza, ed infine 10 membri delle commissioni locali²²². La seconda intervista invece ebbe luogo a livello distrettuale, in ognuno dei 13 distretti della nazione, nell'agosto dello stesso anno e vide la partecipazione di 116 individui²²³. Il risultato finale, a parere della Commissione, è più che soddisfacente: il 96% degli intervistati, infatti, ritenne che i CRP avevano raggiunto il loro scopo, riconciliare i membri della comunità²²⁴.

L'analisi delle interviste e la comparazione tra CRP e sistemi

²¹⁹*Ibidem*, par. 113, pag. 32.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Chega!*, par. 113, pag. 32..

²²² *Ibidem*, par. 116, pag. 33.

²²³ *Ibidem*, par. 117, pag. 33.

²²⁴ *Ibidem*, par. 118, pag. 34.

giuridici classici rileva un importante dato che permette di comprendere quale fu l'elemento fondamentale per il successo del sistema: il ruolo delle vittime. Le vittime, nei sistemi giuridici classici, ricoprono spesso un ruolo secondario rispetto all'indagato; sono, nella maggior parte dei casi, prive di un supporto psicologico mentre testimoniano gli abusi subiti; vengono escluse, dopo le loro testimonianze, da qualunque altro ruolo nei processi²²⁵. Nei CRP invece le vittime svolsero un ruolo fondamentale per l'intero sistema, come nella maggior parte dei processi di tipo riconciliatorio²²⁶ osservati finora, con una particolarità: il loro ruolo, previsto già nella giustizia tradizionale del *lisan*, come nei processi *gacaca* in Ruanda, veniva ulteriormente rafforzato dagli elementi sacrali di questa peculiare giustizia. Le scuse pubbliche, i rituali specifici all'inizio ed al termine dei processi, il dono di oggetti cerimoniali, sono tutti elementi che contribuirono a rafforzare la legittimità della presenza della vittima nel processo, coadiuvando così a promuovere la riconciliazione tra i diversi attori.

4. La riconciliazione in Uganda

Nel nord dell'Uganda, paese ove è coinvolta anche la Corte Penale Internazionale, si assiste alla promozione di un rituale tradizionale, il *mato oput*, per reintegrare le persone che hanno fatto parte della *Lord's Resistance Army*. I promotori di questo rituale sostengono che la Corte Penale Internazionale non ha strumenti idonei a garantire la reintegrazione dei criminali e che, pertanto, sono necessari strumenti tradizionali più idonei.

²²⁵ *Ibidem*, parte 9, par. 133, pag. 39.

²²⁶ Si veda in proposito pag... del presente lavoro.

Dal 2004, anno in cui la Corte penale internazionale ha iniziato le indagini i sostenitori della giustizia tradizionale sono aumentati. Citando lo Statuto di Roma, secondo cui la Corte deve agire nell'interesse della giustizia e delle vittime²²⁷, i sostenitori delle forme tradizionali di giustizia hanno richiesto alla Corte Penale Internazionale di dare spazio anche alle loro idee ed hanno creato diversi organismi deputati alla promozione delle forme tradizionali di giustizia. Ai sostenitori di queste teorie si sono poi aggiunti i comandanti del *Lord's Resistance Army*, che preferiscono un rituale riconciliatorio ad un'indagine penale, ed il governo, che ha scoperto che le indagini della CPI avrebbero potuto far emergere eventuali imbarazzanti responsabilità del governo²²⁸.

Tra gli anni novanta ed il 2000, prima che nel paese iniziassero le indagini della CPI, l'idea di forme di giustizia alternative aveva già attratto diversi sostenitori: le ONG, diversi gruppi cristiani attivi per la promozione della pace ed il governo belga. Il fenomeno acquistò vigore nel corso degli anni e, nel 2005, i rituali divennero un evento comune, cui assistevano anche giornalisti ed esponenti governativi²²⁹. Il più noto rituale di riconciliazione della regione, il *mato oput*, che consiste nel bere una mistura preparata con amare radici locali e lo scambio di doni in segno di riconciliazione²³⁰, è un rituale tutt'altro che unico: in moltissime tradizioni africane si ritrovano rituali simili.

²²⁷ Articoli 53, 54, 55, 61, 65,67,68.

²²⁸ Tim Allen, *Ritual (Ab)use? Problems with Traditional Justice in Northern Uganda*, in *Courting Conflict*, a cura di Nicholas Waddell e Phil Clark, Royal African Society, 2007.

²²⁹ *Ibidem*, pag.49.

²³⁰ I doni consistono, spesso, in ovini.

Un'importante elemento del *mato oput* è, diversamente da altre tradizioni africane, profondamente legato alle credenze *Acholi*. Le tradizioni religiose della società *Acholi* ritengono sacro il sangue dell'essere umano e viene fatto divieto di versarne senza una giusta causa²³¹. Le comunità *Acholi*, accomunate dalla venerazione di una divinità suprema, *Nyarubanga*, credono che l'omicidio ingiustificato provochi l'ira della divinità e degli antenati²³². Nella loro ira gli antenati e la divinità inviterebbero gli spiriti maligni ad invadere ed infestare le proprietà del clan dell'assassino²³³. Oltre alle conseguenze appena enunciate, gli *Acholi* ritengono che al momento stesso dell'atto si crea una barriera soprannaturale che impedisce qualunque scambio tra clan della vittima e clan dell'assassino, fino al compimento del rituale necessario a placare il mondo soprannaturale e riconciliare i clan: il *mato oput*²³⁴. L'assassino, prima del rituale di riconciliazione, è considerato contaminato, *ujabu*, e gli viene proibito di avvicinarsi a qualunque potere che non sia il suo, temendo che lo possa inquinare: di fatto il *perpetrator* è ostracizzato dalla comunità²³⁵.

Alla base dell'approccio tradizionale dei rituali *Acholi* vi sono due idee fondamentali: tolleranza e riconciliazione²³⁶. Come per altre forme tradizionali di soluzione delle dispute, il *mato oput* sottolinea,

²³¹ In proposito si veda: James Ojera Latigo, *Northern Uganda: tradition based approaches in the Acholi region*, in *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict*, a cura di Luc Huyse e Mark Salter, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), Stoccolma, 2008, pag. 103.

²³² James Ojera Latigo, *Northern Uganda*, op. cit.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ *Ibidem*, pag. 108.

nei suoi diversi elementi, l'importanza di includere il maggior numero possibile di attori: vittima, *perpetrator* e comunità²³⁷. Inoltre lo scambio rituale di ovini tra *perpetrator* e vittima è un memento per gli attori del prezzo che va pagato quando si violano le regole della società²³⁸.

Nella tradizione giuridica degli *Acholi* manca una netta distinzione tra riconciliazione e responsabilità: i due concetti sono allineati, non è prevista l'impunità, ma la responsabilità del *perpetrator* deve essere affrontata contestualmente alla ricostruzione dei legami sociali²³⁹.

Nonostante il grande risalto dato a questo particolare rituale da attori stranieri, inchieste e ricerche condotte a livello locale in Uganda, hanno generato alcune interessanti critiche. In primo luogo non si trova traccia, nei rituali esaminati nelle indagini, di alcuni elementi fondamentali del *mato oput*: non solo sembra che nessuno abbia dovuto realmente bere la mistura di radici, elemento rappresentativo anche se non certamente essenziale, ma non si accenna, in nessuno dei rituali compiuti, alla compensazione dovuta alle vittime, elemento questo tipico della cultura africana e *conditio sine qua non* per ottenere il perdono cui il rituale dovrebbe condurre²⁴⁰. Un'ulteriore critica è stata mossa a riguardo dell'impatto sociale reale di questi rituali. Promossi, da alcuni, come unico mezzo per garantire la riconciliazione, hanno in realtà poco peso nelle diverse comunità ugandesi: in particolare nelle comunità di tribù diverse dalla Acholi, ovvero Madi, Langi e Iiteso, che non comprendono perchè, dato che

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ James Ojera Latigo, *Northern Uganda*, op. cit., pag.110.

²⁴⁰ Tim Allen, op. cit.

le loro tribù hanno sofferto altrettanto della tribù degli Acholi, siano solo questi ultimi ad essere chiamati a intervenire nel processo di transizione²⁴¹. Quest'ultima critica trova però una risposta immediata nel diritto tradizionale locale: è indubbio che, nei secoli passati, le tribù abbiano dovuto affrontare casi in cui i soggetti coinvolti in una disputa appartenevano a diverse comunità e la soluzione applicata, in casi simili, ha connotati riconducibili al diritto internazionale privato: si applica il rituale della vittima, così come nel diritto penale internazionale si applica, di regola, il diritto del convenuto.

Il caso dell'Uganda è rappresentativo delle diverse tensioni che emergono durante una transizione. Il paese, confinante con il Ruanda, ha tratto senza dubbio ispirazione dalle corti *gacaca*; tuttavia le diverse etnie presenti in Uganda, ognuna caratterizzata da diverse tradizioni, e, all'opposto, la capillare diffusione delle *gacaca* in Ruanda ancor prima del genocidio, hanno reso difficilmente utilizzabile un simile strumento in Uganda. Risolvere ed affrontare il passato attraverso strumenti tradizionali è possibile solo ove vi siano comuni tradizioni, che mancano in Uganda. Oltre ai rituali, per coadiuvare la transizione, il paese è soggetto alle indagini della CPI, che si svolgono su tutto il territorio nazionale. La presenza della Corte, e la volontà di attuare in Uganda una giustizia retributiva, entra in conflitto con le finalità ultime dei rituali, proprie di una giustizia riconciliativa. Alcuni promotori dei rituali *Acholi* sostengono che le indagini e le azioni penali promosse dalla CPI dovrebbero essere interrotte a favore dei sistemi tradizionali, cosa che, evidentemente, provocherebbe una frattura tra il nord, soggetto al sistema tradizionale, ed il resto del paese, dove la Corte è al lavoro per

241 [...] *[why] if they had also suffered at the hands of the LRA, should the Acholi alone do all the forgiving* [...] Tim Allen, op. cit.

identificare e processare i criminali.

A favore dell'applicazione dei rituali, però, si ritrovano diversi elementi che, come già affermato, sono fondamentali per garantire possibilità di successo ad una transizione. Il ruolo delle vittime nei processi *Acholi* è centrale, promuove la percezione che siano i legami sociali ad essere favoriti, al contrario di un senso d'ordine concettualmente lontano dal diritto tradizionale africano. L'uso delle forme tradizionali in generale, e religiose in particolari, permette alla comunità di riconoscersi nel processo di riconciliazione: promuovendo quindi il ricongiungimento delle diverse parti che si affidano maggiormente ad uno strumento loro vicino, rispetto ad uno strumento, quale la CPI, che non conoscono²⁴².

I due esempi sopra analizzati, unitamente al caso del Ruanda e delle corti *gacaca* propongono una riconciliazione riparativa, in contrasto con una logica giudiziaria puramente retributiva, esemplificata attraverso strumenti giuridici che prevedono la comminazione di una punizione, seppur lieve.

5. La dimensione giuridica del perdono

In termini puramente giuridici il perdono non dovrebbe essere considerato uno strumento appartenente al mondo del diritto. Dati infatti i tratti costitutivi essenziali degli atti giuridici individuati da Bobbio (presenza di almeno due soggetti, costituzione di un rapporto

²⁴² James Ojera Latigo, op. cit., pag.119.

tra i due soggetti, reciprocità, obbligatorietà)²⁴³ il perdono ne sarebbe escluso perchè, fondamentalmente, un atto privo del requisito di obbligatorietà: il perdonante non è obbligato a perdonare. L'idea della gratuità del perdono si basa sull'impossibilità di regolamentazione del perdono: un individuo non perdona a determinate condizioni, o perdona o non lo fa²⁴⁴. La tesi della giuridicità del perdono trova però valore se si definisce tale concetto come: *atto di rinuncia ad una pretesa di rivalsa, pretesa che sorge in capo ad un soggetto a seguito di un'offesa posta in essere da un altro soggetto*²⁴⁵. Questa definizione di perdono ne evidenzia l'aspetto giuridico, in quanto il titolare della pretesa è legittimato *ex lege* ad una rivalsa, alla quale può rinunciare. Per comprendere questa teoria è necessario però articolare il concetto di perdono. Silvi²⁴⁶, nella sua ricerca, rintraccia sei differenti momenti che permettono di individuare le caratteristiche costitutive dell'atto del perdono.

Il primo momento consiste nell'individuazione del perdono come atto: il perdono è un atto linguistico/performativo, ovvero il fatto della enunciazione della volontà di perdonare completa e perfeziona l'atto stesso²⁴⁷. Il secondo momento è utile ad individuare i presupposti del perdono come atto: attualità, negatività e responsabilità. L'attualità del perdono emerge dall'analisi della *consecutio* logica degli eventi: non

²⁴³ Si veda Paolo di Lucia, *Dottrina pura del perdono in Marco Q. Silvi*, introduzione al volume di Marco Q. Silvi, *Struttura giuridica del perdono*, Franco Angeli, Milano, 2004, pag. 13.

²⁴⁴ Tesi sostenuta da Bertrand Rousset. Presentata da Marco Q. Silvi nel suo volume *Struttura giuridica del perdono*, op. cit., pag. 22.

²⁴⁵ Marco Q. Silvi, op. cit., pag. 30.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ *Ibidem*, pag.32.

si perdona un atto futuro, ma si perdona un atto passato nel presente²⁴⁸. La qualità della negatività si riferisce all'atto che si deve perdonare: si può solo perdonare un atto valutato come negativo, sbagliato²⁴⁹. La terza presupposizione, la responsabilità, indica la necessità di ritenere responsabile colui che si perdona; l'atto del perdono infatti ha come attore la vittima e come destinatario colui che ha commesso il fatto lesivo, sarebbe impossibile perdonare un innocente²⁵⁰.

Il terzo momento comprende l'analisi degli effetti del perdono, che, secondo Silvi, sarebbero due: l'effetto riconciliativo e l'effetto estintivo. L'effetto estintivo rappresenta il perfezionamento dell'atto: il perdono, infatti, viene perfezionato perchè estingue la volontà di rivalsa di colui che compie l'atto²⁵¹. Al contrario l'effetto riconciliativo non è essenziale al perdono: tale effetto comporterebbe un mutamento psicologico dell'atteggiamento di chi perdona verso chi è perdonato, ma tale effetto, che potrebbe essere considerato tipico, non è essenziale all'atto del perdono come atto linguistico/performativo, la sua presenza è accidentale²⁵². La non essenzialità dell'effetto riconciliativo è fondamentale, come si vedrà, per l'analisi del concetto di riconciliazione.

Nel quarto momento Silvi individua i soggetti del perdono. Tale momento si discosta drasticamente dalle teorie del perdono finora

²⁴⁸ *Ibidem*, pag. 36.

²⁴⁹ *Ibidem*. Questa caratteristica è alla base anche della definizione psicologica del perdono, *supra* pag. 76.

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ Marco Q. Silvi, op. cit., pag. 40.

²⁵² *Ibidem*, pag. 41.

analizzate. Secondo questo autore, infatti, i soggetti non devono necessariamente essere colui che ha compiuto l'offesa e colui che l'ha subita (offensore e offeso). Al contrario, partendo dal concetto di rinuncia alla rivalsa, si ritengono soggetti del perdono chi è titolare alla pretesa della rivalsa e chi ne è il soggetto passivo²⁵³. Questa diversificazione dei soggetti permetterà di sottolineare, in campo di giustizia di transizione, la differenza tra politiche di perdono (amnistia) e di riconciliazione (ricorso a forme "altre" di giustizia).

Il quinto momento pertiene alla relazionalità dell'atto del perdono: il perdono non è un atto ricettizio, è un atto semplice, che non prevede alcun ulteriore atto da parte del perdonato. Infine il sesto momento, che traghetta il perdono nella sua dimensione più giuridica, pertiene alla dualità perdono/rivalsa²⁵⁴. Proprio attraverso lo studio della disciplina positiva della rivalsa si comprende la giuridicità del perdono: la rinuncia ad una prescrizione legale positiva²⁵⁵.

5.1. Giuridicità del perdono e giustizia di transizione

Esaminato il significato del perdono in diverse istanze ed individuatane un'interpretazione giuridica, si può valutare quale impatto questi diversi elementi possano avere sulla giustizia di transizione.

Le diverse valutazioni iniziali, perdono come dono e come compromesso, attengono a dimensioni individuali e personali. L'idea, senza dubbio valida, del perdono come compromesso utile a

²⁵³ *Ibidem*, pag. 51.

²⁵⁴ Marco Q. Silvi, op. cit., pag. 51.

²⁵⁵ *Ibidem*.

disinnescare le memorie dei soggetti trova un limite quando all'offeso individuo si sostituisce l'offeso Stato.

Questo limite potrebbe però venir valicato grazie all'intuizione esposta nel precedente paragrafo: i soggetti dell'atto del perdono non sono l'offeso e l'offensore, bensì chi è intitolato alla rivalsa e chi ne è soggetto passivo²⁵⁶. Nella teoria di Silvi si ricorre all'esempio dell'episodio della TRC sudafricana per esemplificare l'utilità del perdono giuridico all'interno della giustizia di transizione.

