

# CRIMINI INTERNAZIONALI TRA DIRITTO E GIUSTIZIA

Dai Tribunali Internazionali  
alle Commissioni Verità e Riconciliazione

*a cura di*

Giulio Illuminati - Luigi Stortoni - Maria Virgilio

*Prima ristampa*



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

## INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Avvertenza</i>	XI
<i>Presentazione</i> (di Luigi STORTONI)	XIII

MARCO BALBONI

### DA NORIMBERGA ALLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

1. I precedenti storici sino alla II Guerra mondiale: dalla concezione secondo cui l'amnistia è condizione indispensabile per il ritorno alla pace alla concezione secondo cui per favorire la pace è necessario evitare l'impunità	3
2. Il modello di Norimberga e Tokio	5
3. Dal modello di Norimberga e Tokio al modello dei Tribunali <i>ad hoc</i> sulla ex Jugoslavia e il Ruanda	6
4. Il modello dei Tribunali <i>ad hoc</i> sulla ex Jugoslavia e il Ruanda	7
5. La questione del fondamento dei Tribunali <i>ad hoc</i> : la posizione del Consiglio di Sicurezza	8
6. Le opinioni della dottrina sull'operato del Consiglio di Sicurezza: le tesi che ravvisano il fondamento dei Tribunali nella Carta	9
7. <i>Segue</i> : le tesi che non ravvisano il fondamento dei Tribunali (esclusivamente) nella Carta: il riferimento al diritto internazionale umanitario e il CdS come organo materiale della Comunità internazionale	11
8. Il ruolo della prassi: la posizione degli Stati	12
9. <i>Segue</i> : la posizione espressa dall'ICTY col caso <i>Tadic</i>	13
10. Le opinioni della dottrina sul ruolo della prassi: la prassi come interpretazione della Carta, come acquiescenza, come accordo tacito	15
11. Il problema del fondamento: Cap. VII e ruolo del consenso	16
12. La primazia dei Tribunali sulle giurisdizioni interne	18
13. L'obbligo di cooperazione da parte degli Stati negli Statuti e nei regolamenti di procedura e di prova e le conseguenze della sua violazione	19

	<i>pag.</i>
14. Primazia e obbligo di cooperazione: il caso <i>Blaskic</i>	20
15. Primazia e possibilità di opporre ragioni di diritto interno all'obbligo di cooperazione	22

ANTONIO MARCHESI

LA CORTE PENALE INTERNAZIONALE:  
RUOLO DELLA CORTE E RUOLO DEGLI STATI

1. Introduzione	27
2. L'istituzione della Corte	29
3. Il carattere complementare della Corte rispetto alle giurisdizioni statali	31
4. I meccanismi attributivi della giurisdizione 'soggettiva' della Corte	33
5. L'avvio del procedimento	35
6. I rapporti fra Corte e Consiglio di sicurezza	37
7. Conclusione	39

MARIA VIRGILIO

VERSO I PRINCIPI GENERALI  
DEL DIRITTO CRIMINALE INTERNAZIONALE

1. Stato embrionale della parte generale sostanziale di diritto criminale internazionale	43
2. Diritto criminale internazionale	45
3. Tra normativa, giurisprudenza e dottrina: un ibrido	46
4. Interpretazione delle norme e rispetto del principio di legalità	49
5. I Tribunali <i>ad hoc</i> : le prime affermazioni della giurisprudenza tra dottrina e fonti normative	51
6. Competenza nel tempo e nello spazio	53
7. Colpevolezza	54
8. Forme di partecipazione al crimine	55
9. Soggetto attivo qualificato	57
10. Cause esonerative della responsabilità e della punibilità	57
11. Sistema sanzionatorio ed esecuzione delle pene	59
12. Crimini di competenza della Corte	61
13. Crimini internazionali individuali e dello Stato	64
14. La comparazione e il suo apporto al diritto criminale internazionale	65

EMANUELA FRONZA

I CRIMINI DI DIRITTO INTERNAZIONALE  
 NELL'INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA  
 INTERNAZIONALE: IL CASO AKAYESU

1. Introduzione	71
2. Il caso <i>Akayesu</i>	76
3. L'identificazione del gruppo tra interpretazioni oggettivistiche e soggettivistico-relative: la nozione di 'gruppo etnico' nel caso <i>Akayesu</i>	79
3.1. Rilievi critici	83
3.2. Paradossi dell'etnicità	86
4. Il contributo della giurisprudenza internazionale: lo stupro come tappa di distruzione del gruppo	87
4.1. Lo stupro come misura volta ad impedire le nascite all'interno del gruppo	90
4.1.1. Un crimine contro il gruppo?	94
5. Conclusioni	95

ENRICO AMATI

LA REPRESSIONE DEI CRIMINI DI GUERRA  
 TRA DIRITTO INTERNAZIONALE  
 E DIRITTO INTERNO

1. <i>Jus in bello</i> e <i>jus ad bellum</i>	101
2. Il crimine di aggressione: cenni	102
3. Crimini di guerra e bene giuridico protetto	104
4. Crimini di guerra e principio di effettività	105
5. Le fonti del diritto bellico: in particolare, le Convenzioni di Ginevra del 1949 ed i Protocolli aggiuntivi del 1977	107
6. Il principio della punibilità universale	110
7. I Tribunali internazionali ed il ruolo delle giurisdizioni nazionali	111
8. L'adeguamento della legislazione interna	112
8.1. <i>Segue</i> : a) l'esigenza di adeguare il c.p.m.g. italiano alle fonti internazionali	112
8.2. <i>Segue</i> : b) lo Statuto di Roma come 'tavola di valori' del diritto internazionale penale	114

GIULIO ILLUMINATI

IL PROCESSO DAVANTI  
 ALLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE: LINEE GENERALI

1. Il modello processuale	119
2. Rapporti tra la normativa internazionale e il diritto interno	121
3. Titolarità e discrezionalità dell'azione penale	122
4. Indagini preliminari	125
5. L'atto d'accusa e l'esercizio dell'azione penale	126
6. La fase del giudizio e l'acquisizione delle prove	128
7. Regole di esclusione della prova	130
8. Garanzie individuali	131
9. Il <i>guilty plea</i>	133

MICHELE CAIANIELLO

IL PROCESSO PENALE NELLA GIUSTIZIA INTERNAZIONALE:  
 CASI GIURISPRUDENZIALI  
 DALL'ESPERIENZA DEI TRIBUNALI *AD HOC*

1. Premessa	137
2. L'imputazione formulata in modo alternativo: una prassi necessitata?	138
3. Le soluzioni elaborate dalla giurisprudenza del tribunale sul tema	140
4. Le <i>multiple charges</i> : il problema dell'imputazione cumulativa <i>in jure</i>	145
5. Le soluzioni adottate sul tema dai tribunali <i>ad hoc</i>	147
6. La tutela del contraddittorio: le misure di protezione dei testimoni	151
7. Utilizzazione in giudizio di atti d'indagine	156
8. Conclusioni	158

ANNA MARIA GENTILI E ANDREA LOLLINI

L'ESPERIENZA DELLE COMMISSIONI PER LA VERITÀ E  
 LA RICONCILIAZIONE: IL CASO SUDAFRICANO  
 IN UNA PROSPETTIVA GIURIDICO-POLITICA

0. Introduzione	163
1. Considerazioni preliminari	168
2. Atene e Norimberga: due modelli di transizione politica	171
2.1. Le transizioni politiche negoziate	174
3. Le Commissioni per la verità (Truth Commissions): Introduzione	177

	<i>pag.</i>
3.1. Cenni sulle varie commissioni istituite	180
4. La Commissione Sudafricana per la verità e la riconciliazione: la genesi e la trasformazione di 'un'idea'	186
5. La TRC nella Costituzione transitoria 1993 e nella Costituzione definitiva 1996	195
6. Lo statuto della TRC: il <i>National Unity and Reconciliation Act 1995</i>	197
6.1. La competenza <i>ratione temporis</i> della Commissione	202
6.2. Il ' <i>political objective</i> '	204
6.3. La competenza <i>ratione materiae</i> della Commissione	206
7. Conclusioni	208
 BIBLIOGRAFIA GENERALE	 217
 APPENDICE	
1. Carta delle Nazioni Unite	231
2. Statuto del tribunale internazionale ICTY (dalla <i>Gazz. Uff.</i> 29 dicembre 1993, n. 304)	233
3. Statuto di Roma della Corte penale internazionale internazionale - ICC (nella traduzione non ufficiale della <i>Gazz. Uff.</i> 19 luglio 1999, n. 167 suppl. ord.)	240
4. Constitution of the Republic of South Africa, 1993 (Act. No. 200 of 1993)	293
5. Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 1995 (No. 34 of 1995)	294

SOMMARIO: 1. Stato embrionale della parte generale sostanziale di diritto criminale internazionale. – 2. Diritto criminale internazionale. – 3. Tra normativa, giurisprudenza e dottrina: un ibrido. – 4. Interpretazione delle norme e rispetto del principio di legalità. – 5. I Tribunali *ad hoc*: le prime affermazioni della giurisprudenza tra dottrina e fonti normative. – 6. Competenza nel tempo e nello spazio. – 7. Colpevolezza. – 8. Forme di partecipazione al crimine. – 9. Soggetto attivo qualificato. – 10. Cause esonerative della responsabilità e della punibilità. – 11. Sistema sanzionatorio ed esecuzione delle pene. – 12. Crimini di competenza della Corte. – 13. Crimini internazionali individuali e dello Stato. – 14. La comparazione e il suo apporto al diritto criminale internazionale.

