



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

TEMPO, MEMORIA E DIRITTO PENALE



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

Bologna - Febbraio / Dicembre 2018

ISSN 2240-7618

**4/2018**

#### EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

#### EDITORIAL BOARD

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

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

#### EDITORIAL STAFF

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

#### EDITORIAL ADVISORY BOARD

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

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

# Dal trattato di Versailles allo Statuto di Roma

## *Del Tratado de Versailles al Estatuto de Roma*

## *From the Treaty of Versailles to the Rome Statute*

FLAVIA LATTANZI

*Professore di Diritto Internazionale Presso la LUISS Guido Carli*  
*flattanzi@luiss.it*

GIUSTIZIA PENALE DI TRANSIZIONE

JUSTICIA PENAL TRANSICIONAL

TRANSITIONAL CRIMINAL JUSTICE

---

### ABSTRACTS

Il presente contributo ripercorre il lungo cammino, seppur recente, della giustizia penale internazionale, e cioè la giustizia amministrata da meccanismi giudiziari internazionali nei confronti degli individui che commettano crimini di rilevanza internazionale di particolare gravità. La ricostruzione prende le mosse dal Codice Lieber e dal nucleo originario dei crimini di guerra, passando per i processi di Norimberga e Tokyo, i Tribunali penali internazionali per la ex-Jugoslavia e il Ruanda, giungendo sino alla Corte Penale Internazionale. Oltre a fornire una descrizione della storia della giustizia penale internazionale, si dà conto tanto dei contributi più rilevanti offerti in questa materia dalla giurisprudenza internazionale, quanto di alcune criticità di tale giurisprudenza. Il contributo propone infine alcune riflessioni sul futuro della giustizia penale internazionale amministrata dalla Corte permanente.

El presente trabajo recorre el largo camino de la justicia penal internacional, ésta es, la justicia administrada por mecanismos judiciales internacionales en contra de individuos que cometen crímenes de relevancia internacional de particular gravedad. La reconstrucción parte del Código Lieber y del núcleo originario de los crímenes de guerra, pasando por los procesos de Nuremberg y Tokio, los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, llegando hasta la Corte Penal Internacional. Además de describir la historia de la justicia penal internacional, se da cuenta tanto de las principales contribuciones de la jurisprudencia internacional, así como de algunas críticas a tal jurisprudencia. El trabajo propone finalmente algunas reflexiones sobre el futuro de la justicia penal internacional administrada por la Corte permanente.

This paper traces the long - albeit recent - journey of international criminal justice, meant as justice administered by international judicial mechanisms against individuals who commit serious crimes that raise international concern. This reconstruction departs from the Lieber Code and the original core of war crimes, passing through the Nuremberg and Tokyo trials, the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, till the International Criminal Court. In addition to providing a description of the history of international criminal justice, this paper discusses both the most relevant contributions offered in this field by international jurisprudence, as well as some critical points of this jurisprudence. Finally, the contribution offers some reflections on the future of international criminal justice administered by the permanent Court.

## SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. La (fallita) giustizia per le vittime dei crimini della I guerra mondiale. – 2.1. La guerra di aggressione, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità alla Conferenza di pace di Parigi. – 2.2. Le disposizioni del Trattato di Versailles e del Trattato di Sèvres. – 3. La giustizia per le vittime dei crimini della II guerra mondiale. – 3.1 Premessa. – 3.2 Norimberga e Tokyo. – 4. La giustizia penale internazionale nell'era delle Nazioni Unite. – 4.1 Premessa. – 4.2. Il TPIY e il TPIR. – 5. La Corte Penale Internazionale. 5.1 L'istituzione della CPI. – 5.2 La struttura della CPI. – 5.3 La competenza *ratione materiae*. – 5.4 Il fondamento della competenza. – 6. Il meccanismo di attivazione. – 6.1 Il principio di complementarità. – 6.2 La cooperazione degli Stati con la Corte. – 7. Brevi osservazioni sul futuro della CPI.

## 1.

## Introduzione.

La giustizia penale internazionale, e cioè la giustizia amministrata da meccanismi giudiziari internazionali nei confronti degli individui che commettono crimini di rilevanza internazionale di particolare gravità, è sorta e si è sviluppata di recente.

Questi meccanismi hanno portato allo sviluppo di un complesso organico di norme sostanziali e procedurali di diritto internazionale penale (DIP), una branca del diritto internazionale che è sorta in tempi pregressi, ma che a lungo ha semplicemente riguardato la categoria dei crimini di guerra, e cioè le violazioni gravi del diritto dei conflitti armati internazionali, la cui criminalizzazione aveva un tempo la sua fonte solo nel diritto internazionale consuetudinario.

La repressione degli autori di tali crimini di guerra restava però di competenza delle sole giurisdizioni nazionali interessate a conoscerne e quindi nella misura in cui il diritto interno lo permettesse. E' così che, a partire dal Codice Lieber, alcuni Stati decisero di codificare il diritto di guerra prevedendo tanto dei limiti a una violenza realizzata con le c.d. "crudeltà inutili", in violazione dei "principi di civiltà", quanto la giurisdizione sui trasgressori, che fossero nazionali o nemici.

Nel corso del conflitto, i crimini di guerra erano però perseguiti soprattutto dallo Stato nemico e, a conflitto concluso, soltanto, e marginalmente, dallo Stato di appartenenza. Dico marginalmente, poiché nei trattati di pace era generalizzata la prassi delle amnistie che, con un colpo di spugna, in nome della pacificazione internazionale, gettavano nell'oblio gli orrori della guerra.

Sebbene la repressione dei crimini di guerra restasse nelle mani delle giurisdizioni interne degli Stati di buona volontà, il diritto internazionale, oltre a prevedere la fattispecie criminosa, permetteva altresì la deroga alle immunità diplomatiche dalla giurisdizione straniera, nonché alle immunità personali operanti a favore di alcuni organi posti ai vertici dell'organizzazione statale. Inoltre, il diritto internazionale, che normalmente attribuisce allo Stato i comportamenti dei suoi organi, nel caso dei crimini di guerra commessi da tali organi li attribuiva altresì – e tuttora li attribuisce – agli stessi individui. La responsabilità dello Stato restava nelle sue forme classiche, ma ad essi si aggiungeva dunque la responsabilità penale degli individui autori.

Sono proprio queste intromissioni del diritto internazionale nella qualificazione dei crimini e nella loro repressione – intromissioni che tuttora operano e si sono gradualmente estese – che per i crimini di guerra la responsabilità dell'individuo autore era già in tempi pregressi configurata come una responsabilità penale internazionale.

Ma, nonostante ci sia stato secoli addietro qualche tentativo di processare a livello internazionale organi statali autori di crimini di guerra, è solo dopo gli orrori della I guerra mondiale che emerse l'interesse della comunità internazionale a chiudere con la prassi delle amnistie generalizzate nei trattati di pace e a non lasciare unicamente alla libera scelta degli Stati la repressione delle violazioni del diritto dei conflitti armati e di altre gravi violazioni del diritto internazionale. Da allora, sebbene il detto interesse sia risultato frustrato da successivi interessi di potenza soprattutto degli Stati vincitori della I guerra mondiale, il seme gettato nei Trattati di pace di Versailles e Sèvres è maturato fino a portare agli sviluppi successivi al II conflitto mondiale e, dopo un arresto provocato dalla guerra fredda, tale seme ha ripreso a germogliare fino ai più recenti sviluppi della giustizia penale internazionale.