L'amnistia della Commissione del Sud Africa ha qualità non dissimili da quelle del perdono. Lo Stato rinuncia alla rivalsa per le azioni commesse. Solo a patto, però, che i responsabili confessino. Questa particolare condizione è ciò che avvicina l'amnistia Sud Africana al perdono: sono infatti presenti in questa condizione i tre presupposti essenziali dell'attualità, della negatività e della responsabilità²⁵⁷.

Un'utile distinzione che Silvi propone è quella tra *criminal liability* e *civil liability*²⁵⁸. La prima viene estinta in Sud Africa dallo Stato, che rinuncia alla sua rivalsa nei confronti di chi ha commesso un reato. La seconda verrebbe incidentalmente estinta con la rinuncia dello Stato, che si incarica della riparazione del danno alle vittime, pur non sostituendosi all'offensore²⁵⁹.

Questa teoria sulla TRC è utile per comprendere il valore giuridico

²⁵⁶ Marco Q. Silvi, op. cit., pag. 51.

²⁵⁷ Marco Q. Silvi, op. cit., pag. 133, 134.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ *Ibidem*.

del perdono all'interno di dinamiche peculiari come i diritti umani. Se però si segue al suo limite estremo la teoria del perdono come rinuncia alla rivalsa limitatamente al soggetto Stato, si trascurava un soggetto fondamentale per il buon esito delle transizioni: i cittadini. Una delle critiche, infatti, più attuali alla Commissione, che già è stata espressa, riguarda l'incapacità di questo istituto di individuare un concetto di riconciliazione utile ad una nazione, e di concentrarsi solamente sul perdono.

La giuridicità del perdono è senza alcun dubbio dimostrata dalla struttura giuridica della T.R.C., che rinuncia alla rivalsa, ma è anche presente nel caso specifico un perdono religioso che ne ha influenzato il lavoro complessivo, producendo un risultato duplice: la dimostrazione dell'esistenza di un perdono "secolare" e giuridicamente esistente, ma al contempo la necessità di ricorrere a dinamiche di natura religiosa per promuovere il perdono tra individui.

Per superare questa duplicità è necessario riprendere la teoria della rivalsa ed applicarla a casi diversi: il Ruanda e Timor Est. Entrambi questi casi presentano punti in comune con il Sud Africa: necessità di affrontare le *gross human rights violations*, necessità di affrontare il passato e la storicità degli eventi, necessità di rompere un quasi inevitabile circolo vizioso della violenza. Al contrario però del Sud Africa, che ha optato per la creazione ex novo di un istituto giuridico, i due paesi hanno deciso di ricorrere a strutture giuridiche tradizionali.

Il Ruanda e Timor Est hanno entrambi adottato forme giuridiche vicine alla teoria della rivalsa: gli Stati rinunciavano alla rivalsa in cambio della confessione delle azioni commesse. In entrambi i casi si è però riconosciuta la presenza anche del terzo soggetto, i cittadini, e

della necessità di aprire il procedimento anche ad essi.

L'apertura dei processi anche ai cittadini offesi è utile a raggiungere due diversi scopi: in primo luogo riconosce che il soggetto dell'offesa non è completamente interscambiabile con il soggetto che ha titolo alla rivalsa; in secondo luogo recupera l'idea della necessità della riconciliazione, slegata dal processo del perdono, ma essenziale nella ricostruzione di uno Stato pacifico.

L'idea che il soggetto che perdona sia colui che ha titolo alla rivalsa ha valore indubbio in campo di diritto penale, ma quando le offese vengono commesse all'interno di situazioni di conflitto estese, in cui anche lo Stato è indirettamente, o direttamente, partecipe, ed in parte viene meno la sua autorità, la questione si offusca. A che titolo, infatti, un neo nato Stato o uno Stato che si è macchiato degli stessi crimini ha diritto di rinunciare alla rivalsa nei confronti di coloro che si sono macchiati di reati contro i diritti umani? Per rispondere a tale domanda si deve distinguere tra la rivalsa penale, alla quale può ricorrere l'autorità, e la rivalsa civile.

Questa distinzione permette di raggiungere l'ulteriore scopo di recuperare l'idea della riconciliazione. Lo Stato, perdonando, rinuncia alla rivalsa penale, ma non esclude la rivalsa civile, la *civil liability*, che non si estingue. Il titolo alla rivalsa civile però non pertiene ad un individuo, bensì alla comunità, che diviene la vittima principale degli eventi trascorsi. Tale vittima non viene soddisfatta da una compensazione pecuniaria; gli offensori vengono condannati a svolgere attività utili alla comunità, cosicché questa possa essere testimone della volontà dell'offensore di porre rimedio al male che ha commesso.

5.2 Il processo di riconciliazione in Sud Africa

La *Truth and Reconciliation Commission* del Sud Africa rappresenta un esempio fondamentale che permette di ben comprendere il ruolo che può avere il sentimento religioso in una transizione. In particolar modo per comprendere come abbiano origine e quali siano le dinamiche che permettono al religioso, al sacro, di influenzare una transizione.

5.2.1 Religione ed Apartheid

Prima di intraprendere l'analisi dell'influenza del fattore religioso sulla Commissione Verità e Riconciliazione e di analizzare le convinzioni alla base della transizione è opportuno soffermarsi brevemente sul ruolo avuto dalla religione durante il periodo dell'apartheid.

Il regime di apartheid imposto in Sud Africa aveva basi non solo politiche. Secondo alcuni studiosi, il concetto stesso di apartheid era assunto a *civil religion*²⁶⁰. Vi era una diffusa concezione, nella popolazione bianca, di essere un popolo predestinato: *apartheid was a new term but an old idea [...]the policy was supported by the Dutch Reformed Church, which furnished apartheid which its religious underpinnings suggesting that Afrikaners were God's chosen people*

²⁶⁰ Donald Harmon Akenson, *God's People: Covenant and Land in South Africa, Israel and Ulster*, Cornell University Press, Ithaca, 1992; T. Dunbar Moodie, *The Rise of Afrikanerdom: Power, Apartheid and the Afrikaner Civil Religion*, University of California Press, Berkley, 1975.

*and that blacks were a subservient species*²⁶¹.

La Dutch Reformed Church (d'ora in poi DRC), e la sua politica in merito all'apartheid, giocarono un importante ruolo nella costruzione e nel mantenimento del concetto. Nel 1960, al termine della consultazione di Johannesburg del World Council of Churches, quando i partecipanti condannarono il massacro di Sarpeville (del 21 marzo del medesimo anno), l'unica chiesa che non si unì a tale condanna, ma la rigettò, fu la DRC.

Nel 1974 la DRC adottò un documento noto come *Human relations and the South African Scene in the light of scripture*. Tale documento contiene alcuni passaggi contraddittori, e non definisce in maniera univoca la posizione della DRC. In alcuni di essi, infatti, la comunità religiosa riconosce la sua diversa posizione sul tema della divisione delle razze rispetto ad altre religioni, sottolineando però come tale diversità non derivi da un intendimento delle sacre scritture diverso, bensì dalla particolare situazione del paese²⁶². Inoltre il testo del documento fa riferimento, come unica soluzione del problema razziale, ad un *autogenous separate development*, terminologia usata spesso dal governo per definire il processo di apartheid. Infine, va notato, il documento, al paragrafo 56, ricorda che una commissione governativa²⁶³ era ancora al lavoro per definire la questione e pertanto: *it would be advisable for the church to await the publication of this report*.

²⁶¹ Nelson Mandela, *Long walk to freedom*, 1994. Ultima edizione italiana: Nelson Mandela, *Il lungo cammino verso la libertà*, Giangiacomo Feltrinelli.

²⁶² Par. 66 del *Human Relations and the South African Scene in the Light of Scripture*.

²⁶³ La commissione Theron.

La convinzione di un progetto divino mutò radicalmente durante gli anni '90, grazie all'opera di alcuni soggetti religiosi della DRC che si adoperarono in favore dell'abolizione dell'apartheid.

5.2.2 Il concetto di *ubuntu* ed il Sud Africa

Il termine *ubuntu* è la crasi di un proverbio africano in lingua *xhosa*: *umuntu ngumuntu ngamuntu*, io sono una persona attraverso le altre persone. Come altri termini identificativi di particolari esperienze²⁶⁴ il concetto di *ubuntu* è difficilmente definibile. L'arcivescovo Desmond Tutu ha tentato di spiegare questa idea africana in un suo scritto come l'essenza stessa del genere umano: non si può quindi essere persone in isolamento, l'individuo è umano solamente quando si lega ad altri ²⁶⁵.

Il filosofo D.J. Louw²⁶⁶ identifica l'idea di *ubuntu* come il fondamento spirituale della società africana. Un concetto religioso assente dal pensiero occidentale; l'*ubuntu* estende l'individuo anche al di fuori della realtà terrena, ricollegandolo agli antenati²⁶⁷.

Nella società sudafricana post apartheid l'idea di *ubuntu* identifica la necessità di superare il conflitto. Nella costituzione provvisoria del paese, infatti, si trova un chiaro riferimento a tale importante concetto: *“there is a need for understanding but not vengeance, a need for*

²⁶⁴ Il termine catarsi, il processo di purificazione provocato dalle tragedie greche, descritto da Aristotele nella *Poetica*, è ben noto, tuttavia difficilmente definibile in termini attuali, dato che le basi culturali che lo hanno creato sono estremamente distanti.

²⁶⁵ Desmond Tutu, *No future without forgiveness*, in Italia: *Non c'è futuro senza perdono*, Feltrinelli, 2001.

²⁶⁶ D.J.Louw, intervento effettuato al Ventesimo Congresso Internazionale di Filosofia, a Boston, il 10-15 agosto del 1998. Rinvenibile sul sito; <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Afri/AfriLouw.htm>

²⁶⁷ *Ibidem*.

reparation but not for retaliation, a need for ubuntu but not victimisation.” Il richiamo a questo concetto identifica la necessità, avvertita dall’intero paese, di superare il conflitto riconoscendo se stessi attraverso gli altri; in particolare riconoscere se stessi attraverso le diversità degli altri²⁶⁸.

Il concetto di *ubuntu*, così come definito, ed il richiamo ad esso nella costituzione provvisoria, aprirono le porte al processo transitorio sud africano ed al processo d’amnistia della Commissione.

5.3 Il fattore religioso e la TRC

La TRC del Sud Africa, come già analizzato²⁶⁹, venne creata con l’intento di riconciliare la popolazione, garantendo un’amnistia in cambio della verità. La scelta di concedere l’amnistia nasceva dalla necessità di bloccare il circolo vizioso della vendetta sul nascere e, vincolando tale amnistia alla verità, promuovere la riconciliazione tra vittime e *perpetrators*.

Il mandato della Commissione, promuovere la riconciliazione, non venne però definito approfonditamente dallo Statuto. I commissari che composero la TRC si trovarono quindi a dover definire in maniera autonoma cosa si doveva intendere per riconciliazione e come si dovesse procedere per ottenere la stessa e raggiungere, quindi, lo scopo prefissato.

Due furono i fattori che determinarono la concezione di riconciliazione del Sud Africa: il primo, già menzionato, fu l’idea di *ubuntu*; il secondo fattore emerse durante i lavori della T.R.C., durante

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ *Supra*, pag. 42 e seguenti.

i quali il concetto di riconciliazione venne profondamente influenzato dalla cultura personale dei suoi maggiori esponenti.

Oltre al presidente della Commissione, Desmond Tutu, partecipavano alla TRC. altri soggetti religiosi che ricoprivano ruoli di primo piano: il vice presidente e quattro commissari²⁷⁰. L'arcivescovo Tutu in modo particolare influenzò profondamente il lavoro della Commissione; in molte occasioni infatti le riunioni della TRC si aprivano con preghiere e molti interventi del presidente richiamavano concetti profondamente cristiani quali perdono e pentimento²⁷¹.

La presenza di numerosi soggetti religiosi all'interno della Commissione produsse due particolari conseguenze. La prima fu la capacità della TRC di confrontarsi con le vittime ed i *perpetrators* ad un livello emotivo profondo; possibilità data dal fatto che molti commissari erano sacerdoti e che tale qualifica diede loro anche la possibilità di legittimarsi di fronte a molte comunità come individui indipendenti da fazioni politiche²⁷². La capacità della T.R.C. di entrare in sintonia con le vittime venne però a scapito della raccolta delle informazioni: data la natura stessa delle udienze, che erano indirizzate per lo più ad aiutare le vittime ed i *perpetrators*, le informazioni sulle dinamiche del conflitto e sulle violenze commesse vennero analizzate con minore attenzione²⁷³.

²⁷⁰ Audrey Chapman, *Truth Commissions*, in in *Forgiveness and Reconciliation*, a cura di R.G. Helmick, S.J. e R.L. Petersen, Templeton Foundation Press, Londra, 2001, pag. 260.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² Hugo van der Merwe, *The role of the church in promoting reconciliation in post-trc South Africa*, in *Religion and Reconciliation in South Africa*, a cura di Audrey R. Chapman e Bernard Spong, Templeton Foundation Press, Radnor, 2003, pag. 273.

²⁷³ *Ibidem*.

La seconda conseguenza dovuta alla presenza di numerosi attori religiosi emerse a causa del legame tra diritto e religione, che creò diversi dilemmi morali in alcuni passaggi chiave²⁷⁴. Emblematico di questa dicotomia fu il modo in cui i commissari intrecciarono il processo giuridico dell'amnistia con il concetto religioso di perdono²⁷⁵. In molte udienze, infatti, i commissari sostennero che l'amnistia rappresentava un processo caratterizzato dal perdono per coloro che avevano commesso reati. Nel report finale si legge: *“potentially dangerous confusion between a religious understanding of reconciliation and the more limited notions of reconciliation applicable to a democratic society”*²⁷⁶. Questa particolare commistione tra diritto e morale generò, in alcune situazioni, profonda scontentezza poichè le vittime percepirono tale processo come un'imposizione a perdonare²⁷⁷.

²⁷⁴ *Ibidem.*

²⁷⁵ *Ibidem.*

²⁷⁶ TRC finale report, volume V, pag. 440, per un'analisi accurata di questa frase si rimanda alle conclusioni, *infra* pag. 142 e seguenti.

²⁷⁷ *Ibidem.*

Capitolo III Il caso del Marocco

Gli esempi sinora affrontati, Sud Africa, Ruanda, Timor Est e Uganda hanno in comune il ricorso a strumenti meta-giuridici per l'individuazione della riconciliazione. In Sud Africa, Uganda e Timor Est lo Stato, per promuovere la riconciliazione, ha fatto ricorso a strumenti di evidente natura religiosa, sia formalmente, con la crisi tra *ubuntu*, riconciliazione e perdono in Sud Africa, che sostanzialmente, con il ricorso a veri e propri rituali di natura religiosa. Il caso del Ruanda, ove il fattore religioso ha svolto un ruolo minore se non in particolari circostanze²⁷⁸, ha visto l'emergere di un diritto tradizionale distante dalle moderne forme giuridiche.

Le dinamiche giuridiche dei casi sinora osservati, vanno rilette alla luce di influenze esterne relativamente lontane dal diritto positivo. Per analizzare un fenomeno di riconciliazione privo di dinamiche tradizionali o religiose è necessario indirizzare la propria attenzione al Marocco, ed allo sviluppo dell'*Instance Equité et Réconciliation* (d'ora in poi IER).

La Commissione IER risulta, per la disciplina, una novità assoluta. In primo luogo è stata stabilita senza che nel paese avvenisse un cambio di regime, tranne per la successione di re Mohammed VI al padre Hassan II. In secondo luogo è stata fortemente voluta dallo stesso re, che ha scelto di investigare i crimini commessi dal padre. In terzo luogo la IER è la prima commissione del mondo arabo.

²⁷⁸ Si ricordano qui i *nkiristu gacaca*.

1. Breve analisi storica

Il Marocco ha vissuto dal 1956, anno dell'indipendenza dalla Francia, un lungo periodo di conflitti e violenze, definito *les années de plomb*. Nel primo periodo, tra il 1956 ed il 1962 il regno di Mohammed V venne condizionato da dure lotte interne tra l'esercito ed alcune fazioni di ex-guerriglieri per l'indipendenza, in particolare nelle regioni più remote del paese come il Nord, ove lo Stato, per consolidare il potere centrale ricorse a diverse azioni si macchiò di molteplici abusi. Le regioni più turbolente vennero violentemente sottomesse dal *makhzen*²⁷⁹.