## 1. STATO EMBRIONALE DELLA PARTE GENERALE SOSTANZIALE DI DIRITTO CRIMINALE INTERNAZIONALE

È nello Statuto ICC, approvato a Roma il 17 luglio 1998, che vediamo comparire espressamente, per la prima volta nel diritto criminale internazionale, una parte di 'principi generali del diritto criminale'. Si intitola infatti così il capitolo III, comprensivo degli artt. da 22 a 33 (ci riferiamo al testo pubblicato sul supplemento ordinario n. 135/L alla Gazzetta Ufficiale n. 167 del 19 luglio 1999, in cui compaiono il testo dello Statuto in inglese e una traduzione non ufficiale in italiano. Vedi Appendice), che contengono una serie di disposizioni corrispondenti alla tradizionale 'parte generale' dei codici penali moderni<sup>1</sup>.

Una simile disciplina non compariva nello Statuto del Tribunale Militare Internazionale, di cui all'Accordo di Londra per perseguire e punire i maggiori criminali di guerra dell'Asse europeo, con allegata la c.d. Carta di Londra<sup>2</sup>, che si limitava ad una più che sommaria indicazione; ma altrettanto può affermarsi anche per gli statuti dei tribunali *ad hoc*, che contengono una enunciazione di principi concisamente raccolta sotto la formula 'responsabilità penale personale' (art. 7 Statuto ICTY e art. 6 Statuto ICTR)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Per la distinzione tra parte generale e parte speciale, e il carattere relativo della medesima, leggi STORTONI, 1997, 341 ss.

<sup>2</sup> Consultabile in appendice a S. LEVIE HOWARD, *Terrorism in War: the law of War crimes*, Oceana, New York, 1993.

<sup>3</sup> Lo Statuto ICTR è consultabile in lingua inglese e in francese nel sito Internet indicato nell'avvertenza.

Ma anche la versione che leggiamo nello Statuto ICC, benché sia sicuramente più elaborata rispetto alle altre appena citate, non risulta idonea a soddisfare le fondamentali esigenze di garanzia del penalista di diritto interno, soprattutto sotto i profili dei principi di determinatezza e di precisione. Tanto da domandarsi – è problema di fondo – se la difficoltà sia superabile e transitoria in quanto nascente da una ancora insufficiente elaborazione oppure se un più basso livello di garanzie sia ineliminabile in quanto intrinseco in relazione alla particolarità della materia.

E dunque non intendiamo qui ricostruire e analizzare i principi di parte generale sostanziale del diritto criminale internazionale alla fase odierna della sua evoluzione. Peraltro il dinamismo attuale di questo processo, se ne consideriamo tutte le componenti, è talmente accelerato da presentare i caratteri di una permanente modificazione e da necessitare un costante monitoraggio; il che oggettivamente relativizza lo sforzo di una ricostruzione teorica di parte generale<sup>4</sup>. Si tratta piuttosto di tentare una analisi del processo stesso. E in questo tentativo una chiave di lettura ci porterà a porre attenzione alla funzione svolta, in via teorica e nella effettività della prassi, dal diritto penale comparato.

Lo stato embrionale della 'parte generale' risulta ancora più eclatante se la confrontiamo con la espansione raggiunta dalla 'parte speciale' del diritto criminale internazionale, quale risulta nella diffusa elencazione dei crimini secondo lo Statuto ICC. La formulazione delle fattispecie incriminatrici ha da tempo dato luogo a quel fenomeno di "penetrazione" del diritto internazionale nel diritto penale interno che è stato descritto come "di reazione attiva" nell'ambito di un "rapporto di coordinazione" tra due autonomi ordinamenti<sup>5</sup>. Tale coordinazione è incisivamente esemplificata dal nuovo codice penale francese, che ora prevede un apposito titolo di "crimini contro l'umanità" (da art. 211-1 a art. 213-5) comprensivo del crimine di genocidio e di altri crimini contro l'umanità (deportazione, riduzione in schiavitù, ecc.) e, così pure, dal nuovo codice penale spagnolo che ha introdotto il delitto di genocidio all'art. 607<sup>6</sup>.

Su un altro piano si muove l'influenza esercitata dal diritto internazionale nel senso di vincolare gli ordinamenti interni all'adeguamento, e cioè ad apportare ai propri sistemi penali le modifiche idonee e indispensabili per consentire la effettiva applicazione. Così è già avvenuto per lo Statuto ICTY. Per l'Italia ha provveduto il d.l. 28 dicembre 1993 n. 544, conv. in l. 14 febbraio 1994 n. 120, recante "Disposizioni in materia di cooperazione con il Tribunale internaziona-

---

<sup>4</sup> Anche se non certo la frena. Si vedano i recentissimi commentari dello Statuto ICC: TRIFTERER, 1999; LEE, 1999.

<sup>5</sup> Le espressioni sono di PISANI, 1979, 7 e 8. Se ne vedano anche le ulteriori precisazioni terminologiche.

<sup>6</sup> Vedi nota 55.

le competente per gravi violazioni del diritto umanitario commesse nei territori della ex Jugoslavia". Analoga attività di adeguamento comporta lo Statuto ICC: l'Italia ha ratificato con l. 12 luglio 1999 n. 232, ma ancora sta elaborando le conseguenti modifiche interne. Altri paesi stanno procrastinando la ratifica al momento in cui avranno previamente definito le modifiche interne.

## 2. DIRITTO CRIMINALE INTERNAZIONALE

Abbiamo usato la dizione 'diritto criminale internazionale', e proponiamo di usarla. Riteniamo infatti che ci siano più motivi per superare la differenziazione tra diritto penale internazionale e diritto internazionale penale che connota tradizionalmente la materia<sup>7</sup>.

Si rispetta l'etimologia, secondo cui *crimina* già nel diritto romano identificavano le violazioni di maggior disvalore pubblico – contrapposti a *delicta*. Ma soprattutto si riflette con maggiore fedeltà la terminologia ormai invalsa nel diritto umanitario – in senso stretto e in senso ampio<sup>8</sup> – che indica le fattispecie sanzionate come 'crimini internazionali' (contro l'umanità, di guerra, ecc.). E si traduce meglio il termine *criminal law*, usato nello Statuto ICC, che differenzia *crimes* da *offences*, riservando quest'ultima qualificazione ai reati contro l'amministrazione della giustizia (art. 70).

E ancor più si sposta l'accento dal piano delle pene a quello delle violazioni, i crimini. Sono questi che svolgono la funzione orientativa di segnare il confine tra lecito e illecito; così, criticamente, si sottolinea che l'aspetto in merito al quale – anche per l'innegabile valore simbolico – l'iniziativa internazionale si è maggiormente espressa è, indubbiamente, quello *de lege ferenda*, della individuazione delle fattispecie e non certo quello della esecuzione delle pene, dello *jus puniendi*, che, indissolubilmente legato quale è alla sovranità statale<sup>9</sup>, unica depositaria dei poteri di supremazia sugli individui, necessita dell'appoggio de-

<sup>7</sup> MANTOVANI, 1992, 911 e 959 ss. e PISANI, 1979, 7-8. Già BASSIUNI, 1987, individuava una disciplina nuova, costituita dagli aspetti penali e procedurali del diritto internazionale dagli aspetti procedurali internazionali del diritto penale interno. E la dottrina ha oscillato alquanto indifferentemente tra la dizione di diritto penale internazionale (DONNEDIEU DE VABRES, 1928, QUADRI, 1944, DE LA PRADELLE, 1946, LEVI, 1949, LOMBOIS, 1979, HUET, 1994) e quella di diritto internazionale penale (PLAWSKI, 1972, GLASER, 1978, VASSALLI, 1995).

<sup>8</sup> E. SPATAFORA, *Diritto umanitario*, e, per i diritti dell'uomo, C. ZANGHI, *Diritti dell'uomo (protezione internazionale dei)*, entrambi in *Enc. giur. Treccani*; G. BOGNETTI, *Diritti dell'uomo*, in *Digesto (disc. priv.)*, V, 383, nonché DELMAS-MARTY, 1992.

<sup>9</sup> BERNARDINI, 1993.

gli stati e del loro consenso e, in sostanza, della cooperazione dei sistemi giuridici interni; perciò è ancora meno sviluppato<sup>10</sup>.

La terminologia rende infine con maggiore immediatezza la crescente diversità e complessità di una materia che riesce oggi ad intrecciare in un corpo unico norme tra loro eterogenee per contenuto, natura ed efficacia, di diritto internazionale, diritto penale, diritto processuale secondo una interdisciplinarietà che costituisce una delle più rilevanti differenze rispetto al diritto interno e che raggiunge i livelli di un'opera di codificazione complessiva<sup>11</sup>.

### 3. TRA NORMATIVA, GIURISPRUDENZA E DOTTRINA: UN IBRIDO

È un inedito e particolarissimo processo dinamico triadico quello che si è instaurato nel diritto criminale internazionale tra le fonti normative, il diritto giurisprudenziale e la dottrina (di tutti è – in gran parte – possibile oggi la consultazione anche tramite i siti Internet indicati in apertura d'appendice).

Già la distinzione fra la funzione legislativa, esecutiva e giudiziaria è meno netta che nei sistemi penali interni. La supremazia è stata storicamente riservata all'esecutivo, ritenuto il potere più idoneo a bilanciare il principio di sovranità nazionale con il cosiddetto interesse della comunità internazionale. A questo ha sinora corrisposto il riserbo delle giurisdizioni interne ad intervenire in campi che venivano ritenuti di spettanza dell'esecutivo in quanto attinenti ai rapporti internazionali. Ma oggi è superato<sup>12</sup>.

Invero, ancor prima dell'intreccio tra le tradizionali funzioni, è l'identità stessa delle componenti – o formanti – del diritto ad essere qui incerta e confusa: le decisioni giurisprudenziali da una parte sono esplicitamente creative di diritto, costrette a colmare lacune degli statuti imprecisi e/o reticenti e dall'altra costituiscono veri e propri testi di dottrina, correttamente confezionati secondo le regole del sapere scientifico. È indicativo che sia stato discusso in dottrina il problema del formale riconoscimento del 'diritto di Norimberga' come opera di dottrina (LOMBOIS, 1979, 151).