Vedremo così che il diritto internazionale è ora assai intrusivo in materia di crimini di ri-

levanza internazionale. Il diritto internazionale penale, che viene applicato dai meccanismi di giustizia penale internazionale e marginalmente anche dalle giurisdizioni domestiche, è infatti ormai costituito dalle norme che definiscono le fattispecie criminose, da quelle che contemplano le forme di responsabilità e le scusanti, da quelle che regolano il processo penale internazionale, da quelle che prevedono la competenza dei tribunali penali internazionali e misti a prescindere dalla qualifica organica degli autori e da quelle che impongono anche agli Stati tanto di cooperare con i suddetti meccanismi quanto di esercitare la loro stessa giurisdizione sugli autori di crimini di guerra, crimini contro l'umanità, atti di genocidio, atti di aggressione, a prescindere - ma qui solo in parte - dalla loro qualificazione organica.

## 2.

### La (fallita) giustizia per le vittime dei crimini della I guerra mondiale.

## 2.1.

### La guerra di aggressione, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità alla Conferenza di pace di Parigi.

*i.* Durante la I guerra mondiale, il primo conflitto armato internazionale che abbia coinvolto anche le popolazione civili, sono stati commessi crimini di guerra sistematici non solo contro il militare nemico, ma anche contro i civili, nonché perfino crimini su larga scala contro i propri co-nazionali, come lo furono i massacri degli Armeni nell'Impero ottomano, i quali non potevano qualificarsi crimini di guerra (a meno che non si ritenessero commessi contro membri di un gruppo insurrezionale, ma non fu questo il caso, nonostante le pretese in questo senso della leadership turca).

Certamente non furono soltanto gli organi o semplici cittadini dei Paesi vinti, in particolare la Germania, l'Austria-Ungheria e l'Impero ottomano, i responsabili di violazioni del diritto dei conflitti armati. Ma certamente tali Stati e gli organi posti al vertice, erano altresì responsabili di aver scatenato una guerra di aggressione, che ha rappresentato il terreno per i crimini di guerra, ma anche l'occasione per la distruzione parziale della comunità armena nell'Impero ottomano, distruzione alla quale hanno dato un contributo rilevante le FFAA tedesche alleate dell'Impero. Come lo sterminio nel 1904-1907 degli Herero e dei Nama nell'Africa del Sud-ovest (allora colonia tedesca, ora Namibia), così il contributo dato alla distruzione degli Armeni nell'Impero ottomano ha rappresentato per tali FFAA le prove generali dello sterminio degli "zingari" e degli Ebrei.

Non ci si può quindi meravigliare se la questione della responsabilità internazionale degli autori di crimini di guerra e crimini contro l'umanità fu posta alla Conferenza di pace di Versailles dai vincitori nei confronti dei vinti.

*ii.* Nello stesso Impero ottomano c'era la consapevolezza che con quei massacri erano state gravemente violate le "leggi dell'umanità". Infatti, nell'introdurre una mozione in Parlamento per un'indagine sui crimini, il deputato Fuad ebbe a invocare le "leggi dell'umanità" (kavaidi insaniye). E il senatore Damad Ferit, che fu poi Primo Ministro, descrisse i massacri come un'atrocità che "fa tremare - e tremare per sempre - l'umanità e il mondo civilizzato". E in un discorso sempre al Senato lo statista turco, Reşit Akif, che poi sarebbe diventato il primo presidente del dopo-guerra del Consiglio di stato, nel denunciare i crimini ebbe a invocare "il senso universale di umanità" (cihani insaniyeti). Nel Rapporto finale della Commissione speciale di indagine sui crimini, creata nel 1918 dal Senato si sostenne che gli autori dei crimini avevano violato "i principi fondamentali delle leggi di umanità" (insanligin esas hukuk kaidelerine). Anche nei pochi processi che si tennero nel pressoché dissolto Impero negli anni 1919-1920 le condanne dei responsabili furono motivate sulla base di tali principi.

A livello internazionale la questione dei massacri degli Armeni era già emersa nel corso del conflitto, con la Dichiarazione del 24 Maggio 1915, nella quale, "di fronte a questo nuovo crimine della Turchia contro l'umanità e la civiltà ..., le Potenze /alleate mettevano/ pubblicamente al corrente la Sublime Porta che .../avrebbero ritenuto/ personalmente responsabili tutti i membri del governo turco e i funzionari che /avessero/ partecipato a questi massacri". Tutti, quindi, erano d'accordo che a quel tempo i massacri non erano stati commessi in un

vuoto giuridico, come qualcuno pretendeva e purtroppo ancora oggi pretende.

Del crimine contro l'umanità e la civiltà contro gli Armeni ci si ricorderà però di nuovo a livello internazionale quando ormai la distruzione fors'anche parziale della comunità armena era stata realizzata e cioè alla Conferenza di Parigi. Qui erano arrivati Rapporti dettagliati dei massacri da varie fonti ufficiali, come il Rapporto di un testimone diretto nella sua missione a Trebisonda, il Console generale d'Italia Giacomo Gorrini, mentre lo stesso Capo della delegazione ottomana alla Conferenza ammetteva in quella sede eccidi e deportazioni.

La Conferenza di Parigi affidò così a una commissione internazionale di inchiesta – Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties – il preliminare lavoro investigativo di cui si sarebbero poi dovuti servire tanto un tribunale speciale comune alle Potenze vincitrici nel giudizio contro gli organi statali posti al più alto livello, come l'imperatore Guglielmo II e i leader del regime dei Giovani Turchi, quanto le giurisdizioni statali delle Potenze vincitrici cui si lasciava il compito di processare gli altri sospetti criminali di guerra e crimini contro l'umanità, ma sempre degli Stati vinti.

Nella suddetta Commissione di esperti, i 13 delegati europei, che rappresentavano 9 Stati su 10, si sono battuti contro i due delegati degli Stati Uniti perché fossero accertate in sede penale le responsabilità non solo per l'aggressione e i crimini di guerra, ma anche per le violazioni gravi delle leggi dell'umanità – e cioè per i crimini contro l'umanità di cui alla Dichiarazione del 1915. Gli Stati Uniti ritenevano invece che «while the laws and customs of war are a standard certain, to be found in books of authority and in the practice of nations ... the laws and principles of humanity vary with the individual, which, if for no other reason, should exclude them from consideration in a court of justice, especially one charged with the administration of criminal justice». La posizione degli esperti USA era però determinata soltanto dalla loro opposizione a far valere la responsabilità penale per le violazioni delle leggi di umanità dei politici di alto rango, come Capi di Stato e governo, che secondo loro avrebbero dovuto risponderne unicamente sul piano morale e politico. Essi non erano invece contrari all'idea che anche dei crimini contro l'umanità dovessero rispondere gli Stati stessi con le tradizionali forme di responsabilità interstatale. Il Rapporto della Commissione, con la riserva statunitense, stabilì tuttavia: «All persons belonging to enemy countries, however high their position may have been, without distinction of rank, including Chiefs of States, who have been guilty of offences against the laws and customs of war or the laws of humanity, are liable to criminal prosecution».