Il *makhzen* indica “*a political and administrative structure that forms the basis for power in Morocco, which includes submission, rituals and traditional ceremonies.*”²⁸⁰ Questo insieme di cerimonie, rituali e tradizioni esercitano una profonda influenza sull'intera società, che si esplica anche grazie ad alcuni importanti fattori: “*The key to the makhzen system is the sultan, a hereditary, dynastic autocrat ... whose enthronement is accompanied by a ceremony of allegiance in which tame dignitaries act out their submission. This absolute power is aggravated by the pseudo-function of [the king as] 'representative of God on earth', which has been instituted and handed down by generations of oriental despots but has no real religious or legal basis. This power structure acts in two ways: first, through the mahalla, which is a sort of mercenary army in the service of the sultan to which it is tied by bonds of privilege or slavery; and second, through the makhzen itself, which is a body of*

²⁷⁹ Veerle Opgenhaffen e Mark Freeman, *Transitional Justice in Morocco: Lifting the Veil on a Hidden Face*, in *Reconciliation(s). Transitional Justice in Postconflict Societies*, a cura di Joanna R. Quinn, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, 2009, pag. 55.

²⁸⁰ Ignacio Romet, *Morocco: the point of change*, in *Le Monde Diplomatique*, Luglio 2000. Articolo disponibile <http://mondediplo.com/2000/07/01ramonet>

agents, generally recruited among rural and urban notables, of which the most enduring characteristic is its corruptness."²⁸¹

Nel 1961, con la successione al trono di Hassan II, la repressione assunse un carattere meno esplicito, ma divenne più diffusa²⁸². Tra gli anni sessanta e settanta il regime si concentrò contro coloro che erano considerati potenziali nemici: sindacalisti, marxisti, intellettuali, islamisti. Durante questo periodo l'obiettivo principale del regime furono i membri dell'UNFP, un partito di sinistra, che vide i leader perseguitati, esiliati ed uccisi²⁸³.

All'inizio degli anni settanta due tentativi di golpe portarono ad arresti di massa, incarcerazioni ed esecuzioni formalizzate, nella maggior parte dei casi, in processi considerati farse²⁸⁴.

Nel 1975, infine, Hassan II ordinò la "Marcia Verde", ovvero lo spostamento di truppe e civili nel Sahara dell'Ovest, abitato dai Sahrawis e sotto il dominio spagnolo. La Spagna concesse il territorio al Marocco, negando il diritto alla popolazione locale all'autodeterminazione. La repressione nell'area, ad oggi una delle zone ad alto rischio, avvenne in maniera sistematica coinvolgendo anche, secondo Amnesty International, anziani e bambini, solo perchè le loro famiglie avevano lievi connessioni con oppositori del regime²⁸⁵.

²⁸¹ Abderrahman Yussufi, *Abd-el-Krim et la République du Rif*, Fracois Maspéro, Paris, 1962. Citato da Ignacio Romet, op. cit.

²⁸² Veerle Opgenhaffen e Mark Freeman, op. cit. pag. 55.

²⁸³ *Ibidem*, pag. 56. In particolare viene ricordato il caso di Mehdi Ben Barka, leader del partito, inizialmente esiliato in Francia e successivamente assassinato.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ Amnesty International, *Turning the Page: Achievements and Obstacles*, Amnesty International, Londra, 1999.

Durante il regno di Hassan II, per sostenere il regime, vennero commesse molteplici violazioni dei diritti umani. In particolar modo la repressione contro gli oppositori di partito assunse caratteristiche simili a quelle dei regimi sud americani: centri di detenzione segreti, sparizioni, detenzioni senza processo, omicidi e torture. Alcuni centri, come quello di Tazmamert erano espressamente dedicati alla “*slow death of it’s inmate*”²⁸⁶. Altri ancora, come Qal’at M’gouna erano dedicati alla sparizione forzata dei detenuti, un crimine divenuto tristemente noto per i *desaparecidos* in Sud America²⁸⁷.

1.2 Il rapporto Monarchia-Democrazia in Marocco

Prima di procedere all’analisi della commissione marocchina occorre effettuare un ulteriore preambolo storico. Per comprendere appieno l’unicità dell’IER occorre infatti analizzare anche l’ambito politico in cui è maturata questa istituzione. La dinastia Al’awid, i sovrani del Marocco, è una delle più antiche al mondo, e già nel 1500 i monarchi sottolinearono la loro diretta discendenza dal profeta²⁸⁸. Il connotato religioso della monarchia si traduce, concretamente, nel riconoscere al re non solo un potere secolare, ma anche un potere spirituale: il re è infatti *amir al-mu’minin*, il comandante dei fedeli. La legittimità di Hassan II derivava quindi sia da una discendenza storicamente riconosciuta che da una dimensione spirituale radicata nel paese, tanto che lo stesso Hassan II, nel 1992, dichiarò: “*Islam forbids me from implementing a constitutional monarchy in which I, the king, delegate all my powers and*

²⁸⁶ Amnesty International, *The Disappeared in Morocco*, Amnesty International, Londra, 1993.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ Patricia J. Campbell, *Morocco in Transition: Overcoming the Democratic and Human Rights Legacy of King Hassan II*, in «*African Studies Quarterly*», n.71, 2003, pag. 41. Articolo disponibile sul sito <http://www.africa.ufl.edu/asq/v7/v7i1a3.htm>

reign without governing . . . I can delegate power, but I do not have the right, on my own initiative, to abstain from my prerogatives, because they are also spiritual".²⁸⁹

L'affermazione di Hassan II, secondo cui una delega dei suoi poteri ed un rafforzamento della democrazia sarebbero stati contrari alla tradizione religiosa, è stata parzialmente smentita dal referendum del 1996, con cui la nazione mosse i primi passi verso una democrazia. Non a caso la costituzione dello stesso anno definisce il Marocco una monarchia democratica, sociale e costituzionale²⁹⁰. La costituzione marocchina, oltre a definire la forma di governo, riconosce anche la religione islamica come religione di Stato, all'articolo 6, ed approfondisce l'aspetto confessionale dello Stato riaffermando il potere spirituale del sovrano definendolo *amir al-mu'minin*²⁹¹. La concentrazione del potere spirituale e secolare nelle mani del monarca, ed il riconoscimento di una religione di Stato, non impediscono però alla costituzione di riconoscere e difendere i diritti umani nel paese, tanto che sia nel preambolo, che nei primi articoli, vengono riconosciuti diritti inviolabili a tutti i cittadini.

Il riconoscimento dei diritti umani nella costituzione venne preceduto, però, negli anni novanta dalla creazione di un organo fondamentale per l'analisi che si vuole qui effettuare: il *Conseil Consultatif des Droits de L'Homme* (d'ora in poi CCDH). Tale organo venne creato, nel 1990, per verificare l'applicazione e la tutela dei diritti umani in Marocco. In termini generali il CCDH avrebbe dovuto: "*assiste Notre Majesté, par ses avis, sur toutes les questions relatives à la défense et la protection*

²⁸⁹ Gregory White, *The Advent of Electoral Democracy in Morocco. The Referendum of 1996*, in «Middle East Journal», vol. 51(3), 1997.

²⁹⁰ Articolo 1 della costituzione.

²⁹¹ Articolo 19 della costituzione.

des droits de l'Homme, le respect et la garantie de leur plein exercice et à leur promotion ainsi qu'à la préservation de la dignité, des droits et des libertés des citoyens, des groupes sociaux et des collectivités"²⁹². Il CCDH avrebbe dovuto, secondo Hassan II : *"Je vous adjure, messieurs les membres du Conseil, en faisant appel à votre probité et à votre civisme, de m'aider à restituer son droit à quiconque en a été spolié, de m'aider à ce que, tous, nous parvenions à hisser ce pays au rang des pays civilisés où règne l'Etat de droit. Je vous demande enfin de juger en toute sérénité si dans telle affaire les Droits de l'Homme ont été ou non violés. Dans l'affirmative, vous clamerez la vérité. Dans la négative, vous n'hésitez pas à dire que les Droits de l'Homme n'ont pas été violés, qu'il y a eu mensonge, faux témoignage, falsification"*.²⁹³

Il primo passo del CCDH fu l'analisi del codice di procedura penale marocchino con riguardo alla detenzione preventiva, abusata in Marocco durante il regime, sino a giungere alla detenzione per lunghi periodi, anche anni, di alcuni oppositori²⁹⁴. Nonostante il lavoro del CCDH, che promosse notevoli riforme legislative nel paese, il periodo di oppressione e violenza diffusa degli anni di piombo marocchini non venne affrontato da questo nuovo organismo nazionale²⁹⁵.

Nel 1998 fu il re Hassan II in persona che chiese al Consiglio di esaminare il periodo di oppressione nella speranza di risolvere il

²⁹² Art. 1 del Dahir (legge) n.1.90.12, emanata il 12 aprile 1990, parzialmente modificata dal Dahir 1.00.350 del 10 aprile 2001. La legge di modifica ha lasciato invariato l'articolo 1, modificando parzialmente alcune competenze e pochi altri passaggi.

²⁹³ Discorso inaugurale di Hassan II del 8 maggio 1990. Rinvenibile sul sito <http://www.ccdh.org.ma/spip.php?article45>

²⁹⁴ Veerle Opgenhaffen e Mark Freeman, op. cit. pag. 59.

²⁹⁵ *Ibidem*.

passato²⁹⁶. Il lavoro del CCDH fu, in questo caso, poco incisivo: il numero di casi di persone scomparse, ad esempio, venne ritenuto essere di 112, di cui almeno una quarantina erano sparite²⁹⁷. Nel 2001, però, il CCDH venne parzialmente modificato. Mohammed VI, succeduto al padre, decise di ampliare e consolidare l'indipendenza dal governo del CCDH, ne ampliò il potere decisionale e permise una maggiore collaborazione tra il Consiglio e le ONG²⁹⁸.

Il nuovo CCDH, nel 2003, influenzato da alcune ONG locali ed internazionali, propose: “*Instituer, conformément à l'article 7 du dahir du 15 Moharrem 1422 (10 avril 2001) portant réorganisation du Conseil Consultatif des Droits de l'Homme, une commission ad hoc dénommée «Instance équité et réconciliation», composée de personnalités faisant autorité pour leur compétence et intégrité intellectuelles et leur attachement sincère aux principes des droits de l'homme*”²⁹⁹. Tale commissione, secondo il CCDH, era la naturale evoluzione del processo di legalizzazione della nazione, che tentava di risolvere e sanare le passate tensioni³⁰⁰. Il re approvò la raccomandazione e, il 7 gennaio 2004, inaugurò la IER, che avrebbe “*scoperto la verità*” sul passato. L'uso del termine verità, sia nel discorso inaugurale del monarca, che nel testo redatto dalla IER sui loro obiettivi³⁰¹, ha particolare pregnanza per una commissione che, al contrario delle altre sinora analizzate, non usa il

²⁹⁶ Veerle Opgenhaffen e Mark Freeman, op. cit. pag. 59.

²⁹⁷ *Ibidem*, pag. 60.

²⁹⁸ Dahir 1.00.350 del 10 aprile 2001.

²⁹⁹ CCDH, *Recommandation Relative à la création d'une commission dénommée : “Instance Equité et Réconciliation”*, 2003.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ http://www.ier.ma/article.php3?id_article=147

termine nel proprio nome.

2. L'Instance Equité et Réconciliation

Il 10 aprile del 2004, con il Dahir n.1.04.42, venne ufficialmente emanato lo Statuto della IER, statuto su cui aveva lavorato la commissione, per sottolineare la propria indipendenza dai diversi organismi politici.

2.1 Visione generale delle competenze

L'Istanza identifica, nel suo statuto, una competenza *ratione temporis* ed una *ratione materiae*. La prima, la competenza temporale, riconosce alla commissione il dovere di coprire, nel suo lavoro, il periodo dall'indipendenza al 1999³⁰². La competenza *ratione materiae* dell'Istanza appare, ad una prima analisi, quanto mai vasta: *“les missions d'évaluation, d'enquête, d'investigation, d'arbitrage et de proposition concernant les violations graves des droits de l'Homme commises durant la période objet de sa mission, et ce, dans la perspective de développer et de promouvoir une culture de dialogue, d'asseoir les bases de la réconciliation en vue de la consolidation de la transition démocratique, de l'édification de l'Etat de droit, et de la promotion des valeurs et de la culture citoyenne et des droits de l'Homme”*³⁰³.

Ai fini dello statuto le gravi violazioni dei diritti dell'uomo menzionate erano ritenute la detenzione arbitraria, la sparizione forzata e

³⁰² Articolo 9 dello Statuto IER. Rinvenibile sul sito http://www.ier.ma/rubrique.php3?id_rubrique=13

³⁰³ IER, *Report Final*, vol. I, pag. 14. Rinvenibile sul sito <http://www.ccdh.org.ma/spip.php?rubrique313>

le violazioni dei diritti civili “*ayant un caractère massif et systématique*”³⁰⁴. Il medesimo articolo dello statuto definisce in maniera sistematica cosa si intenda sia per detenzione arbitraria che per sparizione forzata. Il primo reato viene definito come la detenzione di qualunque individuo in maniera non conforme alla legge o in violazione dei suoi diritti individuali e della sua integrità fisica³⁰⁵: l’importanza data a questo reato da parte della commissione sembra essere la naturale evoluzione del processo di stabilizzazione legale iniziato negli anni novanta con il CCDH, che si occupò proprio dello stesso problema³⁰⁶. Le componenti essenziali del reato di sparizione forzata vengono individuate dalla commissione non limitatamente all’atto, da parte dello Stato o di suoi agenti, ma allargate anche al rifiuto di riconoscere che tale atto sia avvenuto o il rifiuto ad informare sulla sorte delle vittime³⁰⁷.

La competenza della commissione, come poco prima affermato, appare vasta: valutare, investigare e fare inchieste, arbitrare e fare proposte riguardo alle diverse violazioni sopra menzionate. La valutazione indicata dalla commissione si riassume nel potere di quest’organo di comporre un accurato dossier sui crimini commessi, di concerto sia con l’apparato statale, governo o altri apparati burocratici, e le vittime, siano esse sopravvissuti o familiari³⁰⁸.

Il potere di investigare e compiere inchieste è centrale per l’opera della commissione. Tali indagini comprendono la possibilità di

³⁰⁴ Articolo 5 dello Statuto.

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ Si veda la precedente sezione.

³⁰⁷ Articolo 5 dello Statuto.

³⁰⁸ IER, *Report Final*, op. cit., pag. 15

raccogliere testimonianze, come accade nella maggior parte delle commissioni giustizia e verità, ma anche la possibilità di consultare qualunque archivio statale necessario a raggiungere le sue finalità: determinare la natura e l'ampiezza delle violazioni dei diritti umani; comprendere, se possibile, il numero reale delle sparizioni forzate, e rivelare le sorti delle vittime; infine verificare le responsabilità dello Stato o di chiunque nella commissione di questi crimini³⁰⁹.

L'attribuzione all'IER di poter "arbitrare" o proporre arbitraggi è, rispetto alle altre competenze sinora menzionate, molto importante per comprendere il meccanismo di questa commissione, e sottolinearne in parte anche la sua diversità. Tale competenza si perfeziona nella possibilità, per la IER, di: *"poursuivi l'action menée par l'ancienne Instance Indépendante d'Arbitrage, en statuant sur les demandes qui lui ont été soumises concernant l'indemnisation, pour les préjudices subis, par les victimes des violations graves des droits de l'Homme ou par leurs ayants droit. Elle a formulé également des recommandations en vue de trouver des solutions aux problèmes de réhabilitation psychologique, médicale et de réinsertion sociale, et des propositions susceptibles d'assurer le parachèvement du processus de règlement des problèmes administratifs, juridiques et professionnels et des questions relatives aux expropriations"*.³¹⁰

Al contrario delle commissioni sinora analizzate, che nella maggior parte dei casi hanno proposto un programma di indennizzo al termine del loro lavoro, la IER si propone come attore principale per l'individuazione delle vittime e delle riparazioni loro dovute dai responsabili. Tale competenza risulterà nella distribuzione di circa 85

³⁰⁹ IER, *Report final*, op. cit. pag. 15.

³¹⁰ *Ibidem*.

milioni di dollari tra 15,976 vittime individuate e riconosciute dallo IER solo nel periodo tra il 2004 ed il 2007³¹¹.

Emerge quindi, dall'analisi delle competenze della IER, un orientamento prevalentemente *victim centered*: il ruolo della commissione non è di indicare e punire i colpevoli, ma aiutare le vittime.

2.2 Contesto giuridico delle violazioni

Nel report finale della IER la commissione compie un'approfondita analisi del contesto giuridico in cui sono avvenute le violazioni. Secondo la commissione tale analisi è fondamentale poichè ipotizza un aggravarsi delle violazioni commesse contestuale, se non causale, ad un declino della tutela giuridica dei diritti fondamentali nel paese³¹².

Secondo la commissione durante il periodo soggetto alle indagini gli strumenti legali per la tutela degli individui ed utili ad evitare la commissione di gravi violazioni dei diritti umani, erano previsti in molte leggi statali,;nonostante ciò l'applicazione di leggi speciali ha influenzato profondamente il sistema giuridico, impedendo così la tutela delle future vittime.

La costituzione marocchina del 1962 già affermava la tutela della libertà individuale³¹³ e l'indipendenza della magistratura³¹⁴. Tuttavia secondo la commissione tale indipendenza, fondamentale per garantire il corretto svolgimento del lavoro della magistratura, fu limitato durante gli

³¹¹ Veerle Opgenhaffen e Mark Freeman, op. cit. pag. 74.