<sup>10</sup> Il problema non si poneva per i tribunali militari (Norimberga, Tokio e ex Germania) che erano ad esecuzione diretta.

<sup>11</sup> Incrocia norme di diversa natura loro anche la nuova impresa del "Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea", pubblicato in GRASSO, 1997.

<sup>12</sup> Si pensi alla portata della iniziativa della magistratura spagnola di perseguire Pinochet, il dittatore cileno. Sulla vicenda leggi la sentenza 25 novembre 1998 R. v. Pinochet in *Cass. pen.*, 1999, 373 e CERASE, 1999.

Gli interscambi operano anche a livello soggettivo: sono i più illustri giuristi ad essere stati nominati giudici<sup>13</sup>; e giudici e giuristi insigni sono stati chiamati a formare le norme dello Statuto ICC del 1998, come precedentemente era avvenuto per gli Statuti ICTY e ICTR<sup>14</sup>.

La particolarità di queste fonti, nel senso della loro pluralità e eterogeneità, era già evidenziata nell'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (ICJ) allegato alla Carta delle Nazioni Unite<sup>15</sup>, che indica quattro fonti del diritto internazionale: "a) le convenzioni internazionali sia generali che speciali, che stabiliscono regole espressamente riconosciute dagli stati in causa; b) la consuetudine internazionale come prova di una prassi generale, accettata come costitutiva di diritto; c) i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civilizzate; d) le decisioni giudiziarie e le opere dei pubblicisti più qualificati delle differenti nazioni, come mezzo ausiliario di determinazione delle regole di diritto"<sup>16</sup>.

Se dal diritto internazionale – all'interno del cui ambito si colloca l'art. 38 citato – passiamo al diritto criminale internazionale, constatiamo che la medesima complessità permea l'art. 21 dello Statuto ICC ('Normativa applicabile'). La disposizione – su cui torneremo – rappresenta oggi l'ultima tappa di una evoluzione storica che si è accelerata dopo la seconda guerra mondiale, e che vede la giurisprudenza assumere il ruolo dominante e trainante (la cui forza e autorità derivavano allora, non dimentichiamolo, dal potere dei vincitori della guerra sui vinti e oggi, per i Tribunali *ad hoc*, dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU<sup>17</sup>, secondo un assetto che sembra riprodurre quello applicato nei sistemi di *common law*. Ma con la differenza che in questi sistemi vige il principio *stare decisis* e la regola del precedente vincolante (da ultimo CADOPPI, 1999).

Nel risalire a ritroso lungo il cammino della storia il precedente storico e giuridico dello Statuto ICC del 1998 possiamo ravvisarlo nell'Accordo di Londra per perseguire e punire i maggiori criminali di guerra dell'Asse europeo, con allegata la c.d. Carta di Londra 8 agosto 1945, poi ripreso dalla Carta di Tokio del 19 gennaio 1946, allegata al Proclama speciale del comandante supremo delle potenze alleate e dalla l. n. 10 del Consiglio di controllo alleato per la Ger-

<sup>13</sup> Basti il riferimento ad Antonio Cassese, presidente del tribunale dell'Aja.

<sup>14</sup> Giovanni Conso è stato nominato presidente della commissione per i lavori dello Statuto ICC.

<sup>15</sup> Consultabile nel sito indicato nell'avvertenza.

<sup>16</sup> Traduzione nostra; valga anche per tutti i successivi testi, citati in italiano e virgolettati, dei quali non risulti la traduzione ufficiale in italiano.

<sup>17</sup> Oltre ai contributi di BALBONI e MARCHESI, si vedano gli interventi *Nuova Norimberga, in I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 1993, IV, 15-45, quanto alle valutazioni critiche formulate nell'immediatezza della Risoluzione istitutiva.

mania (*Control Council Law, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, 20 dicembre 1945). Queste tre fonti scritte<sup>18</sup> diedero luogo ad una giurisprudenza (sentenza del tribunale militare internazionale di Norimberga<sup>19</sup>, sentenze di Tokio e numerose sentenze pronunciate dai tribunali istituiti dai quattro stati vincitori, secondo la quadripartizione in settori della Germania) che a sua volta sarebbe confluita in una fonte scritta. Nel 1947 la Assemblea generale delle Nazioni Unite procederà a fissare i principi di diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto e dal Tribunale di Norimberga<sup>20</sup>.

Insieme queste diverse componenti contribuiranno alla elaborazione del diritto criminale internazionale secondo due direttrici. La prima porterà alla patuizione di fonti convenzionali internazionali, come tali vincolanti solo per gli stati parte (di diritto internazionale anche penale) come la convenzione contro il genocidio<sup>21</sup>, che prevedeva la istituzione di un organo giudiziario specifico, mai posto in essere, e che si assumeva codificasse il diritto consuetudinario<sup>22</sup>.

La seconda si esprimerà nelle sentenze dei tribunali nazionali che hanno giudicato secondo le fattispecie previste nel diritto penale interno fatti criminosi la cui natura di crimini internazionali assumeva rilevanza processuale ai fini della imprescrittibilità e/o della estradizione: il nostro caso Priebke (SACERDOTI, 1997; De SENA, 1994), i casi francesi Barbie<sup>23</sup>, Papon e Touvier (DE SENA, 1998), per indicare i casi citati nelle sentenze dei tribunali *ad hoc* (da non confondere con il caso Pinochet, incriminato dai magistrati penali spagnoli, pur senza alcun collegamento locale o soggettivo con la Spagna)<sup>24</sup>.

Questo insieme ha contribuito alla formazione di un nucleo di diritto consuetudinario fortemente problematico quando viene assunto in materia penale,

<sup>18</sup> Vedile in *op. cit.*, nota 2.

<sup>19</sup> Consultabile in *AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, 1947, 172 ss.

<sup>20</sup> Principi di Norimberga, *Annuario CDI*, 1950, voll. I e II; consultati in italiano in D. GALLO, 1994.

<sup>21</sup> Vedila in E. VITTA-V. GREMENTIERI, *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1981.

<sup>22</sup> Anche dello Statuto di Norimberga viene rimarcato il carattere consuetudinario, secondo la ricostruzione condivisa dal ICTY nella sentenza Tadic al § 622.

<sup>23</sup> Vedine la citazione in sentenza Tadic, § 641, da I.L.R. 1985, 125. Si discuteva se membri della resistenza potessero essere vittime di crimini contro l'umanità, in quanto tali imprescrittibili per diritto interno, piuttosto che di crimini di guerra.

<sup>24</sup> La *Ley Organica del Poder Judicial* (n. 106 del 1985) prevede la giurisdizione universale, e cioè la estensione della giurisdizione spagnola che legittima lo stato spagnolo a perseguire i fatti commessi da cittadini o da stranieri fuori del territorio nazionale, per condotte qualificabili secondo la legge interna come genocidio, terrorismo, prostituzione, corruzione di minorenni e incapaci, traffico di stupefacenti, e altri gravi reati.

sia perché confliggente con il principio di legalità (recentissimo PALAZZO, 1999) sia perché ha dato luogo a discutibili e discusse giurisprudenze che si sono richiamate al diritto naturale (MUHM, 1994 e 1997).

Intanto – torniamo indietro nella memoria storica: eravamo arrivati alla redazione dei principi generali di Norimberga del 1946 – presero l'avvio nel 1954 i lavori della Commissione di Diritto Internazionale (C.D.I.). Proseguiranno con successive fasi, poi culminanti in vari 'Rapporti' susseguitisi negli anni (particolarmente rilevanti quelli del 1991 e del 1996), che sono stati utilizzati per la redazione sia degli statuti dei tribunali *ad hoc* (ICTY e ICTR) sia del testo ultimato a Roma nel luglio 1998 e che a loro volta – le influenze sono, come già messo in luce, reciproche e si muovono in senso circolare – vengono espressamente citati nella giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*. Lo stesso accade per le decisioni della CJJ, Corte internazionale di giustizia de L'Aja, istituita dalla Carta delle Nazioni Unite.

Non bisogna dimenticare iniziative autonome intraprese dalla dottrina.

Intendiamo riferirci a M. Cherif Bassiouni, che nel 1987 ha organizzato la redazione di un *Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, che esprime particolare sensibilità alla formulazione chiara e tassativa delle norme sia di parte generale sia di parte speciale (BASSIOUNI, 1987).

Dopo l'istituzione dei tribunali *ad hoc*, è la giurisprudenza de L'Aja e di Arusha a catalizzare l'attenzione, da esercitare tramite la comparazione tra le affermazioni in diritto raggiunte giurisdizionalmente e i risultati assunti dalla via pattizia culminata nello Statuto ICC.

E, dunque, per affrontare il tema fondamentale del rispetto del principio di legalità nel diritto criminale internazionale è opportuno collocarci al livello più attuale, che è quello registrabile analizzando l'esperienza giurisprudenziale dei tribunali *ad hoc* da un lato e dall'altro tenendo presente la sistematizzazione proposta dallo Statuto ICC, in particolare dagli artt. 21 e 22.

#### 4. INTERPRETAZIONE DELLE NORME E RISPETTO DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Il principio di legalità nella forma '*nullum crimen sine lege*' è affidato all'art. 22, e dunque alla prima delle norme del Capitolo III, Principi generali del diritto penale. Esso viene articolato nei sottoprincipi di irretroattività, di tassatività e del divieto di analogia.

È affermato anche un criterio interpretativo di *favor rei* ("2. Nel dubbio, deve essere interpretata a favore della persona che è oggetto di un'inchiesta, di azioni giudiziarie o di una condanna").