## 2.2.

### *Le disposizioni del Trattato di Versailles e del Trattato di Sèvres.*

*i.* Nel Trattato di Versailles con la Germania la posizione degli Stati Uniti rispetto alle responsabilità dei Capi di stato e governo finì con il portare a una soluzione ambigua riguardo alle responsabilità dell'Imperatore Guglielmo II: nell'Art. 227 le Potenze vincitrici, da un lato, mettevano «en accusation publique Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne, pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités», dall'altro prevedevano «un tribunal spécial... pour juger l'accusé en lui assurant les garanties essentielles du droit de défense», che avrebbe dovuto essere composto di 5 giudici rappresentanti Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia, Italia e Giappone. Il Tribunale avrebbe dovuto giudicare «sur des motifs inspirés des principes les plus élevés de la politique entre les nations avec le souci d'assurer le respect des obligations solennelles et des engagements internationaux ainsi que de la morale Internationale». Ma esso avrebbe anche avuto la competenza di determinare «la peine qu'il estimera devoir être appliquée» (con il beneplacito del principio di legalità se si pensava a una vera sanzione a carattere penale!). Era anche previsto che le potenze alleate e associate chiedessero ai Paesi Bassi la consegna dell'Imperatore tedesco, che lì aveva trovato rifugio. Non è chiaro però se si intendesse creare un vero e proprio tribunale penale. Poiché tale consegna fu rifiutata e il Tribunale non fu quindi istituito, il dubbio rimane. A me sembra però che si sarebbe trattato piuttosto di un meccanismo di accertamento di una responsabilità politica e morale, sebbene caratterizzata anche da una sanzione, ma non credo che si intendesse arrivare a una pena detentiva.

Più chiare erano le disposizioni degli articoli 228-230 relative alla punizione degli altri criminali di guerra tedeschi. L'art. 228 prevedeva l'impegno della Germania a riconoscere «aux puissances alliées et associées la liberté de traduire devant leurs tribunaux militaires les

personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre ». Tali tribunali avrebbero applicato le pene previste dalla legislazione interna e avrebbero avuto la primazia su eventuali procedure in Germania o nei Paesi alleati. A tal fine il governo tedesco avrebbe dovuto consegnare alle potenze alleate e associate le persone richieste. L'art. 229 precisava poi che gli autori di atti contro i cittadini di una delle suddette potenze sarebbero stati perseguiti dai tribunali militari di questa potenza, mentre gli autori di atti commessi contro i cittadini di più di una potenza sarebbero stati perseguiti da tribunali militari comuni. Infine, con la disposizione dell'Art. 230 il governo tedesco si impegnava a fornire tutti i documenti e tutte le informazioni possibili che si rivelassero necessarie per l'accertamento dei fatti, la ricerca dei colpevoli e la valutazione delle responsabilità.

Nel gennaio 1920, sempre la Commissione creata dalla Conferenza di pace, ormai in una nuova composizione con l'integrazione dei rappresentanti di Belgio, Polonia, Romania e Regno serbo-croato-sloveno, stilò una lista di circa 900 persone per il loro arresto e la consegna alle potenze alleate e associate. In questo elenco figuravano anche organi di alto rango dello Stato tedesco, militari e civili, come generali e ammiragli, il principe ereditario, anch'egli comandante militare, nonché l'ex-cancelliere Bethmann-Hollweg e l'industriale Fritz Haber, che aveva fornito i gas asfissianti usati nel conflitto. Purtroppo, le reticenze della Germania a consegnare i sospetti criminali, che venivano considerati in patria eroi nazionali, come a fornire i documenti e le informazioni per la loro incriminazione portò a una riduzione della lista da 900 a 45 sospetti criminali, che poi il governo tedesco, invece di consegnare ai vincitori, ottenne di poter far giudicare dal *Reichsgericht di Lipsia*. Ma solo 12 processi furono tenuti da tale Corte suprema. Dei 12 accusati 7 furono assolti e 5 condannati a un massimo di 4 anni di pena detentiva.

La rinuncia delle Potenze alleate e associate a ottenere una giustizia più efficace per le migliaia di vittime dei crimini di guerra del I conflitto mondiale, comprese tutte le donne stuprate in Belgio, Francia dai membri delle FFAA tedesche e in Serbia dalle forze austro-ungariche, fu determinata dal loro approccio egoistico volto a ottenere dalla Germania riparazioni di carattere economico e finanziario e a conseguire acquisizioni territoriali tanto in Europa che con le colonie, interesse che quindi prevalse su quello di assicurare alla giustizia i criminali.

ii. Ancora più fallimentare fu la repressione dei crimini contro l'umanità commessi nell'Impero ottomano e volti alla distruzione di una comunità cristiana, quella armena.

In verità, i buoni propositi della Conferenza di Parigi e soprattutto della Commissione di esperti avevano trovato una significativa consacrazione nel testo del Trattato di Sèvres del 1920 tra la Sublime Porta e gli Stati vincitori - Francia, Italia e Regno Unito. Come il Trattato di Versailles, anche quello di Sèvres era tuttavia eccessivamente punitivo nei confronti dell'Impero ottomano perché ne contemplava la pressoché definitiva disintegrazione con la cessione di territori ai vincitori. Tale Trattato conteneva però disposizioni in materia di responsabilità individuale più interessanti di quelli di Versailles: per i massacri degli Armeni vi si riconosceva l'implicazione in essi della leadership turca, vi si prevedeva che gli autori dei massacri ne rispondessero penalmente indipendentemente dal loro rango, perfino davanti a un tribunale penale internazionale, vi si prevedeva che le vittime o i loro eredi ricevessero le giuste riparazioni, compresa la *restitutio in integrum* dei loro beni.

Insomma, il Trattato di Sèvres, nonostante la sua mancata ratifica, rimane una testimonianza del fatto che i massacri non erano intervenuti in un vuoto giuridico che lasciasse allo Stato a quel tempo la libertà di qualsiasi arbitrio e sopruso nei confronti dei propri sudditi, come invece qualcuno continua a pretendere. In verità, da tempo il diritto internazionale si occupava della protezione delle minoranze e in particolare di quelle dell'Impero ottomano. E le Potenze europee evocavano spesso i "principi fondamentali di umanità e di civiltà" per giustificare i loro interventi a favore delle minoranze cristiane. I crimini contro gli Armeni costituivano proprio violazioni gravi di tali principi. Infatti, è proprio a partire dagli eccidi e deportazioni degli Armeni che si è affermata la necessità di non richiamare solo lo Stato in quanto tale alla sua responsabilità per quelle gravi violazioni dei principi di umanità, ma di responsabilizzarne anche gli individui autori sul piano penale: di qui l'affermarsi della categoria dei crimini contro l'umanità.

Purtroppo, se il sistema sanzionatorio di Versailles è fondamentalmente fallito, il sistema sanzionatorio e riparatorio di Sèvres è fallito del tutto con la mancata ratifica del Trattato. La Sublime Porta aveva infatti subito una trasformazione pressoché rivoluzionaria. Da governo

di uno Stato plurinazionale, dove le diverse comunità convivevano pacificamente almeno fino a pressoché la fine del XIX secolo, sebbene con qualche privilegio di rilievo per la comunità musulmana, il governo ottomano si era tramutato in un governo turco laico, ma animato da un nazionalismo radicale, discriminatorio nei confronti di tutte le altre nazionalità.