³¹² IER, *Report Final*, op. cit., pag. 29.

³¹³ Costituzione marocchina del 1962, articolo 9. Citata anche nel report finale dello IER, pag. 29.

³¹⁴ *Ibidem*, articolo 82.

anni di piombo: “à travers les études et les analyses que l’Instance a effectuées concernant les poursuites et les procès afférents à un certain nombre de dossiers qui lui ont été soumis, il apparaît dans de nombreux cas qu’il y a eu de la part de certains cercles du pouvoir exécutif des ingérences dans l’administration de la loi. Les procès concernés ont, par conséquent, connu des dysfonctionnements concernant les garanties de procès équitable”³¹⁵.

Oltre ad un’ingerenza dell’amministrazione pubblica sull’indipendenza della magistratura, la commissione identifica alcune normative speciali che hanno tutelato e permesso al regime di procedere nella commissione di alcune gravi violazioni. Il primo documento su cui si concentra la commissione è il codice di procedura penale, e la sua riforma del 1962. Alcuni articoli del codice penale riguardo alla custodia senza processo ed alla detenzione preventiva vennero emendati nel 1962, generalizzando i reati per cui veniva prevista la possibilità del ricorso alla custodia ed aumentano la discrezionalità della procura riguardo al periodo di detenzione preventiva. Unitamente a queste riforme due leggi speciali del 1935 e del 1939 vengono indicate dalla IER come strumenti fondamentali: la prima riguarda la possibilità di venire incriminati per “*Le manquement au respect dû à l’autorité française ou chérifienne*”³¹⁶ che nel 1962 venne emendata, con la cancellazione delle ultime parole e l’indicazione della sola autorità; la seconda legge, emanata durante la seconda guerra mondiale, riguardava la stampa e distribuzione di materiali sovversivi atti a generare possibili attentati all’autorità. Tale legge venne applicata soprattutto contro giornalisti ed editori critici del

³¹⁵ IER, *Report Final*, op. cit. pag. 31.

³¹⁶ *Ibidem*, pag. 37.

regime sino agli anni ottanta³¹⁷.

2.2.1 Normativa

Per garantire attendibilità al proprio lavoro la IER ha dovuto analizzare attentamente ed individuare le norme utili a definire i crimini per cui era competente. Nel secondo volume del report finale la commissione identifica le norme applicabili distinguendole per ordinamento, internazionale o nazionale, e per reato.

La prima violazione esaminata è la sparizione forzata. Il diritto internazionale, ed in particolare alcuni documenti per la tutela dei diritti umani, riconoscono la sparizione forzata come un crimine e, in taluni casi, anche come un crimine contro l'umanità. Un recente documento delle Nazioni Unite, la Convenzione Internazionale per la Protezione degli Individui dalla Sparizione Forzata, definisce tale pratica come: *“the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law”*³¹⁸. Questa convenzione, congiuntamente ad altri quali la *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, stabilisce che la tutela della libertà individuale non si

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ *International Convention for the Protection of All Persons Against Enforced Disappearance*, art. 2. Rinvenibile sul sito <http://www2.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm>

esaurisce neanche in periodi di crisi o che richiedono leggi speciali³¹⁹.

Se tale delitto è riconosciuto dal diritto internazionale, il codice penale del Marocco non prevede in alcun modo questo reato. La sparizione forzata può essere quindi considerato un crimine alla luce della più ampia fattispecie prevista dall'articolo 10 della costituzione: nessuno può essere arrestato, punito o trattenuto se non per i motivi previsti dalla legge. Oltre all'assenza di una norma ad hoc, nel codice penale marocchino sono previste particolari garanzie per le autorità che abusano del loro potere: un pubblico ufficiale che può dimostrare di aver ubbidito ad un ordine diretto di un suo superiore, e che tale ordine rientrava nelle competenze del superiore, non è punibile per le azioni commesse³²⁰.

La mancanza di una definizione univoca del reato di sparizione forzata ha creato gravi difficoltà al lavoro della commissione, che si è trovata a dover gestire, unitamente ai casi di sparizione forzata, anche casi di rapimenti o omicidi che non rientrano nella fattispecie giuridica di competenza.

La seconda violazione esaminata dalla IER riguarda la detenzione arbitraria degli individui. Tale reato si perfeziona quando tale detenzione avviene al di fuori dei dettami della legge: mancanza di un giusto processo, estensione ingiustificata dei termini per la detenzione preventiva. Mentre nella legislazione internazionale³²¹ tale fattispecie è riconosciuta e collegata al diritto ad un giusto processo ed alla libertà

³¹⁹ Commissione per i Diritti dell'Uomo, Commento 29 alla CCPR, del 24 luglio 2001, rinvenibile al sito [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361/\\$FILE/G0144470.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361/$FILE/G0144470.pdf)

³²⁰ IER, *Report Final*, Volume II, pag. 13.

³²¹ *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* Parigi, 10 dicembre 1948; *Patto Internazionale per i Diritti Civile e Politici*, New York, 16 dicembre 1966.

individuale, nella legislazione nazionale marocchina l'unica menzione diretta a tale reato si rinviene nel codice penale: “ [Chiunque] *prend livraison d'un détenu sans exiger les documents légaux justifiant son arrestation conformément aux dispositions prévues par l'article 653 du Code de Procédure pénale, ou qui refuse de présenter le détenu aux autorités ou personnes allouées à le voir, conformément aux dispositions prévues par les Articles 660 à 662 de la Procédure pénale, sans ordre émanant du juge d'instruction et interdisant tout contact au détenu, ou qui refuse de présenter les documents relatifs au détenu aux personnes ayant le droit d'en prendre connaissance*”³²². Qualora però tale atto venga commesso da un pubblico ufficiale, le pene comminate riguardano l'esclusione dai diritti civili. La IER fa notare come, nel codice penale del 1953, la legge prevedesse condanne severe senza distinzione per chiunque commettesse tale reato e pertanto: “*ce qui permet de déduire que les auteurs du Code de 1962 ont sciemment inclus cette clause accordant un privilège au profit des agents publics au niveau des peines prévues pour les mêmes crimes*”³²³.

Tale reato venne commesso anche grazie all'attribuzione: “*au parquet et à la police judiciaire de larges prérogatives dépassant celles dont sont investis les cours d'appel et les tribunaux de première instance, tenus de prononcer des peines privatives de liberté dans les limites prévues par le code péna*”³²⁴. Nel 1971 tale procedura atipica venne contestata di fronte alla corte costituzionale, ma la corte rigettò l'appello “*consacrer la garde à vue à durée illimitée dans le cadre des enquêtes préliminaires*

³²² Articolo 228 codice penale marocchino.

³²³ IER, *Report Final*, Vol. II, pag. 14.

³²⁴ *Ibidem*, pag. 103.

*conduites par les services de la police judiciaire*³²⁵.

Le competenze *ratione materiae* della IER non si limitano, come già osservato, a questi due soli reati. Nel report vengono anche valutati casi di tortura ed uso sproporzionato della forza pubblica. L'analisi di queste violenze ricalca, per la maggior parte, lavori già analizzati da altre commissioni, va però sottolineato la volontà della IER di distinguere, soprattutto per i casi di torture, tra generi: la commissione, infatti, ritiene più gravi le violenze commesse contro le donne, come verrà analizzato nei paragrafi seguenti.

2.3 Metodologia di indagine

Se la finalità principale della commissione, espressa già dal nome, era ottenere una riconciliazione sociale, lo strumento fondante sarebbe stato la verità. Per la IER era fondamentale conoscere e raccogliere tutti i dati certi sulle violazioni occorse durante gli anni di piombo, tanto da individuare la ricerca della verità tra le sue competenze. Per far ciò: *“s’est appuyée sur les principes et les fondements du droit international relatifs au droit à la vérité”*³²⁶.

Per ottenere quindi la verità la commissione ha fatto ricorso ad alcuni particolari istituti del diritto internazionale, diritto che *“a été renforcé grâce à l’élaboration de plusieurs textes, sous forme de principes généraux et de principes directeurs, juridiquement non contraignants, mais qui constituent un prélude à l’émergence de nouveaux droits et à leur garantie, dont le droit de savoir. Ces textes ont renforcé le processus de recherche de la vérité au sujet des violations graves commises par le*

³²⁵ *Ibidem*, pag. 104.

³²⁶ IER, *Report Final*, Vol. II, pag. 55.

*passé, qui s'est notamment développé dans la foulée des différentes commissions de vérité et de réconciliation, créées dans le cadre de ce que l'on appelle communément la justice transitionnelle*³²⁷.

La metodologia investigativa che la IER ha scelto di utilizzare fu di dialogare con tutte le parti sociali coinvolte: vittime, burocrati, militari e ONG.

Raccolte le diverse documentazioni e testimonianze la IER ha definito un quadro generale degli eventi occorsi durante gli anni di piombo, elencando in maniera scientifica il numero di vittime accertate, il numero di decessi ed il numero di persone di cui non si era riuscito a scoprire la sorte.

Essendo la IER una commissione “*victim oriented*” è importante analizzare anche come questo organo ha identificato le vittime: “*le traitement du thème «genre et violations graves des droits de l’homme» pose la question du concept de «victime», et ce, en raison de la différenciation entre «victimes directes» et «victimes indirectes» d’une part, et entre «victimes principales» et «victimes secondaires» d’autre part, comme problématique conceptuelle et de connotation hiérarchique*”³²⁸.

Nel report non viene esplicitata questa distinzione tra vittime, mancano le distinzioni tra vittime secondarie e principali, ma può essere desunta. La commissione infatti afferma che non sono solo vittime “*personnes ayant subi la détention arbitraire ou la disparition forcée*”, ma anche i loro famigliari, con particolare riferimento alle spose, alle

³²⁷ *Ibidem*, pag. 56.

³²⁸ IER, *Report Final*, Vol. II, pag. 78.

madri ed ai bambini: sono quindi vittime indirette e secondarie dei crimini commessi contro i loro mariti/padri. Al contempo, però, le donne, sottolinea la commissione, vanno identificate anche come vittime secondarie e dirette dei crimini accessori, come minacce o perquisizioni, ed al contempo sono vittime principali e dirette del pregiudizio sociale, dell'instabilità sociale e della sofferenza generale che una sparizione o detenzione porta con sé³²⁹.

Inoltre la commissione effettua un'ulteriore distinzione. Le donne vittime principali dei reati di sparizione o detenzione spesso, se non sempre, subiscono, durante il periodo detentivo, torture e violenze sessuali. Questi abusi hanno gravi ripercussioni sociali al rientro della vittima nella società, tanto da precludere alle vittime più giovani qualunque spazio per crearsi una famiglia³³⁰.

2.4 Riparazioni

Il sistema delle riparazioni istituito dalla IER, così come disegnato da una sottocommissione ad hoc denominata Commissione Arbitrale, comprendeva l'insieme delle disposizioni e misure atte a rimediare ai danni subiti dalle vittime delle violazioni dei diritti umani. Le disposizioni e le misure adottate risultarono eterogenee, ricomprendendo nella categoria tanto il semplice indennizzo economico quanto la riabilitazione, il reinserimento sociale.

Secondo la IER, data la missione ricevuta dal sovrano, e garantita la verità, è necessario, per ristabilire un ordine sociale e promuovere la

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ IER, *Report Final*, Vol. II, pag. 78.

riconciliazione, impostare un sistema di riparazioni per le violenze subite: in primo luogo, infatti, le riparazioni rappresentavano un'ammissione di responsabilità dello Stato; in secondo luogo permettevano ai cittadini di vedere ristabiliti, seppure parzialmente i loro diritti violati³³¹.

L'analisi dei dossier e del lavoro svolto dalle commissioni giustizia e verità di altre nazioni³³², portò la IER ad identificare una chiara politica per la gestione delle riparazioni. In primo luogo, la commissione ha dichiarato, infatti, che *“l'indemnisation est un droit fondamental des victimes des violations graves des droits de l'Homme”*³³³. Oltre ai possibili indennizzi la IER identificò anche ulteriori forme di riparazioni utili come programmi di riabilitazione medica o psicologica, fino ad affermare che riteneva *“la réhabilitation des victimes à travers l'établissement de la vérité, la suppression des effets des violations et la préservation de la mémoire, comme une composante essentielle de son approche en matière de réparation”*³³⁴.

In termini generali l'approccio alle riparazioni dello IER fu caratterizzato da alcuni principi generali così riassumibili:

-l'analisi e lo studio approfondito della normativa internazionale in materia e delle esperienze di altre nazioni;

-riconoscimento delle violazioni, accertamento della verità e garanzia di non ripetizione;

³³¹ *Ibidem*, pag. 83.

³³² IER, *Report Final*, Vol. II, pag. 85.

³³³ *Ibidem*

³³⁴ *Ibidem*.

- l'indennizzo dei danni a livello individuale e comunitario
- l'applicazione dello standard di "genere", garanzia di miglior tutela per i diritti delle donne;
- lo sviluppo di strumenti adeguati alle riparazioni comunitarie;
- il coinvolgimento di tutte le parti sociali;
- la riabilitazione psicologica delle vittime ed il loro ritorno in società³³⁵.

Alcuni di questi punti vanno analizzati più approfonditamente per comprenderne l'assoluta novità in campo di giustizia di transizione.

Nel terzo volume del report finale la IER introduce le basi normative e giurisprudenziali cui si è ispirata per le riparazioni. Riferendosi alla normativa la commissione cita alcuni importanti documenti. La convenzione americana sui diritti umani e quella africana sui diritti umani e delle persone, citano espressamente il diritto ad una compensazione in caso di violazione dei diritti umani³³⁶. La norma presente nel documento americano è di particolare interesse, poichè identifica un diritto alla compensazione nel caso di "*miscarrage of justice*", traducibile in italiano con il termine di giustizia negata, violazione frequente durante gli anni di piombo marocchini. Nel *Patto internazionale sui diritti civili e politici* si rinviene un'ulteriore

³³⁵ IER, *Report Final*, Vol. II, pag. 85-86.

³³⁶ L' *American Convention on Human Rights*, San Josi, 22 novembre 1969, all'articolo 10: "Every person has the right to be compensated in accordance with the law in the event he has been sentenced by a final judgment through a miscarriage of justice" ; l' *African Charter on Human Rights and People's Rights*, 27 giugno 1981, all'articolo 21 comma 2 afferma: "in case of spoliation the dispossessed people shall have the right to the lawful recovery of its property as well as to an adequate compensation".

importante norma: *chiunque sia stato vittima di arresto o detenzione illegali ha pieno diritto a un indennizzo*³³⁷.

Il testo normativo che meglio definisce ed identifica un diritto alla compensazione è la convenzione contro la tortura: *“Ogni Stato Parte, nel proprio ordinamento giuridico, garantisce alla vittima di un atto di tortura il diritto ad una riparazione e ad un risarcimento equo ed adeguato che comprenda i mezzi necessari ad una riabilitazione la più completa possibile. Se la vittima muore in seguito ad un atto di tortura, gli aventi causa hanno diritto ad un risarcimento”*³³⁸.

Un ulteriore importante documento internazionale cui la commissione fa riferimento è la *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*³³⁹. Questo documento identifica i principi fondamentali per la compensazione delle vittime ed i loro diritti identificano, in prima istanza, vittime e vittime di abuso di potere: sono vittime “normali” coloro che hanno subito, individualmente o collettivamente, *“harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions”*³⁴⁰ che sono in violazione della normativa penale dello Stato; sono invece vittime di abuso di potere qualora la violazione commessa *“not yet constitute violations of national*

³³⁷ Articolo 9, comma 5 del *Patto internazionale per i diritti civili e politici*.

³³⁸ Articolo 14, comma 1 della *Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*, New York, 10 dicembre 1984. Questa norma pone un problema particolare in determinate situazioni: il richiamo all'ordinamento nazionale può risultare un eventuale limite alla possibilità di risarcimento nel caso lo Stato non preveda o non riconosca il reato o le violazioni.

³³⁹ *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, adottata con risoluzione 40/34 dall'Assemblea Generale il 29 novembre 1985.

³⁴⁰ *Ibidem*, par. 1.

*criminal laws but of internationally recognized norms relating to human rights*³⁴¹. I principî fondamentali identificati dalla dichiarazione sono suddivisi in quattro diverse fattispecie: accesso alla giustizia e diritto ad un giusto processo, restituzione, compensazione ed assistenza. L'accesso alla giustizia ed il diritto ad un giusto processo sono principî che vanno garantiti, secondo la dichiarazione, sia attraverso l'assistenza giuridica durante le diverse fasi e i diversi gradi dei processi³⁴²; ma anche attraverso il diritto delle vittime ad essere protetti contro ogni forma di minaccia o ritorsione³⁴³ e la possibilità di accedere a forme di risoluzione alternativa delle dispute quali la mediazione³⁴⁴. La seconda fattispecie sopra citata concerne la restituzione, riconosciuta come un diritto delle vittime: l'indennizzo è quindi un diritto inalienabile, che produce in capo all'attore dell'atto illecito il dovere di indennizzare; chiamando in corresponsabilità anche lo Stato qualora l'attore fosse un pubblico ufficiale o semplicemente non possa, o non abbia la possibilità, di indennizzare la vittima³⁴⁵.