In questa sede, invece che nell'art. 21, *Applicable law*, viene inserita una

clausola di rispetto del diritto internazionale. Infatti il catalogo dei crimini internazionali contenuto nello Statuto non è esaustivo: ben possono ulteriori fonti introdurre diverse e nuove incriminazioni ("3. Il presente articolo non impedisce che un comportamento sia qualificato come crimine secondo il diritto internazionale, indipendentemente dal presente Statuto").

Particolarmente significativa del metodo di enucleazione della parte generale è la disposizione relativa alla *applicable law* (art. 21).

Le fonti normative vengono distinte in principali e sussidiarie.

Le fonti principali sono, ovviamente, lo Statuto ed il Regolamento di procedura e di prova, nonché i "trattati applicabili ed i principi e le regole di diritto internazionale, ivi compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati". I crimini di guerra vengono riconosciuti come quelli di più indiscussa e consolidata tradizione.

Ma è nei criteri applicabili in via di sussidiarietà ('in mancanza') che la creatività del legislatore internazionale ha potuto esprimersi. Viene enucleata infatti una categoria, nuova per il settore penalistico, quella dei "principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine".

Vige tuttavia, in chiusura, una clausola di compatibilità con le fonti principali ("purché tali principi non siano in contrasto con il presente Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti").

In questa dimensione costitutiva viene inserita anche la regola del precedente, desunta dalla tradizione dei sistemi giuridici di *common law* (CADOPPI, 1999; GORLA, 1980 e 1990; STEIN, 1988), anche se temperata rispetto a quelle realtà e mediata con i sistemi di *civil law*: il precedente qui non è vincolante (*binding precedent*), ma ha, o meglio può avere ("la Corte può"), significato orientativo e *persuasive authority*. "La Corte può applicare i principi di diritto e le norme giuridiche quali risultano dall'interpretazione fornite nelle proprie precedenti decisioni". Ed in effetti la norma registra su questo punto una realtà già vigente, praticata dalla giurisdizione internazionale, quale traspare chiaramente nelle decisioni dei due tribunali, ICTY e ICTR.

Il terzo punto dell'art. 21 indica una ulteriore clausola di compatibilità "con i diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti" ed impone il divieto di discriminazione secondo una serie di criteri elencati (genere sessuale, età, razza, colore, ecc.). È il riconoscimento esplicito e formalmente espresso della istanza dei diritti dell'uomo (vedi nota 8).

Tramite questo sistema viene dunque attribuita al potere giurisdizionale una funzione interpretativa indubbiamente complessa, quale è quella di svolgere una delicata opera di comparazione nell'ambito della "normativa interna di tutti i sistemi giuridici del mondo". Pertanto è alla Corte stessa che compete il compito di formare il diritto, e cioè di enucleare i principi generali di diritto, utilizzando

oltre ai frutti della comparazione anche il criterio del riferimento alla normativa interna. D'altronde, anche prescindendo dal criterio interpretativo sussidiario e restando invece sul piano generale della normativa applicabile, il ruolo della Corte è comunque creativo, perché statutariamente chiamato a supplire ad un *deficit* di legalità, che è dato per scontato e presupposto già nelle determinazioni di questo legislatore tendenzialmente universale. La consapevolezza infatti dello stato ancora embrionale della 'parte generale' (quanto alla 'parte speciale', essa attende di essere, più che completata, precisata con gli elementi di crimini; *infra* § 12) filtra anche dal rinvio a 'principi e regole di diritto internazionale', che ai sensi del punto b) del comma 1 occorrerà pur sempre individuare e definire con certezza. Infine ancor più ambigua e lontana dal soddisfare le garanzie consuetudinarie del diritto penale interno appare la attività affidata ad una entità giudicante di 'ricavare' "i principi generali di diritto in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo", secondo quanto previsto al punto c) del comma 1. La comparazione assume qui una funzione decisiva: è lo Statuto stesso – e cioè il momento di formazione delle norme – ad indicare questa direzione interpretativa alla Corte – e cioè al momento giudiziario –.

##### 5. I TRIBUNALI *AD HOC*: LE PRIME AFFERMAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA TRA DOTTRINA E FONTI NORMATIVE

Procediamo a confrontare questo sistema con la pratica interpretativa risultante dalle decisioni dei tribunali *ad hoc*.

La sinteticità degli statuti è tale che i tribunali internazionali hanno dovuto svolgere una vera e propria opera di supplenza della funzione legislativa. Inizialmente il tribunale dopo un primo momento di riserbo ha legittimato se stesso e la propria competenza, respingendo la eccezione della difesa Tadic che contestava il fondamento giuridico del Tribunale, in quanto istituito dal Consiglio di Sicurezza<sup>25</sup>.

Gli elementi dei crimini internazionali sono stati in più casi integrati dal tribunale che ha determinato i requisiti di fattispecie. Così ha operato la sentenza Tadic per tutti i crimini contro l'umanità e la sentenza Furundzija per la fattispecie di stupro (*infra* § 12).

Quanto alla 'parte generale', che qui più ci interessa, i tribunali hanno dato soluzione a numerosi quesiti in diritto. ICTY si è posto espressamente il problema se un tribunale penale internazionale può fondarsi sul diritto nazionale o

<sup>25</sup> La Camera di prima istanza si è pronunciata il 10 agosto 1995 e la Camera di appello il 2 ottobre 1995; su entrambe PALCHETTI, 1996 e ZAPPALA, 1996, 645 ss.; vedi BALBONI, *supra*.

interno per interpretare lo Statuto<sup>26</sup>. La giurisprudenza ha ricostruito i requisiti dell'elemento soggettivo e del concorso di persone<sup>27</sup>, ha indicato la funzione della pena e la rilevanza giustificatrice dell'ordine del superiore e della costrizione<sup>28</sup>.

A tali creative risultanze la giurisprudenza perviene tramite un particolare rapporto con gli altri formanti del diritto, che la lettura delle decisioni (ma anche degli *indictments*, gli atti di accusa) mette in luce.

Nelle motivazioni delle sentenze – che prevedono anche le opinioni dissenzienti – numerosi sono i riferimenti alla dottrina<sup>29</sup>. Questo costituisce un elemento di rilevante differenziazione rispetto ad un sistema interno, come il nostro, in cui vige il principio opposto del divieto in giurisprudenza del riferimento agli autori di dottrina: può essere citato impersonalmente il contenuto di una posizione dottrinale, ma deve essere omesso il riferimento all'autore. La fonte normativa, nel nostro sistema, è l'art. 118 delle "Disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie"; prescrive un modello generale di "motivazione delle sentenza" che al 4° comma impone "in ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici".

Al contrario, nelle decisioni dei tribunali *ad hoc*, sono copiosi i riferimenti bibliografici, con citazione della fonte, comprensiva della indicazione dell'autore e dell'opera<sup>30</sup>. Occorre anche constatare una innegabile autoreferenzialità, se è vero che vengono citati gli autori che hanno commentato lo Statuto<sup>31</sup> o che sono stati chiamati a ricoprire ruoli istituzionali del tribunale stesso<sup>32</sup>.

L'interpretazione dei tribunali *ad hoc* si giova anche esplicitamente delle indicazioni provenienti dai lavori delle varie commissioni internazionali e dai lavori preparatori degli statuti.

Il rapporto con altre esperienze giurisprudenziali travalica quello, scontato, ai precedenti dello stesso Tribunale e si allarga a comprendere le decisioni dei

<sup>26</sup> Il problema si è posto nel processo Erdemovic (affaire n. IT-96-22-A p. 51/331 bis) relativamente alla validità della dichiarazione di colpevolezza resa dall'accusato. Questi si era dichiarato colpevole, ma al tempo stesso sosteneva di aver agito in stato di costrizione; pertanto la sua ammissione di responsabilità intrinsecamente contraddittoria poteva essere considerata nulla e, conseguentemente, rigettata.

<sup>27</sup> Nei casi Furundzija e Akajesu.

<sup>28</sup> Nel caso Erdemovic.

<sup>29</sup> Sulla particolarità delle motivazioni delle sentenze vedi TARUFFO, 1990, e la bibliografia ivi citata.

<sup>30</sup> Vedi, per esempio, nella sentenza Tadic al § 620 le citazioni in nota di M.C. Bassiouni.

<sup>31</sup> Vedi la ricorrente citazione nella sentenza Tadic di due commentatori dello Statuto ICTY, Morris e Scharf.

<sup>32</sup> Vedi, per esempio, la citazione di Cassese ai §§ 618 e 696 della sentenza Tadic.

Tribunali militari internazionali, della Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, quelle della CJI<sup>33</sup> e della PCIJ, nonché le decisioni dei tribunali interni.

Svolto questo rilievo, ci proponiamo non tanto di ricostruire i singoli istituti di parte generale quali risultano dallo Statuto ICC, quanto di comparare le più significative risultanze della giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* in materia di parte generale con l'assetto adottato nello Statuto ICC.

## 6. COMPETENZA NEL TEMPO E NELLO SPAZIO

Quello della competenza nel tempo è uno dei nodi di più rilevante differenziazione tra i tribunali *ad hoc* e lo Statuto ICC.

Oggi l'art. 11 Statuto ICC, "competenza *ratione temporis*", restringe la competenza della corte ai crimini "commessi dopo l'entrata in vigore del presente Statuto", che, ricordiamo, è stabilita dall'art. 126 al sessantesimo giorno successivo alla data di deposito del sessantesimo strumento di ratifica. Il principio di "non retroattività *ratione personae*" è ribadito all'art. 24 ICC.