Le Potenze vincitrici del conflitto si arresero davanti al governo turco come successivamente si sarebbero arrese davanti alla Germania rinunciando a una vera giustizia per le vittime dei crimini di guerra del I conflitto mondiale. Anche riguardo alla questione armena esse preferirono la soddisfazione dei loro interessi di potenza e misero quindi l'interesse della finale disintegrazione dell'Impero ottomano, nell'obiettivo di spartirsene le spoglie, al di sopra dell'interesse comune e superiore di riaffermare, con la repressione dei massacri degli Armeni, i principi fondamentali di umanità e di civiltà.

E' così che, nonostante l'occupazione nel 1918 di Costantinopoli ad opera delle forze di Gran Bretagna, Francia e Italia e la conseguente amministrazione alleata, che permise l'arresto di circa 200 membri della leadership turca sospettati di crimini di guerra e crimini contro l'umanità, i processi che si era programmato di tenere sotto la giurisdizione della Gran Bretagna a Malta, dove i sospettati erano stati trasferiti, non furono più celebrati e i sospettati furono riportati in patria. Il Trattato di Sèvres fu sostituito, nel 1923, con il Trattato di Losanna, dove la tragedia armena fu completamente ignorata.

Da allora, è completamente caduto nell'oblio il *Murder of a Nation*, come Morgenthau, Ambasciatore statunitense a Costantinopoli e testimone diretto dei massacri contro gli Armeni, li ha significativamente qualificati nel suo libro del 1916, intendendo con tale espressione nient'altro che la distruzione totale o parziale di una comunità, per la quale Lemkin conierà nel 1943 il termine di genocidio.

Molto significativamente Hitler, nell'accingersi a realizzare le atrocità contro gli Ebrei, davanti a qualche perplessità espressa da suoi collaboratori, ingenuamente preoccupati delle reazioni internazionali, disse: "Chi, dopo tutto, parla oggi dell'annientamento degli Armeni?". Con il termine "annientamento" egli dava di quei tragici eventi una qualificazione analoga al termine "distruzione" di cui alla Convenzione contro il genocidio e che sarà utilizzata nella sentenza di Norimberga per lo sterminio degli Ebrei.

Non si può non riconoscere che se l'annientamento della comunità armena non fosse caduto nell'oblio, se gli Stati che si consideravano civili, invece di privilegiare i propri egoistici interessi nazionali piuttosto che interessi umanitari universali, avessero reagito in modo immediato e adeguato al genocidio armeno secondo le linee politicamente e giuridicamente corrette del Trattato di Sèvres, le atrocità della II guerra mondiale sarebbero state evitate. Una maggiore sensibilità per le sofferenze di quel popolo avrebbe infatti permesso di prendere coscienza delle sofferenze anzitutto degli oppositori politici del nazismo. Non possiamo non ricordare in proposito che il 1° campo, quello di Dachau, è stato aperto già nel marzo 1933 e proprio per l'eliminazione della dissidenza della prima ora al regime nazista. E, soprattutto non avrebbe fatto chiudere gli occhi dei potenti della terra davanti allo sterminio di disabili, Rom e Sinti (fors'anche genocidio) e davanti al genocidio degli Ebrei.

Ma a quel tempo e ancora quasi a ridosso della IIa guerra mondiale, la leadership britannica pensava di potersi accordare con lui e perfino con la mediazione di Mussolini.

## 3. La giustizia per le vittime dei crimini della II guerra mondiale.

### 3.1. Premessa.

L'approccio egoistico delle potenze europee e degli Stati Uniti fu la causa principale della nuova guerra mondiale. La Germania, oltre ad altre sanzioni, tra cui la cessione di territori, il disarmo ecc., era stata condannata a pagare ingenti somme a risarcimento dei danni di guerra subiti dai Paesi vincitori, ciò che si ripercosse soprattutto sulla popolazione, la quale era destinata a sacrifici enormi. Essa fu quindi facile preda della propaganda prima solo di rivincita e poi, con l'avvento di Hitler, decisamente bellicista. Gli ex-vincitori da un lato decisero di ridurre e rateizzare i risarcimenti previsti, ma al contempo si mostrarono del tutto indifferenti tanto alla campagna di eliminazione dei dissidenti la cui voce si avvertiva più forte man mano



che aumentava il potere di Hitler e del suo partito, quanto alla propaganda che era già partita nel 1919-20 contro gli Ebrei, accusati di essere “fautori del bolscevismo e rappresentanti del capitalismo internazionale” e di essere la causa diretta delle difficoltà economiche della Germania del dopo-guerra.

Si pensi che gli Ebrei ancora liberi che riuscivano a scappare dalla Germania nel 1938-39 erano rifiutati da tutti gli Stati europei, come dagli USA (allo stesso modo in cui lo sono attualmente i migranti). La Conferenza di Evian, che fu convocata nel 1938 al fine di risolvere il problema di questi profughi si concluse con un totale insuccesso. E' così, per esempio, che, dopo la “Notte dei cristalli”, il transatlantico tedesco **Saint Louis**, con un migliaio di Ebrei in fuga dalla Germania nell'estate del 1939, fu respinto da Cuba, Usa e Canada e dovette tornare in Europa, dove riuscì ad attraccare ad Anversa. Dopo lunghe trattative, i fuggiaschi vennero divisi fra Gran Bretagna, Francia, Belgio e Paesi Bassi. E' questa indifferenza degli Stati liberali d'Europa che rese possibile la guerra, nonché lo sterminio dei dissidenti, dei Rom e Sinti, dei disabili, come il genocidio degli Ebrei di Germania, tutti crimini che furono facilitati dal conflitto in corso.

## 3.2. *Norimberga e Tokyo.*

*i.* I nuovi orrori della II guerra mondiale indussero le Potenze europee e gli Stati Uniti a una reazione più efficace. Ormai era chiaro che non si poteva più lasciare alle giurisdizioni statali la repressione dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità. Emerse altresì la consapevolezza che per la guerra di aggressione non si potesse più soltanto appellarsi a una responsabilità politica e morale, ma che i leader statali che l'avevano decisa, pianificata, propagandata, organizzata e realizzata dovessero risponderne anche sul piano penale.

E' così che, da una parte, con l'Accordo di Londra stipulato l'8 agosto 1945 fra Stati Uniti, URSS, Gran Bretagna, Francia (governo provvisorio), fu creato il Tribunale di Norimberga e, dall'altra, con un Ordine del gennaio 1946 del Comandante in Capo delle Forze alleate nell'Estremo Oriente, gen. Mc Arthur, fu creato il Tribunale di Tokyo.

Questi Tribunali avevano una composizione che rappresentava ciascuna delle Potenze vincitrici della guerra: per il Tribunale di Norimberga vi fu un giudice e un supplente per ogni Stato parte dell'Accordo e per quello di Tokyo un giudice per ogni Stato firmatario della Capitolazione del Giappone: Australia, Canada, Repubblica di Cina, Francia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Regno Unito, Unione sovietica e Stati Uniti + due giudici indicati rispettivamente da India e Filippine.