I principî in merito alla compensazione identificati dalla dichiarazione concernono, soprattutto, il dovere dello Stato di garantire alle vittime il dovuto e di ampliare, ove possibile, fondi e strutture statali utili a garantire le gli indennizzi³⁴⁶. Infine la dichiarazione identifica, come principio fondamentale, il diritto all'assistenza. Questa particolare

³⁴¹ *Ibidem*, sezione B par. 1.

³⁴² *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, sezione A, par. 6(a) e 6 (c).

³⁴³ *Ibidem*, sezione A, par. 6(d).

³⁴⁴ *Ibidem*, sezione A, par. 7.

³⁴⁵ *Ibidem*, sezione A, par. 8 e ss.

³⁴⁶ *Ibidem*, sezione A, par. 12 e 13.

fattispecie afferma il diritto della vittima a ricevere i “*necessary material, medical, psychological and social assistance through governmental, voluntary, community-based and indigenous means*”³⁴⁷.

Identificata la normativa internazionale, la IER procede con l’analisi di alcuni importanti documenti internazionali emanati o promossi da enti quali il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, organo che osserva e valuta l’implementazione ed il rispetto dell’ICCPR, ed altri ancora come la Corte inter-americana per i diritti umani. Questi diversi organi richiamano, in tutto o in parte, la normativa internazionale già analizzata. Dall’analisi compiuta su questi documenti la Commissione deriva l’importanza del concetto di non-ripetizione delle violenze: uno Stato non ha solo il dovere di tutelare i cittadini e, ove necessario, indennizzarli, ma deve anche garantire loro che certi fatti non accadranno più³⁴⁸. Tale garanzia di non ripetizione si manifesta, secondo il documento delle Nazioni Unite, attraverso alcune necessarie azioni che lo Stato deve compiere: pubbliche scuse e il riconoscimento, con contestuale ammissione di responsabilità; commemorazione delle vittime; promuovere una maggior cultura dei diritti umani; esercitare un maggior controllo sulle forze armate e di pubblica sicurezza³⁴⁹.

Concluse le analisi giuridiche la Commissione definisce come le esperienze di altre commissioni abbiano influenzato il lavoro svolto. Le esperienze pregresse di altre nazioni servirono, alla IER, per identificare l’approccio, i metodi ed i risultati ottenuti in campo di riparazioni ed

³⁴⁷ *Ibidem*, sezione A, par. 14 e ss.

³⁴⁸ IER, *Report Final*, Vol. III, pag. 15 e ss. La IER cita un documento in particolare: *Basic Principles and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of Human Rights*, risoluzione 60/147 del 16 Dicembre 2005.

³⁴⁹ *Basic Principles and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of Human Rights*, par. 22 e seguenti.

indennizzi.

La prima osservazione che emerge riguarda la distinzione tra programmi di compensazione individuali e non: secondo la Commissione, infatti, progettare di indennizzare ogni singolo individuo per le violenze da lui subite, quando gli abusi commessi riguardano anche realtà più diffuse, non offre una soluzione completa³⁵⁰. Inoltre l'attenzione sul singolo dipinge il programma di indennizzi, ridefinendolo come un attività meramente contabile, influenzando così anche i racconti delle vittime, che si concentrano sugli aspetti economici della vicenda (ho subito X ergo mi dovete Y)³⁵¹.

Una ulteriore importante osservazione della Commissione riguarda l'impossibilità di soddisfare le vittime utilizzando unicamente uno strumento di compensazione economico: in primo luogo le riserve a disposizione dello Stato sono, per definizione, limitate, e pertanto nei casi di violazioni ed abusi su vasta scala se ne desume l'antieconomicità; in secondo luogo vittime e beneficiari delle compensazioni devono coincidere ed un programma basato esclusivamente sull'indennizzo dei danni subiti escluderebbe a priori un parte consistente delle vittime (le vittime indirette e secondarie)³⁵².

Definite quindi le basi ed individuati i diversi metodi applicabili, la commissione descrive la metodologia utilizzata per la gestione delle riparazioni. La IER optò per distinguere due categorie di riparazioni: individuali e comunitarie. Le riparazioni individuali riguardarono sia gli indennizzi meramente economici che indennizzi proposti in forme

³⁵⁰ IER, *Report Final*, Vol. III, pag. 16.

³⁵¹ IER, *Report Final*, Vol. III, pag. 17.

³⁵² *Ibidem*, pag. 17 e ss.

diverse: ad esempio la IER, in alcuni casi, intervenne per definire situazioni giuridiche pregresse, richiedendo l'annullamento di sentenze, nella maggior parte dei casi prive di una solida motivazione, che impedivano la libera circolazione dell'individuo; in altri casi la commissione offrì servizi medici e psicologici alle vittime di abusi. La seconda categoria di riparazioni, quella comunitaria, venne caratterizzata dal coinvolgimento della IER in progetti di recupero o di miglioramento delle comunità locali anche di concerto con le ONG locali, come per esempio la conversione di centri di detenzione in strutture utili alla comunità.

2.5 Il processo di riconciliazione.

Determinati i metodi di indagine ed analizzate le procedure di determinazione è ora possibile analizzare nel suo insieme il fine ultimo della IER: la riconciliazione. Nel report finale difetta una definizione analitica del concetto di riconciliazione, pertanto, per comprendere cosa intenda con questo termine la commissione, occorre interpretare alcuni passaggi dei diversi volumi.

In primo luogo il processo di riconciliazione viene inteso dalla IER come un: *“une dynamique à laquelle contribuent toutes les instances, institutions et composantes politiques et civiles de la société, à travers l'adhésion à toutes les étapes du processus de parachèvement des réformes institutionnelles et législatives en cours depuis le début des années 1990, dans le but de renforcer la transition démocratique et de consolider l'édification de l'Etat de droit”*³⁵³. L'identificazione del

³⁵³ IER, *Report Final*, Vol. I, pag. 25.

processo di riconciliazione come una dinamica nazionale, che coinvolge diversi gradi della società, è un sostanziale allontanamento dalle dinamiche più personalizzate rinvenibili nei processi di riconciliazione osservati sinora. La visione estremamente personale del processo di riconciliazione espressa dall'arcivescovo Desmond Tutu, con la sua attenzione sul concetto di perdono e il ruolo svolto dalle vittime nelle audizioni pubbliche della TRC, viene dalla IER vista solamente come un passaggio verso il processo di riconciliazione. Le audizioni pubbliche, nel lavoro della commissione, servono, per lo più, alle vittime: *“en vue de les rétablir dans leur dignité et de les réhabiliter, de faire partager leurs souffrances, de soulager les séquelles psychologiques qu’elles ont endurées et de préserver la mémoire collective”*³⁵⁴. La IER non trascura l'importanza delle audizioni pubbliche, che hanno un *“rôle éducatif et pédagogique”*³⁵⁵, ma tale ruolo è necessario a far comprendere e sensibilizzare lo Stato e la società *“sur la nécessité de s’attacher aux droits de l’Homme et d’ancrer en eux l’intime conviction de devoir les préserver et les promouvoir”*³⁵⁶.

La IER ha quindi una visione più ampia sul processo di riconciliazione, che si esprime attraverso le riforme istituzionali e legislative utili a ristabilire lo stato di diritto. Conseguenzialmente a quanto espresso poco fa, anche questa attenzione alle riforme giuridiche si discosta dalle esperienze sinora osservate. Per quanto, nella maggior parte delle esperienze sinora valutate, le commissioni si siano concentrate sulla questione delle riparazioni e se punire o meno i colpevoli, in nessuna di queste esperienze si è osservato un processo

³⁵⁴ IER, *Report Final*, Vol. I, pag. 95.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ *Ibidem*.

maggiormente teso alle riforme giuridiche. Indubbiamente la IER ha dedicato parte del suo lavoro, come osservato, al programma di riparazioni ed indennizzi, tuttavia tale programma, nell'ottica della commissione, era *conditio sine qua non* per ristabilire la verità, necessaria a ricreare la memoria storica del paese.

In quest'ottica il lavoro principale della IER fu di “*restaurer la confiance entre l'Etat et la société dans toutes ses composantes*”³⁵⁷. Questa “restaurazione” della fiducia doveva avvenire attraverso progetti e obiettivi pratici: la diffusione dei valori e della cultura dei diritti umani; lo sviluppo di una cultura del dialogo tra lo Stato e le altre parti sociali; riconciliare le vittime con la storia, permettendo loro di condividere il loro dolore; ed infine creare strutture capaci di salvaguardare la memoria storica del paese³⁵⁸.

Il programma di riparazioni venne di nuovo ritenuto lo strumento principe per la diffusione nel paese dei valori e della cultura dei diritti umani: attraverso questo programma, infatti, le vittime avevano accesso ad un sistema in grado di reintegrarle nella società; ristabilire l'ordine sociale e quindi uno stato di diritto attraverso gli indennizzi; ed infine ad esprimere e rinforzare “*l'esprit citoyen, de la solidarité et de la cohésion social*”³⁵⁹.

Il dialogo tra i diversi attori sociali venne anche attivamente promosso dalla commissione in una serie di incontri, nel 2005, tesi a coinvolgere l'opinione pubblica in una riflessione “*franca e responsabile*”³⁶⁰ sulle

³⁵⁷ *Ibidem*. pag. 25.

³⁵⁸ IER, *Report Final*, Vol. I, pag. 25.

³⁵⁹ *Ibidem*, pag. 93.

³⁶⁰ *Ibidem*, pag. 52 e ss.

violazioni dei diritti umani avvenute nel paese. Due particolari punti vennero alla luce durante questi incontri: il problema della transizione democratica del paese e quali siano le componenti necessarie per favorire un superamento della violenza di stato ed ottenere una riconciliazione sociale.

Per quanto concerne il primo punto, la transizione democratica fu considerata una caratteristica peculiare della transizione marocchina: la transizione democratica, o almeno il tentativo di democratizzazione, avveniva in un contesto politico invariato, al contrario infatti di altre esperienze non vi era stato un cambiamento di regime nel paese. Questa unicità, sottolinea la commissione nel report, deriva dalla compresenza, in Marocco, di strumenti tipici del diritto transizionale, come la IER, e della volontà, politica e sociale, di promuovere un cambiamento radicale nel paese: *“a sort of modernization in dealing with the subject [of transitional justice] which was contributed to by the national and international situation, and was accompanied by political, social and economic changes”*, una riforma radicale che, sottolinea la commissione, si evince anche dalle molteplici riforme nel diritto di famiglia e nella tutela delle donne³⁶¹.

Per quanto pertiene al secondo punto, e cioè le necessarie componenti per riformare lo stato e garantire una riconciliazione, la IER sottolinea l'importanza di *“a peaceful management of the right to differ and protest”*³⁶². Oltre, però, alle riforme necessarie a garantire la libertà di espressione, strumento fondamentale per garantire al cittadino il diritto di esprimere il proprio dissenso, occorre *“develop the capacity of Moroccan society to provide education about human rights and*

³⁶¹ IER, *Report Final*, Vol. I, pag. 53.

³⁶² *Ibidem*, pag. 61.

democratic practice".

La riconciliazione, quindi, nell'ottica della IER, si raggiunge grazie a due distinti movimenti: da un lato lo Stato, che riconosce e pone rimedio alle violazioni ed abusi passati, garantendo una memoria storica per il paese e una restaurazione della dignità delle vittime; dall'altro lato anche la società deve fare la sua parte, impegnandosi in un processo educativo, teso alla diffusione dei diritti umani e della loro tutela. Lo Stato, da solo, non può garantire un processo democratico ed una riconciliazione sociale se i suoi cittadini per primi non condividono la responsabilità della tutela dei diritti umani.

3. Critiche ed osservazioni sulla IER

Una delle prime critiche mosse al lavoro compiuto dalla IER riguardò la questione dell'impunità. La scelta di creare una commissione senza la possibilità di individuare e punire i colpevoli ha suscitato sospetti sulle reali intenzioni del governo marocchino di punire coloro che commettono abusi o violazioni dei diritti umani³⁶³. Un ulteriore punto debole del lavoro della commissione si rinvenne nel rapporto tra questa e le ONG del paese. Poco dopo la nomina dei membri della commissione, il neo-eletto presidente Driss Benzekri, criticò aspramente le ONG locali, rompendo già sul nascere una possibile collaborazione tra i diversi istituti³⁶⁴, tanto che quest'ultime crearono un comitato per monitorare il lavoro della IER. Infine, va ricordato, la commissione non fu in grado di affrontare in maniera approfondita il problema del Sahara

³⁶³ Opgenhaffen e Freeman, *Transitional Justice in Morocco*, op. cit. pag. 71.

³⁶⁴ *Ibidem*.

occidentale. Tale limite auto imposto nel lavoro della commissione venne giustificato con l'alto grado di rischio ad operare nel Sahara occidentale; tuttavia tale giustificazione non venne condivisa dalle ONG che accusarono la commissione di non aver affrontato tale questione per motivi puramente politici³⁶⁵.

Vanno tuttavia riconosciuti alcuni importanti meriti alla IER: in primo luogo non esiste, a tutt'oggi, uno studio più dettagliato e completo sulle violazioni commesse durante il regime di Hassan. In secondo luogo il lavoro sugli indennizzi svolto dalla commissione ha avuto un notevole successo: di 17,032 domande di indennizzo, si valuta che circa 15,976 individui abbiano ricevuto una compensazione per i danni subiti³⁶⁶. Inoltre il CCDH, l'organo deputato ad implementare le raccomandazioni della IER, ha firmato accordi con il ministero della sanità, dell'economia e con l'istituto di previdenza sociale per garantire cure mediche alle vittime ed alle loro famiglie a spese dello stato. A ciò si aggiunga che sempre il CCDH ha creato, negli ultimi anni, programmi statali per l'avviamento ad un mestiere per circa 1400 individui che necessitavano di imparare un mestiere o di aiuti amministrativi per venire reintegrati come membri della società.

Un importante novità del meccanismo di indennizzo voluto dalla IER fu l'accessibilità delle compensazioni e degli indennizzi anche per le comunità rurali più distaccate dai grandi centri urbani: indennizzi individuali vennero resi disponibili direttamente presso gli uffici postali locali, mentre gli indennizzi alle comunità vennero garantiti attraverso la

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ Opgenhaffen e Freeman, *Transitional Justice in Morocco*, op. cit., pag. 74. Il dato riportato si riferisce al 2007, cinque anni dopo la conclusione dei lavori della IER.

creazione di fondi per lo sviluppo locale³⁶⁷.

Per quanto la IER sia stata criticata per non aver perseguito alcun individuo, va comunque sottolineato che il lavoro della commissione è stato meticolosamente catalogato ed archiviato. Il database risultante contiene una miriade di informazioni riguardo ogni caso investigato dalla IER e potrebbe risultare un fondamentale strumento per eventuali futuri processi³⁶⁸.

L'esperienza marocchina ha avuto importanti risultati anche a livello extra-territoriale. Molti paesi dell'area sub-sahariana e confinanti con il Marocco hanno osservato attentamente il lavoro svolto nel paese ed alcune autorità, come quelle dell'Algeria, sono in contatto con il CCDH per creare strumenti di giustizia di transizione nel loro paese.

³⁶⁷ *Ibidem*, pag. 75.

³⁶⁸ *Ibidem*.

Conclusioni

La giustizia di transizione, si è osservato nel primo capitolo, nasce con l'obiettivo di ripristinare uno stato di diritto dopo situazioni di grave anomia; per ristabilire una società democratica ed interrompere realtà di violenza endemiche. Se è vero, come già accennato³⁶⁹, che la giustizia di transizione non si concentra unicamente sulla democratizzazione, rimane pur vero che gli elementi costitutivi di un processo transizionale pongono le basi per la costruzione di un apparato normativo utile ad uno Stato democratico.

Le commissioni giustizia e verità, i tribunali internazionali o nazionali, e le diverse istituzioni analizzati nel presente lavoro, servono a ristabilire nella società dinamiche utili alla creazione se non di uno stato democratico moderno, almeno di uno stato di diritto ove le forze centrifughe e l'anomia diffusa siano state affrontate e contenute.

Si sono osservati, nel presente lavoro, diversi strumenti utilizzati nel corso di transizioni: dai tribunali internazionali alle commissioni giustizia e verità. Alcuni di questi strumenti sono stati evidenziati per l'influenza, diretta o indiretta, che il religioso ha avuto nella loro genesi o applicazione. Secondo molti studiosi di sociologia del diritto, da Weber ad oggi, il sistema e la cultura giuridica di uno Stato sono costituiti sia dalla normativa statale sia da una normativa para-statale derivata dalle diverse tradizioni locali, spesso di ispirazione religiosa. Dall'analisi sin qui effettuata si può ragionevolmente affermare che nella giustizia di transizione tale teoria trova molteplici riscontri.

³⁶⁹ Primo capitolo

Si è in particolare osservato come due concetti, riconciliazione e perdono, siano negli ultimi anni divenuti centrali nel dibattito sulla giustizia di transizione.