Invece la risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 995/1994 relativa allo Statuto ICTR, all'art. 1, limita la competenza ai fatti commessi tra gennaio 1994 e dicembre 1994. Diverso è lo Statuto ICTY, che *ex art.* 1, "persegue le violazioni" commesse sul territorio della ex Jugoslavia dal 1991. E nel testo della Risoluzione n. 827/93 del Consiglio di Sicurezza si legge, oltre al termine *a quo* anche un termine *ad quem*, che in realtà costituisce un auspicio ("scopo di perseguire le persone responsabili di gravi violazioni del diritto umanitario internazionale commesse sul territorio della ex Jugoslavia fra il 1° gennaio 1991 ed una data che sarà fissata dal Consiglio di Sicurezza una volta ristabilita la pace"). È per questo che possono essere perseguiti anche fatti commessi nel corso dell'attuale conflitto. Si pensi alla recente messa in stato d'accusa di Milosevic, e alla recentissima sollecitazione al promuovimento di indagini nei confronti della Nato e dei capi di stato che sono intervenuti militarmente contro il governo serbo.

La istituzione della Corte internazionale ha inteso ovviare alla critica che veniva mossa ai tribunali *ad hoc* di violare il fondamentale principio del divieto di retroattività della legge. È evidente infatti che, per definizione, un tribunale *ad hoc* giudica *ex post facto*, e cioè giudica fatti commessi prima della istituzione del tribunale (ciò vale solo in parte per lo ICTY), e dunque prima del comando del-

<sup>33</sup> Nella sentenza Tadic vedi al § 585 il rinvio alla sentenza CJI dell'affaire Nicaragua, sulla quale si appoggia anche la opinione individuale e dissenziente della giudice Gabrielle Kirk McDonald.

la legge e delle sanzioni. La giustificazione addotta alla violazione del fondamentale principio di garanzia della precostituzione del giudice era che comunque le fattispecie dello Statuto sono espressive del diritto internazionale consuetudinario, in quanto tale previamente conoscibile. Ciò è ribadito in più passaggi della sentenza Tadic, quando il tribunale assume la coincidenza tra le fattispecie incriminatrici dello Statuto e le "regole di diritto internazionale umanitario consuetudinario", in tal modo asserendo di non contravvenire al principio "nullum crimen sine lege" (§ 577).

Interessante è richiamare la soluzione sul punto dell'art. 15 Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 16 dicembre 1966, (traduzione italiana non ufficiale pubblicata sulla *Gazz. Uff.* 7 dicembre 1977 n. 333) "nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale (...). Nulla nel presente articolo preclude il deferimento a giudizio e la condanna di qualsiasi individuo per atti o omissioni che, al momento in cui furono commessi, costituivano reati secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni".

Quest'ultima dizione ricalca quella dell'art. 7, n. 2 CEDU del 1950, che tuttavia impostava il medesimo principio su una diversa dizione: "non costituiva una infrazione secondo il diritto interno o internazionale o era criminale secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili". L'ordine giuridico internazionale si richiama oggi alla comunità delle nazioni, così modernizzando il pregresso riferimento alle nazioni civili.

## 7. COLPEVOLEZZA

Il ruolo creativo della giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* trova conferma anche in merito ai tradizionali istituti di parte generale: colpevolezza, immunità, concorso di persone, concorso di crimini, cause esonerative della responsabilità e della punibilità.

Qui la dimensione internazionale pare comportare sovente un capovolgimento delle consuete regole del diritto penale nazionale (come per esempio in merito alla immunità organica), così privando l'interprete del sostegno dei riferimenti interni.

La colpevolezza è regolata dal principio *nullum crimen sine culpa*. Ma la presenza di numerosi crimini che richiedono come elemento costitutivo una particolare intenzionalità o di essere espressamente animati da determinati motivi (razziali, ecc.) sembra costruire il dolo come necessariamente articolato su una rilevante intensità, tipica nei sistemi interni del c.d. dolo specifico, con le note problematiche inerenti a tale figura. La distanza dal diritto penale interno è ta-

le che ci si pone il quesito sulla punibilità nel diritto internazionale degli atti colposi (CAVICCHIOLI, 1993).

Per contro, nella dimensione internazionale, occorre misurarsi con il fenomeno della particolare dispersione tra più soggetti della volontà criminosa, cui a Norimberga si pose rimedio con la *conspiracy* (GRANDE, 1988; PAPA, 1989) e con la dottrina dell' 'atto di stato' <sup>34</sup>.

La sentenza Tadic elabora i caratteri della 'intenzione' nei crimini contro l'umanità (§ 656 ss.). Occorre:

1. l'intenzione di commettere il crimine di base
2. l'autore deve essere cosciente del contesto più ampio nel quale il fatto è commesso
3. l'atto non deve essere commesso in un disegno puramente personale, senza legame con il conflitto armato.

Non occorre invece la consapevolezza del carattere di atto inumano, e ciò sulla scorta della giurisprudenza canadese del caso R. v. Finta (1994; I.R.C.S., 701).

## 8. FORME DI PARTECIPAZIONE AL CRIMINE

Le forme di partecipazione sono indicate all'art. 25 Statuto ICC ("Responsabilità penale individuale"), che fissa il necessario grado di partecipazione.

La divaricazione dal diritto di Norimberga è notevole.

L'art. 6 della Carta di Londra prevedeva una specifica responsabilità a titolo di *conspiracy*: "I dirigenti, organizzatori, istigatori e complici che partecipano alla elaborazione o alla esecuzione di un piano concertato o complotto per commettere uno dei predetti crimini sono responsabili di tutti gli atti da chiunque commessi in esecuzione di detto piano". Inoltre la norma veniva completata da una inedita previsione riferita alle organizzazioni:

"Art. 9: Il tribunale, nel giudizio di qualsiasi individuo membro di un gruppo o organizzazione, potrà dichiarare, in connessione con atto di cui l'individuo sia ritenuto colpevole, che il gruppo o l'organizzazione di cui l'individuo era membro costituiva una organizzazione criminale.

Art. 10: In tutti i casi in cui il Tribunale avrà decretato il carattere criminale di un'organizzazione o di un gruppo, le competenti autorità di ciascuna potenza firmataria avranno diritto di processare davanti ai tribunali nazionali, militari o di occupazione qualsiasi persona per il fatto di essere stato membro di quel gruppo o di quella organizzazione. In questo caso il carattere criminale del

<sup>34</sup> Vedi § penultimo.

gruppo o dell'organizzazione è da considerarsi accertata e non potrà essere rimesso in discussione".

La natura criminale dell'organizzazione aveva dunque un carattere accessorio rispetto a quella dell'imputato e la qualifica di membro di un'organizzazione criminale poteva costituire titolo autonomo di responsabilità, giacché il carattere criminale del gruppo restava definito irrevocabilmente; costituiva cioè un fatto non contestabile con efficacia pregiudiziale nei processi svoltisi successivamente nei 4 settori della Germania occupata.

Nulla di tutto questo è residuo nello Statuto ICTY (art. 7, Responsabilità penale personale), che disegna le figure di chi "abbia organizzato, istigato, ordinato, commesso o altrimenti aiutato o favorito l'organizzazione, la preparazione o l'esecuzione".

Più discutibile è, all'art. 7, il n. 3: che taluno degli atti "sia stato commesso da un subordinato non solleva il superiore dalla sua responsabilità penale se quest'ultimo sapeva, o aveva ragione di sapere, che il subordinato stava per commettere l'atto in questione, o lo aveva commesso, ed egli ha mancato di adottare tutte le misure necessarie e ragionevoli per prevenire l'atto o per punirne l'autore".

Il criterio dell'"aver ragione di sapere" evoca alla nostra sensibilità una responsabilità 'per posizione' che ha visto risponderne a titolo di concorso chi "non poteva non essere consapevole e partecipe, quanto meno moralmente"<sup>35</sup>.

La regola dell'art. 7 viene legittimata nella sentenza Tadic innanzitutto attribuendole un fondamento di diritto internazionale consuetudinario, che viene ravvisato nella convenzione contro la tortura del 10 dicembre 1984 e in quella contro l'*apartheid* e in alcuni precedenti giurisprudenziali - il caso francese Wagner e l'affaire Dachau -, nonché nella legislazione contro i crimini di guerra in Norvegia e nei Paesi Bassi e, infine, nella legislazione britannica (§ 668).

Si legge ancora in sentenza che l'accusa aveva esortato la Camera di prima istanza a seguire l'esempio della *common law* australiana secondo cui è punito ogni atto partecipativo ivi compresa la mera presenza; ma la difesa (§ 672) aveva eccepito la insopprimibile differenza della nozione di colpevolezza nel diritto comune da quella nella giurisdizione internazionale per violazione del diritto internazionale umanitario. Qui generalmente le persone agiscono in condizioni eccezionali, come può essere considerata una guerra. E quindi il significato della mera presenza deve essere diversamente valutato, secondo un più adeguato criterio.

Stando alla elaborazione della Camera occorre un fattore soggettivo, l'in-

<sup>35</sup> Per l'insostenibilità dell'assunto vedi Cass., Sez. VI, 16 aprile-17 giugno 1998 n. 7240, riferita alla posizione di segretario di un partito politico, in *Guida al diritto*, n. 26 del 4 luglio 1998, 81 e *INSOLERA*.

tenzione, che comprende l'atto di partecipazione coniugato a una decisione deliberata di partecipare pianificando, incitando, ordinando, commettendo o comunque aiutando e incoraggiando la perpetrazione del crimine. Secondariamente occorre un fattore causale, e cioè che la condotta abbia contribuito alla perpetrazione dell'atto illecito. Quanto alla presenza, la partecipazione non esige una presenza o un'assistenza fisica effettiva; d'altronde non è sufficiente la semplice presenza sui luoghi.