I due Tribunali applicavano inoltre norme interne degli Stati coinvolti in materia di responsabilità, di scusanti e di procedura. Si trattava quindi, in realtà, piuttosto di tribunali militari comuni ai vincitori che di veri tribunali internazionali. Non si può tuttavia trascurare il fatto che i due tribunali applicassero norme sui crimini contro la pace, crimini di guerra, crimini contro l'umanità che, come cerco qui di mostrare, trovavano la loro fonte nel diritto internazionale. Inoltre, il Tribunale di Norimberga era stato anche creato con un atto giuridico internazionale e quello di Tokyo aveva a monte l'atto internazionale di capitolazione del Giappone. Questi segni di internazionalità hanno portato a farli pressoché unanimemente considerare i primi tribunali penali internazionali.

*ii.* La competenza dei due Tribunali sui crimini contro la pace e sui crimini contro l'umanità è stata messa gravemente in discussione, anche da alcuni giudici dei due tribunali, per violazione del principio di legalità, questione su cui è quindi d'uopo fermarsi preliminarmente.

E' vero che alla guerra di aggressione non si era riconosciuta a Versailles la qualifica di crimine, ma soltanto quella di “*offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités*”, ciò che significa pur sempre una grave violazione del diritto internazionale. E' altresì vero però che già nelle Convenzioni dell'Aia del 1899 e 1907 (Convention for the pacific settlement of international disputes) gli Stati, “*With a view to obviating as far as possible recourse to force in the relations between States*” avevano preso l'impegno “*to use their best efforts to ensure the pacific settlement of international differences*”. E poi, a parte i vari Trattati bilaterali di non-aggressione stipulati dalla Germania, con il Trattato di Parigi del 27 agosto 1928, c.d. Patto Briand-Kellog, stipulato da ben 63 Stati, fra cui in particolare Stati Uniti d'America, Germania, Regno Unito, Italia, Polonia, Belgio, Francia e Giappone, si era preso il chiaro impegno di rinunciare alla guerra come strumento di soluzione delle controver-

sie internazionali e di policy nazionale. E concordo con l'opinione dei giudici di Norimberga e Tokyo, secondo cui tale impegno aveva la sua fonte anche in una norma del diritto internazionale consuetudinario che si era gradualmente formata anche in ragione di quei trattati.

E' pacifico quindi che tutti gli Stati aggrediti nel 1939 dalla coalizione dell'Asse abbiano considerato il comportamento di questi ultimi una grave violazione del diritto internazionale. Ed escludo che la leadership nazista sia andata alla guerra di aggressione, che essa abbia deciso di invadere i territori di Stati neutrali, considerando tutto ciò lecito, non foss'altro perché anche la Germania aveva ratificato il Patto Briand-Kellog. Del resto, la Costituzione di Weimar, che non fu mai formalmente abolita, nonostante sia stata gravemente violata dai decreti nazisti sui pieni poteri di Hitler e dalla loro attuazione, prevedeva nel Preambolo che "Il popolo tedesco, unito nelle sue stirpi, e animato dalla volontà di rinnovare e rafforzare, in libertà e giustizia, il suo Reich, di servire la causa della pace interna e internazionale e di promuovere il progresso sociale, si è data questa costituzione" e nell'Art. 4 che "I principi fondamentali riconosciuti dal diritto delle genti hanno valore di parti integranti del diritto tedesco". Il divieto di aggressione si applicava quindi direttamente agli organi dello Stato tedesco. Del resto, la stessa Germania ha dato delle giustificazioni al proprio operare proprio perché sapeva bene che stava violando gravemente il diritto internazionale: si veda per esempio le giustificazioni addotte nel discorso propagandistico di Hitler al Reichstag l'11 dicembre 1941, tenuto in occasione della dichiarazione di guerra agli Stati Uniti.

Non ci possono quindi essere dubbi sull'esistenza prima della II guerra mondiale anzitutto del divieto posto a carico degli Stati di ricorrere a una guerra di aggressione e consolidato in una norma di diritto internazionale consuetudinario, e inoltre del divieto più ampio del ricorso alla forza armata per risolvere controversie internazionali posto da numerosi trattati in vigore.

Ma i giudici di Norimberga e Tokyo hanno giustamente preso in considerazione l'obiezione della difesa che nel divieto operante nei rapporti fra gli Stati non si potesse rinvenire la fonte della criminalizzazione individuale degli atti contro la pace. E quindi essi, al fine di dimostrare che il principio *nullum crimen sine lege* non fosse violato con l'applicazione della categoria dei crimini contro la pace, hanno altresì ricercato una fonte propria alla criminalizzazione della violazione ad opera di individui del divieto del ricorso all'uso della forza armata. I giudici si sono quindi riferiti alle opinioni espresse dagli Stati e formalizzate in atti anche della Società delle Nazioni (S.d.N.), seppure spesso solo di *soft law*, per mostrare come la violazione del divieto di aggressione fosse considerata un crimine di diritto internazionale.

Concordo con l'analisi precisa svolta dai giudici di Norimberga e ritengo quindi che la criminalizzazione della violazione grave del divieto del ricorso alla forza armata si sia gradualmente imposta sul piano internazionale a partire dall'adozione dell'Art. 227 del Trattato di Versailles. A quel tempo non si ebbe il coraggio di parlare esplicitamente di responsabilità penale soprattutto perché gli Stati Uniti pretendevano che i Capi di stato e di governo godessero dell'immunità dalla giurisdizione penale, pretesa che come sappiamo non fu accolta nel Rapporto finale della Commissione di esperti del 1919 e che del resto gli stessi Stati Uniti abbandonarono per i crimini del II conflitto mondiale. Ritengo dunque che l'Art. 227, pur nella sua ambiguità, sia stato il seme gettato per la graduale formazione di una norma internazionale che criminalizzasse la violazione grave del divieto del ricorso alla forza armata, formazione che si è certamente perfezionata almeno nel corso del II conflitto mondiale se non prima. Rilevante in proposito mi pare il fatto che la decisione di sottoporre a processo i principali esponenti dell'Asse sia stata presa ancor prima della cessazione della guerra, e cioè nel novembre del 1943, durante la terza Conferenza tripartita di Mosca, che ha visto riuniti i tre ministri degli esteri dell'alleanza anti-Asse, Hull, Eden e Molotov, e cioè i rappresentanti degli Stati che, lo si voglia o no, svolgevano un ruolo predominante nella formazione del diritto internazionale. Sono convinta che neppure la Germania, l'Italia e la Spagna, dove tre tiranni bellicisti erano al potere, avrebbero potuto esprimere pubblicamente l'opinione che i crimini contro la pace fossero leciti.

*iii.* Quanto alla questione della pretesa violazione del principio di legalità nella previsione negli Statuti di Norimberga e Tokyo dei crimini contro l'umanità, rinvio a quanto ho detto sopra a proposito della comparsa di tale categoria nel diritto internazionale.