Il primo utilizzo dei termini perdono e riconciliazione risale alla TRC e generò molte critiche³⁷⁰. Nei successivi anni molti studiosi si sono concentrati sull'importanza della riconciliazione, intendendola anche come sinonimo di perdono, come strumento fondamentale sia nella giustizia di transizione sia nella più vasta area della risoluzione dei conflitti. Alcuni recenti volumi in particolare hanno esaminato gli aspetti religiosi di tali concetti. Nel libro curato da Daniel Philpott, *The Politics of Past Evil*³⁷¹, emerge un'interessante visione sull'applicazione del perdono nei meccanismi di giustizia di transizione: “*introducing “God” explicitly into our thinking about transitional justice, democratization, human rights, and the state’s role in fostering social harmony clarifies and sharpens the assumptions, terms and goals of the ongoing debate about reconciliation[...]*”³⁷². Questo “inserimento di Dio” nel dibattito sulla giustizia di transizione potrebbe offrire, quindi, strumenti nuovi e diversi per ottenere la riconciliazione sociale. Il primo passo verso l'accettazione del religioso nei meccanismi del diritto transizionale viene individuato da Alan J. Torrance³⁷³: durante l'evoluzione del pensiero occidentale cristiano si sono persi i reali significati di alcuni importanti

³⁷⁰ Si veda il secondo capitolo.

³⁷¹ A cura di Daniel Philpott, *The Politics of Past Evil*, Università di Notre Dame, Notre Dame, 2006.

³⁷² R. Scott Appleby, *Conclusion*, in *The Politics of Past Evil*, op. cit., pag. 224.

³⁷³ Alan J. Torrance, *The Theological Grounds for Advocating Forgiveness and Reconciliation in the Sociopolitical Realm*, in *The Politics of Past Evil*, op. cit., pag. 45-86.

concetti ebraici, patto, *torah* e giusto³⁷⁴, e sono stati sostituiti da concetti quali contratto, legge e giustizia³⁷⁵. Questa evoluzione di significati ha a sua volta generato una diversa concezione del rapporto tra Dio e umanità: non più un rapporto “filiale” quanto un rapporto “giuridico”³⁷⁶. Secondo questa teoria, quindi, un riesame dei significati stessi del cristianesimo potrebbe permettere di rinnovare la dimensione giuridico-positivista e spingerla verso un sistema capace di maggior equità³⁷⁷.

La visione teologica di Torrence si accompagna, nel volume, ad alcune analisi, di politologi, sull'applicazione reale del perdono quale strumento per la riconciliazione. Sia Mark Amstutz che James McAdams³⁷⁸ sostengono che qualora il diritto transitorio applicato si concentri esclusivamente sulla giustizia retributiva, trascurando quindi le vittime, si verificherà un fallimento dell'intero processo di riconciliazione. Il volume presenta però due limiti: da un lato, come sostiene lo stesso Appleby nelle conclusioni, le diverse teorie esposte pongono le loro fondamenta sulla sola accezione cristiana del concetto di riconciliazione³⁷⁹; in secondo luogo le diverse analisi compiute non prendono atto dell'aspetto giuridico della materia, ovvero come applicare

³⁷⁴ Nel testo in inglese il termine giusto è reso con *righteousness*. La traduzione corretta di questo termine sarebbe giustizia, ma si confonderebbe il significato della teoria mantenendo tale traduzione. Si è pertanto preferito utilizzare il termine “giusto”, ad indicare il valore morale cui si riferisce il termine anglosassone, in contrapposizione al termine assoluto “giustizia”.

³⁷⁵ Alan J. Torrance, op. cit., pag. 47-53.

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ *Ibidem*.

³⁷⁸ A. James McAdams, *The Double Demands of Reconciliation: the Case of Unified Germany*, , pag. 127-150; Mark R. Amstutz, *Restorative Justice, Political Forgiveness, and the Possibility of Political Reconciliation*, pag. 151-188, in *The Politics of Past Evil*, op. cit.

³⁷⁹ R. Scott Appleby, *Conclusion*, in *The Politics of Past Evil*, op. cit., pag. 227.

poi nella realtà le teorie esposte, ma si concentrano solamente su problematiche teologiche e politiche.

Un ulteriore contributo, recepito dagli studiosi di giustizia di transizione come utile per la comprensione di questi difficili concetti, è rappresentato dal volume *The Religious in Responses to Mass Atrocity*³⁸⁰. Questo scritto, che prende spunto dalla disciplina della risoluzione dei conflitti, analizza come il fattore religioso possa intervenire nelle dinamiche di accettazione e elaborazione delle atrocità di massa. Sin dall'introduzione emerge però una particolare problematica: il linguaggio utilizzato nella maggior parte dei casi ha sì una derivazione religiosa, ma è, per la maggior parte, cristiano³⁸¹. L'esauritiva tabella, proposta nel libro, che riporta la maggior parte delle transizioni avvenute nell'ultimo cinquantennio paese per paese, analizza, tra le altre voci, anche l'impatto che il fattore religioso ha avuto sulla transizione³⁸². Le voci della tabella compongono un quadro dei lavori delle diverse istituzioni presenti nei paesi riportati, ma difetta di un'accurata analisi del metodo giuridico, o meta-giuridico, applicato nei diversi paesi. La mancanza di un'accurato esame non permette di identificare quale ruolo il fattore religioso abbia svolto nella transizione, ma solamente di valutare la presenza o meno di esso in una data transizione. Un ulteriore problema si pone nel momento in cui l'elemento religioso viene individuato come “*overall influence of*

³⁸⁰ A cura di Thomas Brudholm e Thomas Cushman, *The Religious in Responses to Mass Atrocity*, Cambridge University Press, New York, 2009.

³⁸¹ Thomas Brudholm e Thomas Cushman, *Introduction*, op.cit, pag. 1-3.

³⁸² La tabella in questione è di Daniel Philpott, nel suo contributo *When Faith Meets History: The Influence of Religion on Transitional Justice*, in *The Religious in Responses to Mass Atrocity*, op. cit., pag. 184-186. La tabella è rinvenibile sul sito: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1417036.

*religious actor*³⁸³”: la valutazione è quindi effettuata solamente sull’influenza che attori religiosi hanno esercitato sui diversi strumenti di transizione.

I limiti insiti in questi due volumi, così come in molti altri articoli pubblicati appaiono quando si cerca di ricondurre il discorso ad una dimensione maggiormente giuridica. Per lo studioso del diritto, infatti, l’impatto socio-politico del perdono non è sufficiente per valutare nell’insieme il meccanismo alla base di questi nuovi strumenti del diritto transitorio. Per meglio comprendere l’ampiezza di tali concetti, e la loro portata oltre la mera dimensione transizionale, occorre analizzarne la provenienza: i diritti religiosi di riferimento.

Effettuare un’analisi di diritto comparato delle religioni sul concetto di perdono, o riconciliazione, non è un compito facile. Nella maggior parte della letteratura, infatti, tali concetti vengono analizzati soprattutto per il loro significato teologico o psicologico, ma mancano elementi che consentano analisi giuridiche. Si è già accennato nelle pagine precedenti alla diverse ricerche in campo filosofico e psicologico; ci si limiterà quindi qui ad analizzare i diversi studi sull’influenza religiosa effettuati sia in campo di giustizia di transizione che in campo di risoluzione dei conflitti.

Per affrontare in maniera organica quest’analisi occorre quindi muovere i primi passi dai casi sinora osservati e se il fattore religioso abbia influenzato, e come, la transizione. Il passo successivo sarà quindi valutare e definire la concezione del perdono propria della religione presente nella transizione.

³⁸³ *Ibidem.*

Sud Africa

Nel caso del Sud Africa vi è un duplice legame che collega il diritto di transizione al fattore religioso: un primo, diretto, legame, come già accennato nel secondo capitolo, è rinvenibile nella costituzione provvisoria, fonte primaria del diritto transitorio, all'articolo *National Unity and Reconciliation*, ove menziona l'*ubuntu*; un secondo legame è invece identificabile grazie alla menzionata logica delle azioni, e quindi al diretto intervento e alla diretta influenza dell'arcivescovo Desmond Tutu.

La costituzione provvisoria sudafricana menziona “*a need for ubuntu*”, la necessità dell'*ubuntu*. Questo termine di cui si è già cercato di dare una definizione³⁸⁴, richiama nella carta fondamentale un concetto che ha profonde radici tradizionali, di difficile comprensione per il non africano. Il termine, legato alla tradizione africana, richiama l'individuo al suo sentimento di comunità: l'individuo è tale attraverso la sua comunità, il genere umano, solo attraverso quest'ultima, infatti, si può esprimere appieno. Il concetto di *ubuntu* richiama nella costituzione elementi del diritto indigeno africano: in particolare richiama l'idea che il diritto non è uno strumento per la “difesa personale”³⁸⁵, bensì “*an opportunity given to all to survive under the protection of the order of the communal entity*”³⁸⁶; in secondo luogo si richiama ad un'idea del diritto conciliatorio, che ha come scopo ristabilire l'armonia tra i membri della comunità, piuttosto che un approccio individualista e retributivo³⁸⁷;

³⁸⁴ Secondo capitolo, paragrafo 5.2.2.

³⁸⁵ JY Mokogoro, *Ubuntu and the Law in South Africa*, in «African Journals Online», rinvenibile al sito <http://ajol.info/index.php/pelj/article/viewFile/43567/27090>

³⁸⁶ Ibidem, pag. 8.

³⁸⁷ Ibidem, pag. 9.

inoltre si sottolinea, con il richiamo alla legge indigena, l'importanza dei rituali e delle cerimonie all'interno della comunità come mezzo di comunicazione; infine la legge indigena e l'*ubuntu* sostengono l'idea del dovere individuale, contrapposta all'idea dei diritti individuali, affermando pertanto come valore superiore il sacrificio degli interessi personali a favore di quelli della comunità³⁸⁸. Questi valori, simili a quelli di qualunque diritto tradizionale o religioso, in cui la comunità acquista prevalenza rispetto ai diritti dell'individuo, acquisiscono maggior legittimità di fronte ai soggetti del diritto data anche una valenza trascendente propria del diritto indigeno tradizionale africano.

Contestualmente al richiamo verso l'*ubuntu*, la Costituzione provvisoria del 1993, così come quella definitiva del 1996, affermava la laicità dello Stato: tuttavia la popolazione, sia bianca che nera, "*understood South Africa to be a Christian country*"³⁸⁹. Data l'importanza della religione per la storia nazionale e per la popolazione, "*religion was inevitably going to play a vital, yet controversial, role in not only the stories told but also in the administration of the process*"³⁹⁰. Si è già accennato nel presente lavoro al ruolo svolto dalla religione nel funzionamento della Commissione e all'influenza che esercitò l'arcivescovo Tutu. Preme ora analizzare, quindi, come il fattore religioso abbia orientato lo scopo finale della Commissione: ottenere giustizia. L'attenzione posta dai commissari sul perdono e sull'aspetto religioso costrinse le vittime a valutare la TRC in termini non giuridici, quando in realtà il lavoro della Commissione aveva una natura

³⁸⁸ JY Mokogoro, op.cit., pag. 9.

³⁸⁹ Megan Shore, *Religion and Conflict Resolution: Christianity and South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Ashgate, 2009, pag. 35.

³⁹⁰ *Ibidem*.

profondamente giuridica³⁹¹. Alcuni ricercatori sostengono che le vittime, trovandosi in un processo religioso e morale in cui venivano spinte al perdono, venivano private della verità, della possibilità di vedere le ingiustizie subite realmente affrontate³⁹². Tale confusione tra processo giuridico, investigare e scoprire la verità, e processo morale, perdonare, portò all'impossibilità, per la TRC, di raggiungere il suo scopo primario, affrontare e storicizzare le ingiustizie passate³⁹³. Tale situazione, con il processo giuridico delle amnistie osservato dalla popolazione attraverso la particolare lente del perdono religioso, portò ad una distorsione del processo democratico, dovuta anche all'erosione dell'*accountability to the rule of law*³⁹⁴. L'amnistia, secondo tale critica, "potenziata" dall'idea del perdono, porta ad un'assoluzione del reo anche da parte della vittima, oltre che dallo Stato e può essere valutata alla luce della necessità del Sud Africa di interrompere un ciclo di violenze ed abusi: come affermato ed analizzato già precedentemente, infatti, la rinuncia dello Stato alla giustizia retributiva non necessariamente implica una totale mancanza di giustizia. La commistione tra diritto statale, amnistia, diritto tradizionale, *ubuntu*, e fattore religioso, il perdono, ha permesso al Sud Africa di applicare durante la transizione una forma di giustizia riconciliatoria e riparativa (*restorative justice*), un processo identificabile, nelle parole della TRC, in quattro distinte fasi: una ridefinizione del concetto di reato, che modifica la definizione di reato dalla violazione di una legge dello Stato alla violazione del diritto di un essere umano; una riparazione

³⁹¹ *Ibidem*.

³⁹² Hugo van der Merwe, *The Role of the Church in Promoting Reconciliation in Post-TRC South Africa*, in *Religion and Reconciliation in South Africa*, a cura di Audrey Chapman e Bernard Spong, Templeton Foundation, Philadelphia, 2003, pag.274.

³⁹³ Richard A. Wilson, *The Politics of Truth and Reconciliation: Legitimizing the Post-Apartheid State*, Cambridge University Press, 2001, pag. 20.

³⁹⁴ *Ibidem*, pag. 26.

reale, che avviene non solo attraverso l'aiuto verso le vittime, ma anche verso i *perpetrators*, le famiglie e la comunità in generale; la reale partecipazione al processo di risoluzione del conflitto sia delle vittime che della comunità; la creazione delle basi per un sistema penale capace di coinvolgere nel processo sia il *perpetrator* che la vittima³⁹⁵. Queste fasi, però, non tengono conto di alcuni fattori successivi alla chiusura dei lavori della TRC ed in particolare delle riparazioni: la commissione, infatti, nel report finale, raccomandò allo Stato di creare un programma nazionale per compensare le vittime del regime precedente per il quale sarebbero dovuti essere stanziati più di 300 milioni di dollari. Purtroppo tale programma non vide mai la luce e solamente due dei quattro passi indicati dalla Commissione vennero applicati: ridefinizione del reato e partecipazione al processo delle vittime e della comunità. Il tutto non aiutò certo a dissipare la confusione creata da una commistione tra diritto tradizionale africano, influenze cristiane e amnistie. Non a caso, come accennato precedentemente³⁹⁶, la stessa TRC sostenne che vi fu una *“potentially dangerous confusion between a religious understanding of reconciliation and the more limited notions of reconciliation applicable to a democratic society”*: un'ammissione dell'errore commesso, quindi, nell'aver radicato così profondamente il dialogo con le vittime sull'idea del perdono come unico mezzo per riconciliare la società.

Il processo sud africano venne, come sopra accennato, influenzato dalla visione profondamente cristiana dell'arcivescovo Desmond Tutu. Per il cristianesimo in generale, e per il diritto cristiano in particolare, il perdono ha una rilevanza unica rispetto, come si vedrà oltre, alle altre religioni.

³⁹⁵ Truth and Reconciliation Commission, *Final Report*, Vol. 1, capitolo 5, par. 82, pag. 126.

³⁹⁶ *Infra* pag. 110.

La teologia Cristiana è disseminata di riferimenti al perdono: il battesimo, la passione di Gesù Cristo quale salvatore dell'umanità ed il concetto di porgere l'altra guancia.

L'idea del perdono nel Cristianesimo promana, come per l'Ebraismo, dal Vecchio Testamento con l'aggiunta fondamentale delle scritture del Nuovo Testamento. Il Nuovo Testamento, infatti, ridisegna drasticamente l'immagine del perdono, che si sposta da atto finale di un processo inter-individuale ad un piano individuale e trascendente (si perdona perchè è un comandamento divino).

Le parabole dei Vangeli, ed in particolare alcune molto note³⁹⁷, richiamano un'idea di perdono assoluto: Gesù, contravvenendo alla legge vigente, perdona, e ricorda che tutti sono peccatori³⁹⁸. Questo richiamo ad un peccato universale, che rende quindi tutti colpevoli, rende anche tutti perdonabili³⁹⁹.

In particolare attraverso il sacramento del battesimo si ottiene un perdono *ex tunc*, talmente ampio e generale da investire tutti i peccati.

La Chiesa cattolica, tra quelle cristiane, ha inoltre approfondito il tema del perdono sempre più, riconoscendo alla Trinità, ed in particolare a Cristo ed allo Spirito Santo, la capacità di perdonare i peccati: *“Proprio donando ai suoi Apostoli lo Spirito Santo, Cristo risorto ha loro conferito il suo potere divino di perdonare i peccati: « Ricevete lo Spirito*

³⁹⁷ Si segnalano qui: Luca 15, 11-32, la parabola del figliol prodigo; Giovanni 8, 1-11, la parabola dell'adultera.