## 9. SOGGETTO ATTIVO QUALIFICATO

Con l'art. 27 che sancisce l'"irrelevanza della qualifica ufficiale" assistiamo a un capovolgimento, ad opera del diritto internazionale, del tradizionale concetto di immunità. Si opera cioè un vero e proprio disconoscimento della immunità organica vigente nei diritti penali interni. È evidente infatti che nel diritto internazionale le immunità costituiscono tutt'altro che "situazioni esterne al fatto tipico", tali da giustificare la non punibilità del fatto<sup>36</sup>.

Siamo in presenza di una regola ormai sedimentata del diritto criminale internazionale, che registra l'inversione della corrispondente regola vigente nel diritto interno.

Infatti, a suo tempo la Carta di Londra, all'art. 7 prescriveva: "la posizione ufficiale dell'imputato, sia come capo di stato che responsabile ufficiale negli uffici governativi, non sarà considerata causa né esonerativa di responsabilità né attenuante la pena". Senza soluzione di continuità, lo Statuto ICTY all'art. 7 ("responsabilità penale personale") ribadisce: "la posizione ufficiale della persona imputata, sia che si tratti di un capo di Stato o di Governo, sia che si tratti di un funzionario governativo responsabile, non solleva tale persona dalla propria responsabilità penale, né può mitigare la pena".

La regola è tanto forte da produrre influenze nel diritto interno: la Francia ha modificato in tal senso la Costituzione, considerandolo un intervento consequenziale alla ratifica dello Statuto ICC.

## 10. CAUSE ESONERATIVE DELLA RESPONSABILITÀ E DELLA PUNIBILITÀ

Nello Statuto ICC, al Capitolo III, "Principi generali del diritto penale", si leggono anche una serie di norme che risultano innovative rispetto alla tra-

<sup>36</sup> Vedi l'art. 3 c.p., di discussa natura (MANTOVANI, 1992, 22).

dizione dei precedenti statuti – tranne l'“ordine del superiore gerarchico e ordine di legge”, disciplinata all'art. 33. Ci riferiamo ad una serie di istituti che i sistemi di *common law* raccolgono sotto l'eterogenea categoria delle *defences*<sup>37</sup>:

- esclusione di giurisdizione per persone di età inferiore a 18 anni (art. 26)
- responsabilità dei capi militari e di altri superiori gerarchici (art. 28)
- motivi di esclusione dalle responsabilità penali:
  - A. Malattia o deficienza mentale
  - B. Stato di intossicazione
  - C. Ragionevole difesa
  - D. Coercizione (art. 31)
- errore di fatto o errore di diritto (art. 32).

È la prima volta che viene tentata una tale sistematizzazione.

Infatti il progetto del Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità del 1991, elaborato dalla Commissione del Diritto Internazionale, nel capitolo dedicato ai principi generali, prevedeva solo una norma specifica in materia che si limitava a contenere un rinvio ai principi generali di diritto. Il punto resterà invariato anche nel testo del 1996, all'art. 14 (“*Defences and extenuating circumstances*”):

“1. Il Tribunale potrà determinare la ammissibilità di *defences* secondo i principi generali di diritto in linea con il carattere di ciascun crimine.

2. Nel determinare la pena la Corte potrà se lo riterrà congruo tener conto di circostanze attenuanti”.

Anche l'art. 7 dello Statuto ICTY tace sulla applicabilità di cause di giustificazione o di cause di esclusione della colpevolezza.

L'unica tematica non innovativa è quella dell'ordine del superiore gerarchico, che si presenta per più aspetti connessa e confusa a quella del costringimento psichico (CAVICCHIOLI, 1997).

Su questo punto l'art. 7, comma 4 dello Statuto ICTY è identico all'art. 8 dello Statuto di Norimberga<sup>38</sup>: l'obbedienza agli ordini dei superiori non è una esimente, ma solo una attenuante.

A Norimberga si cercò di temperare il rigore dell'art. 8 che attribuiva all'ordine del superiore gerarchico solo efficacia di mera attenuante. D'altronde a Norimberga gli imputati avevano tutti occupato cariche importanti nella gerarchia militare e politica; e perciò in concreto il problema della invocabilità non si pose poiché fu escluso che le conseguenze di un'eventuale disobbedienza agli or-

<sup>37</sup> VINCIGUERRA, 1992; BASSIOUNI, 1985; GRANDE, 1993.

<sup>38</sup> Art. 8: “Il fatto che l'accusato abbia agito seguendo l'ordine del suo governo o di un suo superiore non lo esonera da responsabilità ma può mitigare la pena, se il tribunale decide che lo richiede la giustizia”.

dini potessero configurare gli estremi della costrizione morale. Furono invece le giurisdizioni alleate e quelle tedesche, chiamate a giudicare i crimini minori sulla base della l. n. 10 del consiglio di controllo per la Germania, a dover affrontare il problema di stabilire la responsabilità di chi aveva rivestito ruoli di secondo piano nell'attuazione dei piani criminosi e che sovente invocava l'eccezione della costrizione morale o dello stato di necessità congiuntamente a quella dell'ordine superiore.

Il tema è stato affrontato dall'ICTY nella sentenza Erdemovic del 29 novembre 1996. L'imputato è stato dichiarato colpevole di crimini contro l'umanità in quanto responsabile dell'uccisione di un notevole numero di persone nel corso dell'esecuzione di massa di circa 1200 civili. Erdemovic, pur essendosi dichiarato colpevole dei crimini ascrittigli, aveva eccepito di aver agito unicamente al fine di salvare la propria vita e quella dei propri familiari, e quindi di aver agito in stato di necessità determinato dalle altrui minacce. La Corte non ha concretamente ravvisato gli estremi di fatto della costrizione, ma ne ha implicitamente ammesso la efficacia scusante totalmente esonerativa, in quanto determinerebbe una assenza di scelta morale. Pur avendo individuato in termini assai stretti i requisiti della scusante, la ricostruzione è stata criticata (CAVICCHIOLI, 1997) in quanto non espressiva di principi generali; inoltre, non solo la rilevanza esonerativa del costringimento psichico potrebbe essere esclusa a priori in forza della precipua grave natura di questi crimini, ma il ritenuto requisito della proporzione fra il fatto commesso e il pericolo subito potrebbe rendere di fatto inapplicabile la costrizione psichica ogni qualvolta di fronte al pericolo per la propria vita l'agente provochi la morte di due o più persone.

## 11. SISTEMA SANZIONATORIO ED ESECUZIONE DELLE PENE

Nello Statuto ICC il sistema sanzionatorio è ispirato al principio *nulla poena sine lege*<sup>39</sup> sancito dall'art. 23, è impostato sulle pene della reclusione e dell'ergastolo e dunque sulla privazione della libertà personale, così allineandosi al modello del primato della sanzione detentiva<sup>40</sup>, ed è disciplinato al Capitolo VII ('Pene'), dagli artt. 77 e 80, che dispone tra l'altro per un 'fondo di garanzia del-

<sup>39</sup> "Non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso. Se posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne". Così l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 16 dicembre 1966, traduzione non ufficiale pubblicata sulla *Gazz. Uff.* 7 dicembre 1977 n. 333.

<sup>40</sup> L'art. 77 prevede, in via aggiuntiva alla reclusione, anche l'ammenda e la confisca.

le vittime' (art. 79). È regolata anche l'esecuzione, al Capitolo X (artt. 103-111), (CHIAVARIO, 1999, 1010).

Trattasi di un sistema ben diverso da quello di Norimberga. La Carta di Londra e gli altri Tribunali internazionali militari prevedevano la pena di morte, poi effettivamente inflitta ed eseguita, che oggi è stata superata sotto la spinta del riconoscimento dei diritti umani.

Ma soprattutto era diverso il raccordo tra sistema sanzionatorio interno e quello 'internazionale'. Allora eravamo in presenza di un sistema di attuazione diretta (*direct enforcement system*), come solo potevano consentirselo le potenze vincitrici della guerra che esercitavano l'esecuzione delle pene direttamente in forza di propri poteri – assimilabili piuttosto a quelli di tipo interno che non a quelli di tipo internazionale –.

Diversamente, sia gli statuti ICTY (art. 24) e ICTR (art. 23), sia lo Statuto ICC, non possono non adottare il sistema a esecuzione indiretta, che procede, per incorporazione, tramite il rinvio alle norme penale nazionali e dunque tramite l'apparato punitivo interno. Non si dimentichi inoltre la natura 'complementare' della giurisdizione criminale internazionale, che si premura di salvaguardare la "autonomia della applicazione delle pene ad opera degli stati e della legislazione nazionale" (art. 80).

In assenza di una qualunque disposizione orientativa sulla funzione della pena è ancora una volta la giurisprudenza che si è dovuta porre il relativo problema. Leggiamo così nella sentenza Erdemovic<sup>41</sup> che la funzione della pena in un crimine contro l'umanità è preventiva e retributiva, ove la funzione essenziale consiste nello stigmatizzare un comportamento criminoso che ha colpito uno dei valori fondamentali dell'intera umanità, mentre la funzione di emenda assume un significato secondario; inoltre è considerato un punto fermo che la pena non debba essere aggravata dalle sue condizioni di esecuzione.

Mancano disposizioni orientative sulla scala delle pene applicabili e sui principi generali che presiedono alla determinazione della pena in materia di crimini contro l'umanità, (§ 22 ss.). In tale carenza di indicazioni sulla durata della pena per i crimini contro l'umanità la Camera di primo grado ricorre sia ai principi generali di diritto comuni all'insieme delle nazioni sia al codice penale della ex Jugoslavia, giungendo alla condanna a dieci anni di reclusione alla stregua del criterio di applicare le pene più severe previste, sul presupposto che nessun accusato può pretendere di avere ignorato al momento della commissione il carattere criminale degli atti che egli commetteva e la gravità delle pene che erano previste (§ 39).