Merita però sottolineare che, come i crimini contro l'umanità del I conflitto mondiale, anche questi del II conflitto mondiale sono stati presi in considerazione solo in quanto collegati con il conflitto armato. Infatti, se la Commissione di esperti del 1919 aveva la competenza a occuparsi solo dei crimini del conflitto, gli Statuti dei Tribunali di Norimberga e Tokyo

contemplavano i crimini contro l'umanità commessi "before or during the war" e che fossero collegati a una delle altre due categorie. Nella categoria dei crimini contro la pace rientravano anche il "planning, preparation, initiation and waging of the war" e quindi era ragionevole ritenere che il Tribunale di Norimberga considerasse il collegamento di certi atti elencati nello Statuto fra i crimini contro l'umanità, oltre che con i crimini di guerra e con la guerra stessa, anche con la pianificazione della guerra (o più in generale dei crimini contro la pace).

Ma le cose sono andate diversamente. I crimini commessi a danno di cittadini tedeschi sul territorio della Germania, in particolare quelli contro dissidenti, omosessuali, disabili, testimoni di Geova, Ebrei, Rom e Sinti, non potevano certo collegarsi ai crimini di guerra, poiché questi erano quelli commessi nei territori occupati oppure in Germania ma contro i nemici rinchiusi nei campi di sterminio. Ed è quindi corretta la seguente affermazione del Tribunale: "...from the beginning of the war in 1939 War Crimes were committed on a vast scale, which were also Crimes Against Humanity; and in-so-far as the inhumane acts charged in the Indictment, and committed after the beginning of the war, did not constitute War Crimes, they were all committed in execution of, or in connection with, the aggressive war, and therefore constituted Crimes Against Humanity".

Ma ciò che lascia veramente perplessi è che il Tribunale, per il periodo precedente la guerra, dopo aver accertato al di là di ogni ragionevole dubbio, gli eccidi e le crudeltà contro i dissidenti, le persecuzioni degli Ebrei, la terrorizzazione di civili, affermava: "To constitute Crimes Against Humanity, the acts relied on before the outbreak of war must have been in execution of, or in connection with, any crime within the jurisdiction of the Tribunal. The Tribunal is of the opinion that revolting and horrible as many of these crimes were, it has not been satisfactorily proved that they were done in execution of, or in connection with, any such crime. The Tribunal therefore cannot make a general declaration that the acts before 1939 were Crimes Against Humanity within the meaning of the Charter...". Sulla persecuzione degli Ebrei in Germania essa inoltre aggiungeva un'annotazione di cui mi sfugge l'utilità ai fini dell'accertamento dei relativi fatti: "The Nazi persecution of Jews in Germany before the war, severe and repressive as it was, cannot compare, however, with the policy pursued during the war in the occupied territories". La verità è che per i crimini commessi in Germania contro i dissidenti e contro gli Ebrei, il Tribunale non si è affatto posto il problema del loro collegamento con la *pianificazione dei crimini contro la pace*, che pure a norma dello Statuto era un crimine a sé. E se l'Atto di accusa faceva risalire la pianificazione della guerra alla creazione nel 1919 del partito nazional-socialista, allorché era iniziata anche la graduale persecuzione degli Ebrei, i giudici facevano risalire la pianificazione della guerra a una data molto più avanzata, ma pur sempre a una data precedente il 1939: "that plans were made to wage war, as early as 5th November, 1937, and probably before that, is apparent". E tale accertamento veniva poi del tutto ignorato nella determinazione dei crimini contro l'umanità.

Quanto poi ai crimini commessi contro i disabili, il Tribunale, pur accennando al loro sterminio senza rilevarne la cittadinanza – di cui accertava il numero in quasi 275.000 unità a seguito dell'adozione nel 1940 della policy di regime di annientare coloro che non potevano essere utilizzati nello sforzo bellico –, mi sembra che, con una certa ambiguità, abbia poi inteso riferirsi soltanto ai disabili stranieri sterminati nei campi, non riuscendo però ad accertarne il numero.

Colpisce altresì che nulla si dica a proposito dello sterminio di omosessuali, testimoni di Geova e soprattutto di Rom e Sinti, visto che in particolare questi ultimi erano stati vittime, secondo le precise testimonianze di Gerrit Hendrick Nales e Otto Ohlendorf, di sterilizzazioni e sperimentazioni mediche sistematiche, nonché dell'eccidio di massa, la notte del 2 agosto 1944, nelle camere a gas di Birkenau: 3000 "zingari", bambini compresi sterminati. Si trattava anche in questo caso di distruzione di un gruppo per ragioni razziali, perché, pur originando dalla razza ariana, il sangue dei Rom e Sinti "non era più puro": nei loro "vagabondaggi" si erano mischiati con razze impure! E, tra l'altro, il fatto che il loro sangue fosse "misto" li faceva "privilegiare" nelle sperimentazioni mediche!

E' quindi veramente scandaloso che dello sterminio di migliaia di gitani di Germania e dei territori occupati – si calcolano in circa 500.000 – si taccia del tutto nella sentenza di Norimberga e che migliaia di dissidenti, disabili, omosessuali, testimoni di Geova ed Ebrei vittime dei crimini nazisti prima del conflitto non abbiano avuto giustizia perché la categoria dei crimini contro l'umanità non si sarebbe potuta applicare ad essi in ragione della mancanza del collegamento con il conflitto!

L'interpretazione della nozione di crimine contro l'umanità da parte del Tribunale di Norimberga più restrittiva di quanto già lo fosse nella definizione statutaria, non ha fatto altro che rinnovare l'indifferenza delle Potenze europee e degli Stati Uniti rispetto a quanto il partito nazista aveva gradualmente preparato già dal 1920 con la propaganda anti-ebrea e anti-dissidenti, considerati tutti dei rivoluzionari comunisti, e a quanto è poi avvenuto in Germania dal momento dell'avvento del regime hitleriano contro la stessa popolazione civile tedesca che non fosse di razza pura, che non fosse forte e perfettamente abile allo sforzo bellico (e qui sono da ricomprendere anche gli omosessuali, considerati dei malati), che non condividesse l'ideologia nazista (e qui sono da ricomprendere anche i testimoni di Geova).

Come han fatto dei giudici del mondo c.d. civile a chiudere gli occhi di fronte a tutto ciò?

*iv.* Va inoltre rilevato che la giustizia di Norimberga e Tokyo presenta gravi pecche anche per altri aspetti. A Norimberga non si è provveduto a reprimere gli atti di violenza sessuale nei Paesi occupati dalla Germania, che non erano del resto evocati neppure nello Statuto né quindi nell'Atto di accusa (e ciò è stato forse dovuto al fatto che anche le truppe alleate avevano commesso tali crimini in Germania e Italia in particolare). A Tokyo si è ignorata la schiavitù sessuale inflitta sistematicamente e su larga scala dai militari giapponesi nei Paesi occupati alle c.d. "donne di conforto", nonostante la presenza nello Statuto, fra i crimini contro l'umanità, della riduzione in schiavitù.

Infine, non si può non lamentare che il Tribunale di Norimberga sia riuscito a giudicare soltanto 22 imputati, condannandone a morte 12 (1 in contumacia), all'ergastolo 3 e a pene detentive inferiori 4, e assolvendone 3. Né il Tribunale di Tokyo si è dimostrato più produttivo: esso ne ha processati 25, condannandone 7 alla pena capitale, 16 all'ergastolo, 2 a pene inferiori, ma, per ragioni prettamente politiche, non ha osato mettere in discussione l'operato dell'Imperatore giapponese.