³⁹⁸ Martin E. Marty, *The Ethos of Christian Forgiveness*, in *Dimensions of Forgiveness: psychological research and theological perspectives*, a cura di Everett L. Worthington, Templeton Foundation, 2002, pag. 20.

³⁹⁹ Solomon Schimmel, op. cit., pag. 57.

Santo; a chi rimetterete i peccati saranno rimessi e a chi non li rimetterete, resteranno non rimessi » (Gv 20,22-23).⁴⁰⁰.

Secondo questa posizione il battesimo è uno strumento del perdono: *“Nostro Signore ha legato il perdono dei peccati alla fede e al Battesimo: « Andate in tutto il mondo e predicate il Vangelo ad ogni creatura. Chi crederà e sarà battezzato sarà salvo » (Mc 16,15-16). Il Battesimo è il primo e principale sacramento per il perdono dei peccati⁴⁰¹.*

Per comprendere la posizione cristiana va inoltre ricordato che vi è un legame tra perdono e riconciliazione: i due termini, nella tradizione apostolica, non sono scindibili. *“In the New Testament [...] forgiveness always leads to reconciliation, and reconciliation results from mutual experiences of forgiveness.”⁴⁰²*

Questa presunta inscindibilità nella tradizione cristiana tra perdono e riconciliazione viene meglio definita in un testo del pontefice Giovanni Paolo II, l'esortazione apostolica *Reconciliatio et Paenitentia*⁴⁰³. L'esortazione del Santo Padre nasce dalla situazione globale, che vede un mondo diviso e *“queste divisioni si manifestano nei rapporti fra le persone e fra i gruppi, ma anche a livello delle più vaste collettività: nazioni contro nazioni, e blocchi di paesi contrapposti, in un'affannosa*

⁴⁰⁰ *Catechismo della Chiesa Cattolica*, parte prima, sezione seconda, capitolo terzo, articolo 10, par. 976.

⁴⁰¹ *Ibidem*, par. 977.

⁴⁰² Martine E. Marty, op. cit. pag. 11.

⁴⁰³ Giovanni Paolo II, *Esortazione apostolica Post Sinodale Reconciliatio et Paenitentia*, data a Roma il 2 dicembre 1984. Rinvenibile sul sito http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_02121984_reconciliatio-et-paenitentia_it.html.

ricerca di egemonia. Alla radice delle rotture non è difficile individuare conflitti che, anziché risolversi mediante il dialogo, si acuiscono nel confronto e nel contrasto.”⁴⁰⁴

In questo documento penitenza e riconciliazione hanno significati profondamente teologici: la riconciliazione è la possibilità di risanare le fratture tra gli individui, mentre la penitenza, ed i suoi diversi significati, è un processo interiore, ovvero” *...[l]a penitenza è strettamente congiunta alla riconciliazione, poiché il riconciliarsi con Dio, con se stessi e con gli altri suppone che si sconfigga la rottura radicale, che è il peccato; il che si realizza soltanto attraverso la trasformazione interiore o conversione, che fruttifica nella vita mediante gli atti di penitenza.”⁴⁰⁵*. Questa visione della penitenza è profondamente diversa dalla visione ebraica che analizzeremo a breve: qui la penitenza è infatti un elemento interiore, un processo personale cui è testimone Dio, e non un processo pubblico, cui sono testimoni i membri della comunità.

Nel Catechismo della Chiesa Cattolica il concetto di perdono acquista particolare rilevanza in ambito del sacramento della penitenza e della riconciliazione⁴⁰⁶. Secondo il Catechismo, infatti, al momento della conversione, inteso come ritorno a Dio, attraverso l’assoluzione sacramentale del sacerdote, Dio accorda all’uomo il perdono⁴⁰⁷.

Per il diritto sacramentale, nelle parole di Javier Hervada, il perdono, inteso come perdono di Dio al peccatore, è un quasi-diritto: “*Come può*

⁴⁰⁴ Giovanni Paolo II, *Esortazione apostolica Post Sinodale Reconciliatio et Paenitentia*, op. cit.

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ Catechismo della Chiesa Cattolica, parte seconda, sez. seconda, cap. secondo, art. 4, *Il sacramento della penitenza e della riconciliazione*.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, passo 1424.

essere di giustizia ciò che è perdono dei peccati? Non c'è qui misericordia da parte della Chiesa? D'altronde nel peccatore in quanto tale non vive Cristo, che è separato da lui. Sinceramente ritengo che c'è misericordia da parte della Chiesa ma anche giustizia. Come può il perdono essere giustizia da parte del ministro? Torniamo al punto precedente: ci sarà giustizia se il perdono è offerto in anticipo irrevocabilmente ed è necessaria solo la sua applicazione al peccatore pentito. Se il perdono si concedesse totalmente per un atto di misericordia attuale rispetto al sacramento, se il perdono non fosse stato precedentemente offerto, non ci sarebbe possibilità di parlare di res iusta e neppure ci sarebbe efficacia ex opere operato. Ma non è questo il caso del sacramento della penitenza e per questo è sacramento. Ogni peccato, originale e attuale, è già espiato e possiede precedentemente l'offerta del perdono per gli infiniti meriti della Passione e della Morte di Cristo, che soddisfece abbondantemente per tutti i peccati passati, presenti e futuri⁴⁰⁸. Il Padre ha il cuore già disposto a perdonare il figliuol prodigo e aspetta solo che torni alla casa paterna. Per parlare con maggior esattezza, ogni peccato è stato redento ed espiato da Cristo, sicché è necessaria solo l'applicazione dei meriti di Cristo al peccatore. Per dirlo con espressioni giuridiche – e a fini meramente esplicativi – il peccatore pentito ha nei confronti del ministro una specie di ius ad rem rispetto al perdono, in virtù dei meriti di Cristo che gli sono destinati; posta quest'economia divina, l'atto assolutorio del ministro non è pura misericordia, è anche giustizia. Ciò che reclama o esige il perdono non è

⁴⁰⁸ “Cristo infatti non è entrato in un santuario fatto da mani d'uomo, figura di quello vero, ma nel cielo stesso, allo scopo di presentarsi, per comparire ora al cospetto di Dio in nostro favore, e non per offrire se stesso più volte, come il sommo sacerdote che entra nel santuario ogni anno con sangue altrui. In questo caso, infatti, avrebbe dovuto soffrire più volte dalla fondazione del mondo. E invece una volta sola ora, nella pienezza dei tempi, è apparso per annullare il peccato mediante il sacrificio di se stesso” Eb 9,24-26.

*certamente il pentimento del peccatore ma la Passione di Cristo, il Sangue di Cristo versato per il peccatore; siccome però Cristo patì per il peccatore, al peccatore sono destinati – attribuiti per destinazione – i suoi frutti salvifici ed egli può reclamare il perdono nella Passione di Cristo; il peccatore, inoltre, benché separato da Cristo per la perdita della grazia, continua ad essere suo membro e appartiene alla casa paterna, le cui porte restano aperte finché vive, solo la morte le chiude definitivamente. Per questo il sacramento della penitenza opera ex opere operato*⁴⁰⁹.

Questa dimensione del perdono risulta perfezionata solamente attraverso il dialogo tra l'individuo e Dio: difetta della partecipazione della vittima, dato che Dio risulta vittima principale. Appaiono quindi, nella teologia cristiana in generale, e nel diritto canonico in particolare, due particolari lacune: in primo luogo il perdono tra Dio e l'uomo necessita solamente dell'atto del pentimento, senza alcuna azione positiva nei confronti della vittima umana; in secondo luogo non sono rinvenibili sostanziali passaggi che definiscano come l'individuo debba agire nei confronti di chi compie del male. In particolare a parte il noto passaggio nel Nuovo Testamento sul porgere l'altra guancia, l'individuo dovrebbe rimettere i peccati ai debitori, poichè questo è ciò che Dio vorrebbe.

Si potrebbe quindi definire il perdono come un atto unilaterale privato: Dio perdona il peccatore pentito, senza che costui debba agire pubblicamente, attraverso una compensazione, per ottenere il perdono.

Marocco

⁴⁰⁹ Javier Hervada, *Le radici sacramentali del diritto canonico*, trad. di Massimo del Pozzo, rinvenibile sul sito <http://www.javier.hervada.org/radici-dc.pdf>

La religione musulmana si avvicina, per certi aspetti, all'approccio ebraico. Nel Corano il perdono è un atto ed una caratteristica divina, e l'uomo, peccatore, prega per il perdono di Allah. Tale perdono può giungere, come per le altre due religioni summenzionate solamente attraverso un vero atto di contrizione e pentimento. Il Corano però identifica diverse tipologie di "perdono": il perdono tra famigliari o individui, l'amnistia, rinvenibile nel Corano al verso 42:40 "*ma in modo che la pena del male sia un male ad esso equivalente. Chi poi perdona, e fa pace fra sé e l'avversario, gli ne darà mercede Iddio, perchè Dio non ama gli iniqui*"⁴¹⁰; un secondo aspetto del perdono è, come già accennato, la caratteristica di Allah, che perdona il peccatore pentito; una terza tipologia investe il concetto di potere e perdono, di grazia ed amnistia.

Tuttavia questa visione teologica del perdono non investe direttamente il diritto islamico. Nella maggior parte dei casi, infatti, il perdono e la riconciliazione si raggiungono solamente attraverso l'indennizzo per il danno subito.

Nel Corano il perdono ha, come nelle tradizioni sin ora osservate, due diversi gradi: il perdono di Allah, ed il perdono dell'uomo. Nel primo caso per ricevere il perdono da Allah, è solamente necessario pentirsi e ripromettersi di non commettere più tale atto. Tuttavia il Corano dedica, rispetto alle altre religioni finora considerate, maggiore attenzione al processo del perdono tra individui.

In primo luogo, per ottenere il perdono della vittima, è *conditio sine qua non* "fare qualunque cosa necessaria" per compensare il danno.

⁴¹⁰ Corano, verso 42:40. La traduzione utilizzata è di Alessandro Bausani, BUR, Milano, terza edizione del 2001.

L'atto della compensazione crea, in capo alla vittima, un obbligo di perdonare il peccatore, ma non di riconciliarsi. Il Corano, infatti, sottolinea la differenza tra riconciliazione e perdono: quest'ultimo concetto, infatti, per la religione islamica, quando investe il rapporto tra individui indica solamente la scelta di non vendicarsi da parte della vittima e, quindi, normalizzare i rapporti tra loro; al contrario riconciliazione indica, per il Corano, il proseguimento di buoni rapporti tra gli individui e pertanto concede alla vittima il diritto di non mantenere alcun rapporto con l'offensore, nonostante gli conceda il perdono, se ritiene costui un individuo con evidenti difetti caratteriali.

Il Corano si concentra, inoltre, sull'importanza del perdono per colui che governa. Al versetto 3:159 viene infatti menzionata l'importanza che ha il perdono per un governante: costui, infatti, dovrà perdonare i suoi avversari, così come Maometto ha perdonato i suoi. Tale attenzione viene rafforzata da alcuni Hadith, tra cui: *Abu Hurayrah reported that the Messenger of Allah said: "Moses son of 'Imran had asked: O my Lord! Who is the best honorable of Thy servants to Thee? He [the God] said: He who pardons when he is in a position of power."*

Un limite profondo dell'interpretazione islamica appare essere, soprattutto oggi in una società pluralista, la posizione del non-islamico: costui, infatti, non fa parte della *umma*, la comunità islamica, e non viene quindi tutelato dai precetti divini propri a tutti i musulmani. Tale distinzione genera, in un'ipotetica giustizia di transizione di derivazione islamica, una possibile difficoltà nel caso in cui una delle parti in causa non sia di religione musulmana.

Il perdono tra individui, quindi, nella religione islamica, come in quella ebraica, è un atto complesso, che richiede la compensazione del

male commesso e l'azione tanto del peccatore che della vittima, per ristabilire la comunità.

Il caso, riportato in questo lavoro, del Marocco risulta essere un importante esempio di sintesi tra diverse esigenze. La commissione marocchina, come si è osservato, individuò come fondamento della riconciliazione due elementi chiave: verità e riparazione del danno. Per quanto nei documenti non venga menzionato in alcun modo il fattore religioso, appare comunque fondato ritenere che il modello marocchino si sia ispirato, da un lato, alla dimensione religiosa islamica, che pone la riparazione al centro del processo del perdono, e quindi della risoluzione dei conflitti interpersonali; dall'altro lato alle commissioni giustizia e verità. La commissione marocchina ha infatti, come la TRC, indagato e divulgato tutte le informazioni sui crimini commessi, creando così una narrativa approfondita delle violenze e degli abusi, riconoscendo alle vittime le violenze subite, senza però individuare i singoli responsabili. Tale scelta, simile a quella sud africana delle amnistie, non ha però escluso la responsabilità generale del governo che si è assunto l'onere delle riparazioni. Da un lato, quindi, lo Stato in Marocco ha rinunciato alla logica giudiziaria, come in Sud Africa, ma ha anche parzialmente sovvertito il principio della responsabilità individuale a favore di una responsabilità generale, attribuendosela.

Ebraismo

Pur difettando di un caso concreto da esaminare, appare qui opportuno citare anche la concezione ebraica sul perdono. Per la religione ebraica il perdono è sì una qualità intrinseca di Dio, e pertanto da emulare, ma si accompagna al concetto di *teshuvah*: pentimento, un'idea vicina al

cristianesimo. La tradizione rabbinica, riconoscendo l'uomo come libero, e capace pertanto di scegliere tra bene e male, si concentra maggiormente sulla giustizia più che sul perdonare i peccatori⁴¹¹. Va sottolineato che senza dubbio vi sono molteplici insegnamenti nell'ebraismo riguardo il *midat harahamim*, la compassione e la grazia, ma ciò non toglie che per taluni crimini sia prescritta la pena capitale⁴¹².

Vi sono, inoltre, regole ben definite sul perdono. In primo luogo il perdono è una questione unicamente tra vittima, unico soggetto che ha il potere di perdonare, e reo, a sua volta unico detentore della possibilità di chiedere il perdono⁴¹³. Inoltre, seguendo l'insegnamento di Maimonide: *"sins between man and man; for example, someone who injures a colleague, curses a colleague, steals from him, or the like will never be forgiven until he gives his colleague what he owes him and appeases him"*⁴¹⁴. Inoltre, sempre secondo Maimonide, vi sono alcuni crimini cui il perdono è precluso, non tanto perchè Dio non li perdonerà, quanto perchè il pentimento è precluso: *"There are 24 deeds which hold back Teshuvah"*⁴¹⁵. Tra queste 24 azioni alcune sono particolarmente interessanti: *"One who says: "I will sin and then, repent." Included in this category is one who says: "I will sin and Yom Kippur will atone"*; *"One who separates himself from the community; when they repent, he will not be together with them and he will not merit to share in their*

⁴¹¹ Solomon Schimmel, *Wounds not Healed by Time: the Power of Repentance and Forgiveness*, Oxford University Press, New York, 2004, pag. 64.

⁴¹² *Ibidem*, pag. 62.

⁴¹³ Yehudith Auerbach, *Forgiveness and Reconciliation: The Religious Dimensio*, in «Terrorism and Political Violence», Vol. 17 n. 3, 2005, pag. 479.

⁴¹⁴ Maimonide/Rabbi Moshe ben Maimon, *Mishneh Torah, Hicoth Teshuvah*, capitolo 2, par. 9, rinvenibile sul sito http://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/911891/jewish/Chapter-Two.htm.

⁴¹⁵ *Ibidem*, capitolo 4, par. 1.

*merit*⁴¹⁶. Queste due azioni sono esemplari dell'attenzione posta dal diritto Ebraico più sul giudizio che sulla grazia: l'impossibilità di pentirsi per coloro che commettono un atto premeditando il futuro pentimento e la necessità di essere partecipi della comunità durante il proprio pentimento, affinché altri ne siano testimoni, sono idee lontane da un concetto di perdono diffuso oggi.

Anche il processo del *teshuvah* è definito sistematicamente. Secondo Maimonide, infatti, vi sono tre passaggi fondamentali senza i quali il pentimento non si perfeziona: la confessione, il pentimento, la promessa di non ripetere l'atto⁴¹⁷. La confessione, però, deve essere fatta di fronte alla comunità, che così partecipa all'atto e ne è testimone, unitamente alla compensazione del danno alla vittima. Solamente una volta che questi requisiti sono stati soddisfatti si ha diritto al perdono.

L'uso dell'allocuzione "diritto al perdono" non è fatta a caso. Sempre secondo Maimonide, infatti, "*the person who refuses to grant forgiveness is the one considered as the sinner*"⁴¹⁸. E di nuovo: "*It is forbidden for a person to be cruel and refuse to be appeased. Rather, he should be easily pacified, but hard to anger. When the person who wronged him asks for forgiveness, he should forgive him with a complete heart and a willing spirit. Even if he aggravated and wronged him severely, he should not seek revenge or bear a grudge.*"⁴¹⁹

Il processo qui descritto - pentimento, compensazione, confessione,

⁴¹⁶ *Ibidem*, par. 1 e 2.

⁴¹⁷ Yehudith Auerbach, op. cit., par. 479, citando Maimonide, op. cit., capitolo 1.