<sup>41</sup> Vedi la decisione 29 novembre 1996 riportata integralmente in *Riv. dir. int.*, 1997, 447 ss.

## 12. CRIMINI DI COMPETENZA DELLA CORTE

È sufficiente una prima lettura degli statuti per cogliere come l'evoluzione storica delle tipologie dei crimini internazionali sia nel senso dell'ampliamento. Se rilevante risulta la distanza che separa la breve elencazione dello Statuto di Norimberga dalla più ampia tavola dei crimini contemplati agli statuti ICTY e ICTR, ancor maggiore essa risulta se paragoniamo tali statuti con la corrispondente parte dello Statuto ICC, alquanto ricco di fattispecie.

La delicatezza politica della scelta convenzionale di quali condotte costituiscano crimini internazionali è comprensibile (VASSALLI, 1999). Il risultato raggiunto il 17 luglio 1998 è stato frutto di una attenta azione diplomatica, oscillante tra la necessità di allargare l'arco delle condotte e quella di non ridurre in partenza l'arco dei paesi favorevoli (in votazione lo Statuto ha raccolto alcuni significativi voti contrari: Usa, Cina, India, Israele; a tutt'oggi solo 7 paesi hanno ratificato).

Le suscettibilità sono state di vario ordine. La più scoperta è quella relativa al crimine di aggressione, che, come si legge all'art. 5 Statuto ICC, costituisce crimine di competenza della Corte, ma che, in mancanza di accordo, non è stato definito. Così il punto 2 rinvia la definizione della guerra di aggressione ad una futura disposizione, da adottarsi secondo la procedura prevista per gli emendamenti dagli artt. 121 e 123. Altro punto spinoso è stato quello relativo alla "forced pregnancy" (art. 7 f), legata alla pulizia etnica: il differente termine inizialmente proposto, "enforced", avrebbe potuto consentire l'incriminazione degli stati antiabortisti.

Quanto alla generalità delle fattispecie, chiarezza e precisione non possono non risultare problematiche.

All'indeterminatezza generale intende supplire lo Statuto stesso, laddove all'art. 9 prevede sia che i crimini siano successivamente integrati da *elements of crimes*, adottati dall'Assemblea degli Stati Parte a maggioranza di due terzi dei membri, sia che possano essere proposte modifiche agli elementi costitutivi dei crimini. La disposizione impone esclusivamente un criterio di compatibilità rispetto allo Statuto sia degli elementi che delle modifiche. I lavori del *Working Group on Elements of Crimes* sono già in corso.

D'altronde, storicamente, il rimedio al *deficit* di legalità degli statuti è stato costituito dalla giurisprudenza dei tribunali internazionali. Così fu per il tribunale internazionale militare di Norimberga. Così è tuttora per i tribunali *ad hoc*. Così è anche per determinatezza e tassatività delle fattispecie incriminatrici.

Già l'art. 6 dello Statuto di Norimberga prevedeva, *in nuce*, tre tipologie di crimini: i crimini contro la pace, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità. Ma l'accusa pose in evidenza l'istituto della *conspiracy*, complotto o piano concertato per il quale occorre le due condizioni dell'*agreement* (accordo fra i

partecipanti) e *common plan* (piano comune) diretti a commettere un illecito. Invece il Tribunale abbandonerà le imputazioni di complotto diretto a commettere crimini di guerra (art. 6 b: I crimini di guerra sono “violazione delle leggi e degli usi di guerra. Queste violazioni comprendono, senza limitarsi a questo, l’assassinio, i maltrattamenti, la deportazione a fini di lavoro forzato o per altri scopi di popolazioni civili nei territori occupati, l’assassinio e i maltrattamenti di prigionieri di guerra e di naufraghi, l’esecuzione di ostaggi, il saccheggio di beni pubblici e privati, la distruzione senza motivo di città e villaggi e le devastazioni non motivate da esigenze militari”) o a commettere crimini contro l’umanità (art. 6 c: Sono “l’assassinio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e ogni altro atto disumano commesso contro popolazioni civili durante la guerra o prima, nonché le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi quando queste, costituiscano o no violazione delle leggi interne dello Stato nel quale sono compiute, siano stati seguiti da crimini che rientrano nelle competenze del Tribunale o in connessione con essi”). La *conspiracy* sarà considerata solo in riferimento alla guerra di aggressione, e cioè ad un crimine contro la pace (art. 6 a: “direzione, preparazione, scatenamento o prosecuzione di una guerra di aggressione o di una guerra in violazione di trattati, impegni o accordi internazionali o la partecipazione ad un complotto o piano concertato per compiere qualcuna delle suddette azioni”). Di fatto i crimini contro l’umanità, nonostante la dizione fosse usata per la prima volta in senso tecnico proprio nella carta di Londra, ebbero scarso riconoscimento, tanto che finirono per essere assorbiti dai crimini di guerra: costituivano due capi d’accusa distinti, che tuttavia finirono accomunati, di tal ché le condotte presentarono il doppio carattere di crimini di guerra e crimini contro l’umanità.

Anche la giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* è stata costretta ad intervenire creativamente nella materia dei crimini contro l’umanità. La strada è stata tracciata dalla già citata sentenza Tadic Quali sono i requisiti di applicabilità dei crimini contro l’umanità? E quali i loro elementi costitutivi alla luce delle enunciazioni dell’art. 5 Statuto ICTY?

La Corte si premura di evidenziare il carattere consuetudinario dei crimini contro l’umanità, ma deve costatare che lo Statuto è più restrittivo della consuetudine, che non esige un legame dei crimini contro l’umanità con un conflitto armato. Tuttavia lo Statuto non definisce tale legame, e dunque la Camera di prima istanza deve svolgere opera interpretativa in proposito. A parte il senso della conclusione (“nell’ambito di un conflitto armato” viene inteso come “durante un conflitto armato”), quel che qui ci interessa è come il Tribunale vi perviene. Si legge dunque al § 631: “L’Arrête de la Chambre d’appel est pertinent en ce qui concerne cette question de l’interprétation du Statut. Dans son analyse de l’article 3, la Chambre d’appel a remarqué que lorsque des Membres du Conseil de sécurité font des déclarations interprétatives qui ne sont pas contestées par d’autres délégations ‘elles peuvent être considérées comme une interprétation faisant autorité des dispositions

*pertinentes du Statut. Point plus important encore, plusieurs membres permanents du Conseil de sécurité ont indiqué qu'ils interprètent l'expression 'lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé'. Ces déclarations n'ont pas été contestées et peuvent de ce fait, dans l'esprit de l'Arrêt de la Chambre d'appel, être considérées comme étant des interprétations faisant autorité de ce passage de l'article 5".*

Invece, per interpretare il requisito secondo cui i crimini contro l'umanità devono essere "diretti nei confronti di popolazioni civili", la Camera si appoggia alla giurisprudenza interna francese, e cioè al caso Barbie, che nel 1985 aveva dovuto valutare, sia pur ai fini della imprescrittibilità, se i membri della resistenza potessero essere considerati vittime di crimini contro l'umanità (la decisione sul punto è che devono essere considerati civili anche dei resistenti che abbiano depresso le armi: nella specie si trovavano in ospedale).

E ancora, per valutare se sia sufficiente un atto unico commesso da un autore oppure occorra una perpetrazione generalizzata o sistematica degli atti, il Tribunale cita la CDI e l'art. 18 del Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, nonché registra una giurisprudenza oscillante dei tribunali britannici e americani dopo la seconda guerra mondiale. Opta infine per la soluzione affermata nel caso Barbie e appoggiata dalla dottrina, per cui è sufficiente un atto unico, purché faccia parte di un contesto specifico (§ 649).

Sempre in tema di crimini contro l'umanità, il Tribunale introduce un elemento costitutivo non previsto, quello che le 'azioni' siano "ispirate dalla discriminazione". Tale elemento non compare nello Statuto ICTY e non compariva nella Carta di Londra, mentre compare nello Statuto ICTR. Il tribunale parte dalla constatazione che il diritto in proposito è "assai indeciso" (trad. nostra § 650), ma procede all'ampliamento, ispirandosi al concetto che "una qualche forma di intenzione discriminatoria è implicita nella nozione di crimine contro l'umanità", e ravvisando le fonti permissenti nel Rapporto del segretario generale e nell'indicazione in senso ampliativo di "parecchi membri del Consiglio di Sicurezza".

Si consideri il crimine di persecuzione, inserito dall'art. 5, punto h, tra i crimini contro l'umanità. La definizione è generica e sommaria, né può trovare supporto nella tradizione storica, posto che "nessun grande sistema mondiale di giustizia penale definisce la persecuzione" (così riconosce la sentenza Tadic, § 694).

Si consideri ancora la totale indeterminatezza della clausola di chiusura all'elenco dei crimini contro l'umanità - art. 5, lett. i: altri atti disumani (sentenza Tadic, § 727 ss.).

Ancor più significativa è l'esperienza creativa della sentenza Furunzija del 10 dicembre 1998 circa la fattispecie di stupro (art. 5, lett. g, Statuto ICTY)<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> § 163 ss. Sullo stupro come arma di pulizia etnica vedi BASSIOUNI, 1997, 88 ss. e 229 ss., nonché come strumento di genocidio vedi la sentenza Akayesu e le riflessioni di FRONZA, *infra*.