Oltre ai Tribunali di Norimberga e Tokyo, ci furono anche dei processi istruiti in Germania dalle Potenze occupanti. Meritano un accenno soprattutto i 12 processi che si tennero di nuovo a Norimberga ad opera della forza di occupazione statunitense in applicazione della *Control Council Law No. 10* del 20 dicembre 1945. Importante fu soprattutto il processo ai medici che avevano eseguito le sperimentazioni sui civili e quello ai membri dell'*Einsatzgruppe*, il gruppo d'assalto nazista, che nel Tribunale "internazionale" di Norimberga era già stato accertato come gruppo criminale.

Come per la giustizia penale internazionale del I dopoguerra, così per quella del secondo dopo-guerra c'è inoltre da lamentare, più in generale, che essa abbia raggiunto solo i vinti e non i vincitori. Per esempio, nessun tribunale aveva competenza a occuparsi dei crimini commessi nel corso dei due conflitti mondiali dalle Potenze alleate rispettivamente contro l'Intesa e contro l'Asse. In particolare, è molto grave che nessun tribunale si sia mai potuto occupare del ricorso all'arma nucleare a Hiroshima e Nagasaki, che rappresenta in sé attacco su larga scala contro una popolazione civile, e quindi crimine di guerra (sebbene alcuni Stati non lo vogliano ammettere), né delle gravi violenze sessuali commesse purtroppo anche dalle truppe alleate nella Germania occupata e nei territori liberati, come per esempio in Italia, in particolare in Ciociaria. Del resto, neppure in Italia si è riusciti a rendere giustizia alle donne e adolescenti della Ciociaria e quindi non si possono addebitare solo alla giustizia penale internazionale limiti e "ingiustizie".

*v.* Io ritengo però che, seppure con i limiti sopra rilevati, la giustizia penale internazionale amministrata dopo il II conflitto mondiale abbia avuto alcuni effetti positivi per il futuro della giustizia penale sia interna che internazionale: 1. il fatto di aver dato un riconoscimento formale a due categorie di crimini – i crimini contro la pace e i crimini contro l'umanità – fino allora mai applicati in procedure penali, salvo, per il crimine contro l'umanità, nei casi marginali dei processi ottomani per i massacri contro gli Armeni; 2. il fatto di aver sdoganato il tabù dell'immunità di alcuni organi posti al vertice di un'organizzazione statale e di aver si processato un numero limitatissimo di organi dello Stato tedesco e di quello giapponese tra le centinaia di implicati nei crimini, ma di aver pur sempre colpito quelli al vertice della scala di comando (salvo l'Imperatore giapponese); 3. di aver fatto entrare nel diritto internazionale penale alcuni principi basilari di giustizia penale, come la responsabilità di comando e l'esclusione dell'ordine superiore come scusante; 4. di aver creato, con il ripetuto riferimento nell'Atto di accusa e poi nella sentenza all'**eliminazione** tramite crimini contro la pace, crimini di guerra,

crimini contro l'umanità, di **gruppi nazionali ed etnici** (allora ancora considerati razziali) **in quanto tali**, la premessa per la codificazione del crimine di genocidio nella Convenzione del 1948.

## 4. La giustizia penale internazionale nell'era delle Nazioni Unite.

### 4.1. Premessa.

*i.* Già nel periodo fra le due guerre mondiali, l'intento di operare al di fuori della logica dei vincitori che si ergano a giudici dei vinti, aveva contribuito all'emergere dell'idea di istituire una corte penale internazionale. In particolare, nel quadro della Società delle Nazioni, nel Protocollo – firmato da 13 Stati – aggiuntivo alla Convenzione del 1937 contro il terrorismo, firmata da 24 Stati, si prevedeva l'istituzione di una corte penale internazionale. Ma, anche a causa delle successive vicende belliche, nessuno dei due strumenti era mai entrato in vigore.

Dopo la II guerra mondiale e dopo l'esperienza dei Tribunali di Norimberga e Tokyo, anche sotto la spinta delle critiche contro la giustizia dei vincitori che arrivava da più parti, fin dal primo operare dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (NU) si sono tentate vie diverse di cooperazione interstatale per la repressione dei *delicta iuris gentium*.

Una delle vie è consistita nella responsabilizzazione dei sistemi giuridici statali. E' quanto è stato fatto con le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e i loro Protocolli aggiuntivi del 1977, che pongono a carico di tutti gli Stati parti l'obbligo della repressione delle relative violazioni – e cioè dei crimini di guerra – secondo criteri di giurisdizione la cui scelta è lasciata agli stessi Stati, salvo che per le c.d. infrazioni gravi, ivi elencate. Per queste si prevede la competenza obbligatoria secondo il criterio universale "puro" di giurisdizione (indipendente, cioè, da qualsiasi collegamento con la fattispecie criminosa).

Inoltre, nelle varie convenzioni in materia di schiavitù, terrorismo, traffico internazionale di stupefacenti, presa di ostaggi, tortura di Stato, si decise di porre a carico degli Stati l'obbligo dell'esercizio della giurisdizione penale secondo criteri diversi, indicati separatamente o cumulativamente: da quello territoriale a quello personale attivo e personale passivo, a quello della detenzione o della sola presenza sul territorio dello Stato.

Il sistema della responsabilizzazione degli Stati ai fini della repressione dei crimini di rilevanza internazionale o transnazionale non ha funzionato. Non ha funzionato non già per una inidoneità dei sistemi statali a reprimere crimini commessi in violazione del diritto internazionale umanitario (DIU) e dei diritti dell'uomo: anzi, i tribunali interni, avendo a disposizione strumenti coercitivi, sono i più adatti a realizzare una repressione efficace a fini di deterrenza, obiettivo ultimo di qualsiasi meccanismo repressivo. La ragione è piuttosto da ricercare nella mancanza della volontà politica di dotarsi degli strumenti necessari: gli Stati trascurano di emanare una legislazione interna attributiva di una competenza a ricercare e perseguire chi, anche all'estero, si renda responsabile di un crimine seppure a danno di uno straniero e che preveda i reati secondo le qualificazioni accolte nel diritto internazionale e ne fissi la pena relativa. E, inoltre, cosa ancora più grave, che tuttora rappresenta un grande limite alla possibilità di reprimere i crimini di rilevanza internazionale, è il fatto che nelle giurisdizioni interne si faccia valere l'immunità diplomatica e quella personale di alcuni organi di Stati stranieri – oltre alle immunità costituzionali –, anche rispetto a siffatti crimini, in particolare rispetto ai crimini contro l'umanità.

E' anche in ragione di queste immunità davanti alle giurisdizioni nazionali che nella Convenzione del 1948 contro il genocidio, crimine dei crimini contro l'umanità, e in quella del 1954 contro l'*apartheid*, anch'essa un crimine contro l'umanità, è stata seguita la via mista della previsione tanto della competenza obbligatoria degli Stati, purtroppo solo secondo il criterio territoriale, quanto della competenza di una corte penale internazionale. Questa non fu però mai istituita, con il risultato che rimase la responsabilizzazione del solo Stato territoriale per la repressione dell'uno e dell'altro crimine. Ma era in *re ipsa* che per i crimini di quella natura lo Stato territoriale non intervenisse, salvo nel caso di un cambio radicale di regime.