⁴¹⁸ Maimonide/Rabbi Moshe ben Maimon, *Mishneh Torah, Hicoth Teshuvah*, capitolo 2, par. 9, rinvenibile sul sito http://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/911891/jewish/Chapter-Two.htm.

⁴¹⁹ *Ibidem*, par. 10.

perdono - è inscindibile. Solamente attraverso la *teshuvah* si può ottenere perdono. Inoltre, come si è visto nel paragrafo precedente, la vittima ha un obbligo morale di perdonare, così da rompere un possibile circolo vizioso.

Anche il perdono divino non è incondizionato. L'episodio del vitello d'oro nell'antico testamento, ha per la religione ebraica un diverso significato rispetto a quello attribuito dai Cristiani: la festività del *Kippur*, espiazione, indica la volontà del popolo eletto di espiare i propri peccati e chiedere perdono a Dio. Non a caso, infatti, il Dio ebraico perdona i peccatori affinché questi possano pentirsi dell'azione da loro commessa⁴²⁰.

Nel diritto ebraico, quindi, il perdono è un atto complesso, che coinvolge vittima, offensore e Dio: ove, al contrario del cristianesimo, punto centrale del processo è il pentimento interiore.

Diritti tradizionali e rituali africani ed asiatici

Come si è osservato nel corso del presente lavoro anche il diritto tradizionale africano ed asiatico, sia che abbia una natura religiosa, come i rituali *acholi* in Uganda o il *lisan* in Timor Est, o più laica, come le corti *gacaca* in Ruanda, dà un particolare rilievo alla riparazione del danno come *conditio sine qua non* per la riconciliazione tra individui. La preferenza data a questo diritto tradizionale, sia nei paesi africani che asiatici, pare riconducibile a due aspetti fondamentali: la legittimità riconosciuta al diritto tradizionale, vissuto come più vicino alle reali esigenze del sistema giuridico ufficiale, e il ruolo svolto dalla comunità,

⁴²⁰ Solomon Schimmel, op. cit., pag. 30.

in contrasto con l'individualità tipica del diritto moderno.

Nei casi appena citati, come si è osservato nel corso del secondo capitolo, si è assistito ad una centralità della riparazione rispetto ad un dialogo sul perdono unilaterale. Sia in Ruanda che a Timor Est i processi, svolti di fronte alla comunità, vedevano i rei condannati a svolgere attività socialmente utili: condanne sostanzialmente minime, ma dall' incisivo valore simbolico per l'insieme degli individui.

Il problema della giustizia

Date le analisi appena compiute possiamo affermare che esiste un concetto trans-religioso di perdono, ma anche che il concetto alla base non è simile nelle diverse tradizioni e, soprattutto, il processo interiore ed esteriore attraverso il quale si raggiunge tale perdono è profondamente diversificato. Tuttavia la presenza di questo concetto in tutte le religioni esaminate potrebbe indicare che i diritti religiosi offrono, rispetto al diritto statale, un diverso substrato, una diversa concezione della giustizia.

Appare evidente che la definizione di giustizia, data nel primo capitolo, come uguaglianza di trattamento non trova una reale applicazione nei casi sopra menzionati. In Timor Est, in Ruanda, in Sud Africa ed in Marocco, infatti, i casi uguali non sono stati trattati similmente, bensì di volta in volta la comunità, o chi per essi, ha optato per una compensazione diversa a seconda del caso.

Il concetto di giustizia retributiva, evidentemente, appare inconciliabile con le diverse tradizioni asiatiche e africane sin qui

esaminate. Un analoga affermazione può essere difesa anche per i diversi casi tratti dalle diverse tradizioni religiose abramitiche. In questi diritti religiosi, infatti, si ritrova il concetto di *aequitas*, nel diritto canonico, di *istihsan*, nel diritto islamico, e di equità, nel diritto ebraico. Tali concetti garantiscono la flessibilità della normativa religiosa, affinché l'applicazione delle norme ai casi concreti non entri in contraddizione con le finalità ultime dell'ordinamento⁴²¹. Queste finalità sono, con i dovuti distinguo tra i diversi diritti, quello che il diritto canonico identifica come carità: la giustizia non è cieca applicazione della normativa, al contrario il diritto può, e deve, essere subordinato alla giustizia.

Questa visione della giustizia trova maggior riscontro nei casi di giustizia di transizione degli ultimi anni: al diritto internazionale penale o ad un diritto nazionale positivo non viene riconosciuta la medesima legittimità che, come si è osservato, ad un diritto capace di estendersi al di là della letterale applicazione. Questa diversa percezione può anche essere giustificata attraverso una semplice analisi statistica delle situazioni di conflitto: dei 6 miliardi di individui, 5 si definiscono credenti e 3 miliardi vivono in zone di conflitto e sotto la soglia di povertà in paesi, spesso, alla mercé della corruzione e di regimi violenti. Se quasi il cinquanta per cento della popolazione mondiale vive in tali condizioni, difficilmente si può ritenere che abbia fiducia in strutture normative imposte dal governo locale o da una nazione straniera.

Il diritto di transizione, inteso come insieme della normativa e degli strumenti applicati per raggiungere una situazione di equilibrio sociale, se influenzato dal fattore religioso trova una maggior legittimità in seno alla comunità in cui viene applicato, e, contestualmente, permette di

⁴²¹ Silvio Ferrari, *Lo spirito dei diritti religiosi*, Il Mulino, Bologna, 2002, pag. 113.

identificare forme di giustizia diverse dalla semplice retribuzione a loro volta legittimate dal diritto religioso di appartenenza.

Osservando il caso marocchino appare evidente l'influenza o l'ispirazione religiosa degli strumenti applicati, come il meccanismo compensazione-riconciliazione di matrice islamica, che per il paese africano ha funzionato. Soprattutto perchè, al di là di una mera monetizzazione degli abusi, l'*Instance* riuscì a individuare meccanismi di compensazione per le comunità colpite e il governo, con l'impegno profuso nelle compensazioni e la tacita ammissione di responsabilità, legittimò un processo che non doveva necessariamente dividere la popolazione in vittime e *perpetrators*, ma solamente riconoscere il male commesso e porre rimedio.

Il problema della definizione della giustizia, e di come la stessa possa realmente essere ottenuta, non troverà una soluzione nel presente lavoro. Tuttavia, alla luce di quanto esaminato, si vuole affermare che, in determinate condizioni, il concetto di giustizia può allontanarsi dall'idea dell'uguaglianza a tutti i costi, di retribuzione e di secolarizzazione del diritto senza necessariamente perdere di forza. In alcuni dei casi affrontati, anzi, si potrebbe quasi affermare che la giustizia, pur con tutti i limiti umani, ha guadagnato in termini di valore assoluto, pur perdendo alcuni noti brocardi, e dato alle popolazioni coinvolte la stabilità necessarie.

Bibliografia

Costituzioni

Costituzione della Repubblica del Sud Africa

Costituzione del Marocco

Legislazione nazionale

Dahir (legge) n.1.90.12, emanata il 12 aprile 1990, parzialmente modificata dal Dahir 1.00.350 del 10 aprile 2001. <http://www.ccdh.org.ma/?lang=fr>

Gacaca Law, modificata il 2004. <http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/En/EnIntroduction.htm>

Promotion of National Unity and Reconciliation Act http://www.fas.org/irp/world/rsa/act95_034.htm

Legislazione internazionale

African Charter on Human Rights and People's Rights

American Convention on Human Rights

Convenzione contro il crimine di genocidio

Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli e degradanti

Convenzione di Ginevra ed i protocolli successivi

Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo,

International Convention for the Protection of All Persons Against Enforced Disappearance

Patto Internazionale per i Diritti Civile e Politici.

Statuto della Corte Speciale per la Sierra Leone

Statuto della Corte Penale Internazionale

Statuto del Tribunale Militare Internazionale dell'Estremo Oriente

Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga

Statuto del Tribunale Penale Internazionale per la ex-Iugoslavia

Statuto del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda

United Nations Transitional Administration for East Timor UNTAET/REG/2001/10

Report delle commissioni verità e giustizia

Chega! Report finale della commissione di Timor Est <http://www.cavr-timorleste.org/en/cheгаReport.htm>

Instance Equité et Réconciliation Report <http://www.ier.ma/?lang=fr>

Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission Report www.sierra-leone.org/TRCDocuments.html

Truth and Reconciliation Report (Sud Africa) <http://www.justice.gov.za/trc/report/>

Voluni e articoli

Amnesty International, *Turning the Page: Achievements and Obstacles*, Amnesty International, Londra, 1999.

Amnesty International, *The Disappeared in Morocco*, Amnesty International, Londra, 1993

Akenson, Donald H., *God's People: Covenant and Land in South Africa, Israel and Ulster*, Cornell University Press, Ithaca, 1992

Appleby, R. Scott, *The Ambivalence of the Sacred*, Rowman and Littlefield, Lanham, 1999

Arendt, Hannah, *The Human Condition*, prima edizione, University of Chicago Press, Chicago, 1958

Banchoff, Thomas L. (a cura di), *Religious Pluralism*, Oxford University Press, New York-Oxford, 2008

Berewa, Solomon, *Adressing Impunity using Divergent Approaches*, in *Truth and Reconciliation in Sierra Leone*, UNAMSIL, Freetown, 2001

Bernstein, Richard J., *The Aporia of Forgiveness*, in «Constellations», Vol. 13 n. 3, 2006

Bobbio, Norberto, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999

Brudholm, Thomas e Cushman, Thomas (a cura di), *The Religious in Responses to Mass Atrocity*, Cambridge University Press, New York, 2009.

Campbell, Patricia J., *Morocco in Transition: Overcoming the Democratic and Human Rights Legacy of King Hassan II*, in «African Studies Quarterly», n.71, 2003

Catechismo della Chiesa Cattolica

Ceretti, Adolfo, *Il Perdono, riparazione e riconciliazione*, in «Ars Interpretandi», 9, 2004.

Connor, *Ethnonationalism the quest for understanding*, Princeton Press, Princeton, 1994.

Chapman, Audrey e Spong, Bernard (a cura di), *Religion and Reconciliation in South Africa*, Templeton Foundation, Philadelphia, 2003

Clark, Phil, *Hybridity, Holism and Traditional Justice: the Case of the Gacaca Courts in Post-Genocide Rwanda*, in «The George Washington International Law Review», Vol.39, N.4, 2007

Conforti, Benedetto, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, VII edizione 2006

Derrida, Jaques, *On Cosmopolitanism and Forgiveness*, Routledge, 2001

Di Lucia, Paolo (a cura di), *Filosofia del Diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2002

Documento delle Nazioni Unite, *Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone*, S/2000/915, 4 ottobre 2000

Elster, Jon *Chiudere i conti*, il Mulino, Bologna, 2008

Ferrari, Silvio, *Lo spirito dei diritti religiosi*, Il Mulino, Bologna, 2002

Ferrari, Silvio e Cristofori, Rinaldo (a cura di), *Law and Religion in the 21st Century*, Ashgate, New York-Londra, 2010

Freeman, Mark, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, New York, 2006

Futamura, Madoka *War Crimes Tribunals and Transitional Justice, The Tokyo Trial and the Nuremberg Legacy*, Routledge, New York, 2008

Garton Ash, Thimoty, *True Confessions*, in «The New York Review of Books», 44, 17 luglio 1997

Giovanni Paolo II, *Esortazione apostolica Post Sinodale Reconciliatio et Paenitentia*, data a Roma il 2 dicembre 1984

Gourevitch, Philip, *Justice in Exile*, in «New York Times», 24 giugno 1996

Gozzi, M. e Martelli, F., *Guerre e minoranze. Diritti delle minoranze, conflitti interetnici e giustizia internazionale nella transizione alla democrazia nell'Europa Centro-Orientale*, Il Mulino, Bologna, 2004

Helmick, Raymond S.J. e Petersen, Rodney, *Forgiveness and Reconciliation*, Templeton Foundation Press, Londra, 2001

Huyse, Luc e Salter, Mark, *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), Stoccolma, 2008

Il Corano, edizione italiana tradotta e curata da Alessandro Bausani, BUR, Milano, terza edizione 2001.

International Center for Transitional Justice: *The Special Court for Sierra Leone Under Scrutiny*, 5 marzo 2006

Jori, Mario e Pintore, Anna, *Manuale di Teoria Generale del Diritto*, Giappichelli, Torino, 1995

Kaminski, Mark M. e Nalepa, Monika, *Suffer a Scratch to Avoid a Blow? Why Post-communist Parties in Eastern Europe Introduce Lustration*, del Center for the Study of Democracy, Università della California, 2008

Karekezi, Alice, *Juridictions Gacaca: Lutte contre l'Impunité et la Promotion de la Reconciliation Nationale*, in «Les Jurisdiction Gacaca et le Pocessus de Reconciliation Nationale» vol. 32, 2001,

Kritz, Neil J., *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, United States Institute for Peace Press, Washington, 1995.

Linton, Suzannah, *Experiments in International Justice*, in «Criminal Law Forum», Vol. 12

Lollini, Andrea, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, il Mulino, Bologna, 2005

Maimonide/Rabbi Moshe ben Maimon, *Mishneh Torah, Hicoth Teshuvah*, capitolo 2, par. 9, rinvenibile sul sito http://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/911891/jewish/Chapter-Two.htm

Mandela, Nelson, *Lungo cammino verso la libertà*, Feltrinelli, Milano, 2003

Mauss, Marcel e Halls, W.D., *The Gift*, WW Norton & Co., New York, 2000; edizione italiana *Saggio sul dono*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2002.

McAdams, A. James (a cura di), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1997

McCullough, Michael E. e Paragment, Kenneth I. e Thoresen, Carl (a cura di), *Forgiveness. Theory Research and Practice*, Guilford Press, New York, 2000

McCulloch, Michael E. e Worthington, Everett L. Jr., *Religion and the Forgiving Personality*, in «Journal of Personality», vol. 67, issue 6, dicembre 1999

Moodie, T. Dunbar, *The Rise of Afrikanerdom: Power, Apartheid and the Afrikaner Civil Religion*, University of California Press, Berkeley, 1975

Murphy, J. e Hampton, J., *Forgiveness and Mercy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998

Neier, Aryeh, *What should be done about the guilty?*, «The New York Book Review», 1° Febbraio 1990

Ocampo, Luis Moreno, *Transitional justice in ongoing conflicts*, «The International Journal of Transitional Justice», Vol. I, Issue 1, Marzo 2007

Philpott, Daniel (a cura di), *The Politics of Past Evil*, Università di Notre Dame, Notre Dame, 2006

Pietropaoli, Stefano, *Defining Evil. The war of aggression and international law*, in «Juria Gentium», III (2007)

Quinn, Joanna R. (a cura di), *Reconciliation(s). Transitional Justice in Postconflict Societies*, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, 2009

Ratner, Steven R. e Abrams, Jason S. (a cura di), *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford University Press, New York, 2001

Roht-Arriaza, Naomi e Mariezcurrena, Javeier (a cura di), *Transitional Justice in the Twenty First Century*, Cambridge University Press, New York, 2006.

Romano, Santi, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano, 1969

Romet, Ignacio, *Morocco: the point of change*, in «Le Monde Diplomatique», Luglio 2000

Sarkin, Jeremy, *The Trials and Tribulations of South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, «South African Journal of Human Rights», vol.12, 1996

Sarkin, Jeremy, *The Development of a Human Right's Culture in South Africa*, in «Human Rights Quarterly», n. 20, 1998

Sarkin, Jeremy, *Carrots and Sticks: the Trc and the South African Amnesty Process*, Intersentia, Antwerp, 2004

Schaap, Andrew, *The Proto Politics of Reconciliation: Lefort and the Aporia of Forgiveness in Arendt and Derrida*, in «Australian Journal of Political Science», Vol. 41 n. 6, 2006

Schimmel, Solomon, *Wounds not Healed by Time: the Power of Repentance and Forgiveness*, Oxford University Press, New York, 2004

Silvi, Marco Q., *Struttura giuridica del perdono*, Franco Angeli, Milano, 2004

Shore, Megan, *Religion and Conflict Resolution: Christianity and South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Ashgate, 2009

Teitel, Ruti G., *Transitional Justice*, Oxford University Press, New York, 2000

Teitel, Ruti G., *Transitional Justice Genealogy*, in «Harvard Human Rights Journal», Vol.16, 2003

Tutu, Desmond, *No future without forgiveness*, Rider, 2000

Waddell, Nicholas e Clark, Phil, *Courting Conflict*, Royal African Society, 2007

Weber, Max, *Economy and Society*, University of California Press, Berkeley, 1978; edizione italiana, *Economia e società*, Donzelli, Roma, 2003

Wilson, Richard A., *The Politics of Truth and Reconciliation: Legitimizing the Post-Apartheid State*, Cambridge University Press, 2001

Worthington, Everett L. (a cura di), *Dimensions of Forgiveness: psychological research and theological perspectives*, Templeton Foundation, 2002

Worthington, Everett L., *Forgiveness and Reconciliation*, Routledge, New York-Abingdon, 2006