Premessi alcuni cenni al diritto internazionale umanitario e alle convenzioni relative ai diritti dell'uomo, la Camera di prima istanza constata che lo stupro (*rape, viol*) non ha alcuna definizione nel diritto internazionale. E tuttavia si propone di giungere ad una definizione 'precisa' e di rispettare il principio di legalità ("principle of specificity, Bestimmtheitsgrundsatz, espressi dal brocardo latino *nullum crimen sine lege strictua*"). Il metodo adottato è quello di ricercare i principi di diritto penale comuni ai grandi sistemi giuridici, ricorrendo, con prudenza, a trarli anche dal diritto interno (§ 177). Così si legge al § 178: "*Lorsque les règles de droit pénal international ne définissent pas une notion de droit pénal, il est légitime de se tourner vers le droit interne, étant entendu que: (i) sauf stipulation expresse par une règle en droit internationale, on ne peut se limiter à un seul système juridique national comme, par exemple, celui d'un des pays de la common law ou de tradition civiliste. Les juridictions internationales doivent, au contraire, tirer parti des concepts généraux et des institutions juridiques communs à l'ensemble des grands systèmes juridiques. Elles doivent dès lors s'attacher à dégager les dénominateurs communs à ces systèmes et, en particulier, les notions de base que ceux-ci ont en commun; ii) on doit tenir compte de la spécificité des procédures pénales internationales lorsqu'on utilise des notions juridiques nationales puisqu' aussi bien 'un certain nombre de caractéristiques distinguent les procès internationaux des procédures pénales nationales'. On évite ainsi une introduction ou une transposition mécanique du droit interne dans les procédures du droit pénal international ainsi que l'altération corrélatrice des traits singuliers de ces procédures*".

### 13. CRIMINI INTERNAZIONALI INDIVIDUALI E DELLO STATO

Un chiarimento si impone. In questa sede non parliamo dei crimini internazionali dello stato, ma di quelli individuali (per le distinzioni e sovrapposizioni vedi RONZITTI, 1998b). Lo indica con chiarezza l'art. 1 Statuto ICC ("esercitare il suo potere giurisdizionale sulle persone fisiche") e lo ribadisce l'art. 25 "Responsabilità penale individuale" che al punto 4 distingue: "Nessuna disposizione del presente Statuto relativa alla responsabilità penale degli individui pregiudica la responsabilità degli stati nel diritto internazionale". Così lo spinoso problema di una responsabilità penale degli stati è contemplato (art. 25, 4), adottando una soluzione di mediazione tra le due opposte tesi relative alla ammissibilità di un tale titolo di responsabilità, ma solo per rinviarne la soluzione a successiva sede nell'intento di superare la suscettibilità delle sovranità statali e le difficoltà soprattutto dei sistemi di *civil law* – anche se già grandi passi si stanno compiendo nel superamento del principio della responsabilità penale esclusivamente individuale: ci riferiamo al codice penale fran-

cese (De SIMONE, 1995) e al *Corpus Juris* europeo (GRASSO, 1997 e DE SIMONE, 1999).

Problema ancora diverso è quello della responsabilità delle organizzazioni.

Anche i tribunali *ad hoc*, *ratione personae*, hanno competenza solo per le persone fisiche (art. 6 ICTY e art. 5 ICTR). Così fu anche per Norimberga con la particolarità – già sottolineata – della facoltà attribuita al tribunale di dichiarare formalmente che l'individuo faceva parte di un gruppo o di una organizzazione criminale.

Del resto il problema politico reale è piuttosto quello degli autori non statali per le violazioni che abbiano assunto un carattere di sistematicità (art. 4 ICTY, art. 3 ICTR, art. 7 ICC).

Emerge ancora una volta la dicotomia tra l'affermazione di forte valore simbolico di una responsabilità che superi quella meramente individuale e la difficoltà a ricostruire, tanto più in situazioni eccezionali, elementi di responsabilità penale che sono assoggettati necessariamente ad un fenomeno di dispersione, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo.

#### 14. LA COMPARAZIONE E IL SUO APPORTO AL DIRITTO CRIMINALE INTERNAZIONALE

L'aspetto emergente del diritto criminale internazionale appare – in sintesi – quello della dinamica creativa che lo anima, in tutti i suoi formanti: legge, giurisprudenza e dottrina.

Occorrerà redigere un bilancio – giuridico e storico – dei sacrifici che questo percorso fondante ha comportato sinora per il principio di legalità, considerato in tutte le sue accezioni.

Certo, risulta difficile individuare una sede che possa consentire il rispetto pieno della legalità e che non sia quella pattizia e convenzionale. È innegabile infatti che solo il momento pattizio può permettere di conferire la necessaria certezza e conoscibilità a diritti penali consuetudinari<sup>43</sup>, di bandire applicazioni retroattive e di articolare disposizioni, precetti e sanzioni, chiari e precisi.

Queste valutazioni e questa esigenza sembrerebbero ispirarsi ad un punto di vista di *civil law* e di asserito privilegio della legge positiva<sup>44</sup>. Ma è l'ordine giuridico internazionale a rendere imprescindibile una logica pattizia, di accor-

<sup>43</sup> È questo della consuetudine uno dei punti di maggior conflitto tra internazionalisti e penalisti.

<sup>44</sup> Per una critica dei tradizionali criteri di distinzione tra *civil* e *common law*, CADOPPI, 1999.

do tra gli stati, quale infatti si sta tentando di realizzare con lo Statuto di Roma dell'ICC; vedremo in futuro con quale esito sotto il profilo della praticabilità politica.

Fin d'ora emerge il ruolo centrale giocato dalla comparazione<sup>45</sup>.

Il diritto criminale internazionale può costituire oggetto di comparazione rispetto ai diritti interni e rispetto al diritto internazionale. Già in questo lavoro abbiamo sottolineato alcuni profili, che ci hanno portato a rilevare distanze nette in merito al rispetto del principio di legalità e in merito a vari istituti di parte generale: elemento soggettivo, concorso di persone, ordine del superiore, immunità, responsabilità ultraindividuale.

La distanza è tale da indurre a domandarsi se la distanza sia irriducibile finché la responsabilità penale resti ancorata ai modelli interni che tuttora sono incentrati sulla responsabilità dei soggetti individuali, rispetto alle quali la dimensione internazionale è sovente inadeguata e pretende categorie diverse.

Quanto alla 'parte speciale', la diversità delle fattispecie dei crimini internazionali potrebbe apparire radicale e scontata. Eppure stiamo assistendo ad un ingresso dei crimini – quanto al settore dei crimini contro l'umanità – negli ordinamenti penali interni, secondo il modello della giurisdizione universale e dunque ad una compenetrazione tra i due sistemi fondati su una espansione delle giurisdizioni penali interne (così Francia e Spagna, *supra* § 1). Ed anche su questo punto la comparazione è lo strumento per ricostruire le linee dell'odierno panorama complessivo.

Ma l'aspetto sicuramente più interessante è quello fondante del diritto criminale internazionale (JESCHECK, 1965; BERNARDI, 1994; DAVID, 1994). Esso è sin d'ora nettamente rilevabile dalle sentenze dei tribunali *ad hoc*, in cui numerosi sono i riferimenti ai diritti interni e alle 'famiglie' di diritto, alla ricerca di un diritto espressivo della comunità internazionale. Di questa dinamica sono manifestamente consapevoli i giudici dei tribunali *ad hoc*, che così si esprimono: "Il diritto internazionale è frutto di una 'combinazione' ed 'amalgama' caratterizzata dalla sua unicità e differenziata dai diritti penali interni", nonché "prodotto della decantazione progressiva dei concetti e delle regole penali interne nel ricettacolo internazionale"<sup>46</sup>.

Così è già stato – lo abbiamo visto – per le decisioni dei Tribunali *ad hoc*; così è per la attività di elaborazione di un diritto criminale internazionale, che

<sup>45</sup> Non interessa affrontare la problematica della natura della comparazione, se scienza giuridica o mera disciplina metodologica che peraltro viene indicata come una *querelle* ormai superata da una effettività di utilizzo (GORLA, 1989; PRADEL, 1995; DE VERGOTTINI, 1999; PEGORARO, 1998).

<sup>46</sup> Cassese, nella sua opinione individuale e dissenziente alla Camera d'appello nel caso Erdemovic, 7 ottobre 1997.

tenda a essere espressivo di un diritto penale comune, filtrato dai grandi sistemi giuridici proprio perché postula una conoscibilità potenzialmente universale. Ad dirittura, lo abbiamo notato, la funzione promozionale, e cioè la funzione tradizionalmente riconosciuta al diritto comparato, è stata normativizzata (Statuto ICC art. 21), valorizzando l'opera di comparazione giuridica in senso stretto, che si diversifica sia dallo studio del diritto straniero sia dalla integrazione tra diritto criminale internazionale e diritto interno.

A quale confine deve arrestarsi l'immaginario penalistico?

La coscienza del limite deve poggiare, da una parte, sulle risultanze di una riflessione che consideri il diritto criminale internazionale, allo stato attuale e nella sua evoluzione storica, in tutti i suoi tre formanti, legge, giurisprudenza e dottrina, e, dall'altra parte, sul confronto con altre contestuali e differenziate esperienze.

Ci riferiamo non solo alle due diverse direzioni della coercizione penale, quella della istituzione su base pattizia di una Corte internazionale, quale organo giurisdizionale unico, e quella della giurisdizione decentrata della repressione dei crimini internazionali ad impulso a ogni stato, cioè agli ordinamenti interni, ma anche ad esperienze non fondate sul diritto penale, quale è quella delle Commissioni verità e riconciliazione che hanno costituito un altro modo di affrontare i problemi della transizione in quei sistemi che nella loro storia hanno purtroppo conosciuto la perpetrazione di crimini internazionali (GENTILI e LOLLINI, in questo volume). Questo lavoro vuole contribuire ad una riflessione diretta a quel confronto.

Né si dovrà mancare di considerare la fortissima carica simbolica della giustizia criminale internazionale e le sue ricadute verso un rafforzamento della domanda panpenalistica che agita molti sistemi nazionali.