*ii.* Le NU sembravano rappresentare il miglior contesto per realizzare il disegno ambizioso

di creare un tribunale penale indipendente dalle logiche di una giustizia applicata dai vincitori ai vinti nei confronti di individui-organi di alto rango, che la giustizia nazionale non era in grado di raggiungere. Ma la divisione del mondo in due blocchi contrapposti nella guerra fredda ha portato al fallimento di tutti i tentativi in tal senso fatti anche indipendentemente da una convenzione che disciplinasse un determinato *delictum iuris gentium*.

Ed è quindi solo nel 1989, con il crollo di uno dei due blocchi, che si riapre la questione della istituzione di una corte penale internazionale. E' noto però che, mentre si era nella primissima fase di elaborazione del relativo statuto, si sono create alcune situazioni di emergenza umanitaria comportanti, per la loro gravità ed estensione e le loro implicazioni internazionali, una minaccia per la pace e la sicurezza internazionali. Nelle more dell'elaborazione dello Statuto della Corte penale internazionale, che andava per le lunghe in ragione delle discussioni nel quadro della Commissione del diritto internazionale delle NU e in Assemblea generale (AGNU), il Consiglio di sicurezza (CdS) è dunque intervenuto, ai sensi del Capo VII della Carta delle N. U., per creare due Tribunali penali internazionali *ad hoc*, quello per la ex-Iugoslavia (TPIY, Ris. 827 del 25 maggio 1993) e quello per il Ruanda (TPIR, Ris. 955 dell'8 novembre 1994). Entrambi hanno ormai chiuso i battenti.

Si è trattato di due Tribunali per così dire "fratelli", tanto per la modalità dell'istituzione, quanto per il contenuto dei relativi Statuti, che si discostano di poco l'uno dall'altro, quanto per il fatto che alcuni organi erano a loro comuni, quanto ancora per le modalità del loro funzionamento sulla base dei relativi Regolamenti di procedura e prova. La loro eredità è passata all'United Nations International Residual Mechanism for Criminal Tribunals (MICT).

Qui tratterò dei due Tribunali solo alcune linee essenziali e non mi occuperò del MICT se non in modo marginale per due ragioni: esso ha reso finora due sole sentenze di appello, quella in cui ha condannato all'unanimità Seselj, ribaltando la sua assoluzione a maggioranza in 1a istanza (con la mia opinione dissidente) e quella in cui ha condannato all'ergastolo Karadžić, che in 1a istanza aveva ricevuto una pena detentiva di 40 anni; seppure dotato di un proprio Statuto, per quanto riguarda l'attività giudiziaria, esso ha ereditato le regole dei due Tribunali *ad hoc*.

## 4.2.

### *Il TPIY e il TPIR.*

*i.* L'istituzione di detti Tribunali non ha mancato di suscitare alcune perplessità quanto al suo fondamento, e ciò soprattutto in dottrina, in ragione del fatto che nella Carta delle N.U. non è esplicitata la competenza del C.d.s. di istituire - e attribuire la competenza a - meccanismi giudiziari penali e non. E' anche vero, però, che il Capo VII attribuisce a tale organo competenze in materia di mantenimento e ristabilimento della pace, senza peraltro determinarle nel dettaglio. Dagli Stati, infatti, non sono arrivate contestazioni, ad eccezione di quelle inizialmente provenienti dalla nuova Iugoslavia, ma poi da tale Stato abbandonate, e del voto negativo del Ruanda all'adozione dello Statuto del TPIR, motivato essenzialmente dalla non previsione della pena di morte, che il Ruanda ha poi del resto abolito proprio su impulso indiretto del Tribunale internazionale.

La sostanziale acquiescenza alla decisione del CdS di istituire tali tribunali può d'altronde essere letta quale conferma della loro legittimità a norma della Carta stessa, vista la possibilità degli Stati di contestare l'attività del CdS, largamente considerata come l'unica via, mancando un organo di controllo di tale attività, per sottrarsi al rispetto di decisioni che essi considerino *ultra vires*. Ciò che gli Stati non hanno mancato di fare in altre occasioni.

Tali considerazioni non significano che non si imponga una certa cautela nel valutare l'esercizio da parte del CdS di siffatte competenze limitative della sovranità degli Stati membri, soprattutto in considerazione della selettività con cui tale organo ha deciso di intervenire con l'istituzione dei due Tribunali, allorché crimini orrendi, in situazioni estremamente conflittuali, sono stati commessi - e continuano a esserlo - non solo in ex-Iugoslavia e Ruanda. La via migliore era dunque certamente quella dell'istituzione di un tribunale penale permanente per il tramite di un accordo internazionale, e quindi basato su un consenso specifico degli Stati ratificanti: è quanto è avvenuto. Ma non si può non prendere atto delle soluzioni eccezionali cui il CdS è arrivato in situazioni eccezionali.

*ii.* Il TPIY, con sede all'Aia (Paesi Bassi), e il TPIR, con sede ad Arusha (Tanzania), erano

composti, ciascuno, da tre organi, l'uno indipendente dall'altro: le Camere – tre Camere di 1a istanza per ciascun Tribunale e una Camera di appello comune –, il Procuratore – inizialmente comune ma poi separato in due –, la « Cancelleria ».

Le tre Camere di 1a istanza erano composte di giudici permanenti e giudici *ad litem*, gli uni e gli altri eletti dall'AGNU. Tali giudici erano espressione dei principali sistemi giuridici del mondo. Il Procuratore, nominato dal CdS su proposta del SGNU per ciascun Tribunale (fino al 2003 è stato anch'esso un organo comune), era responsabile della condotta delle inchieste, preparava e sottoponeva gli atti di accusa all'organo giudicante essendo assistito da un Ufficio apposito. Egli era tenuto ad agire in tutta indipendenza da chicchessia, tanto dal CdS che da qualunque Stato o organizzazione internazionale e altri organi del Tribunale di appartenenza. La c.d. « Cancelleria », composta del « Cancelliere » (designato dal Segretario generale delle N.U. (SGNU), previa consultazione con il Presidente del Tribunale) e di altri funzionari, era responsabile dell'amministrazione e della gestione del Tribunale e del relativo personale (all'eccezione dei giudici che, data la loro qualifica di « Under Secretary general », erano amministrati direttamente dal Segretariato delle N.U.).

Il MICT ha preso l'eredità di entrambi i Tribunali tanto riguardo alla conclusione dei procedimenti nei confronti di coloro che essi avevano già condannato in 1a istanza, quanto riguardo ai processi dei latitanti sfuggiti alla giustizia del solo TPIR (poiché il TPIY ha giudicato, almeno in 1a istanza, tutti gli accusati) e tutto ciò sulla base delle stesse regole che erano applicate dai due Tribunali. I due Statuti e i relativi Regolamenti sono dunque da considerarsi ancora in vigore.

Il MICT ha altresì ereditato la gestione dei due Centri di detenzione, con sede rispettivamente all'Aja e ad Arusha. Vi si trovano tuttora detenuti tanto gli accusati in attesa di appello, quanto i condannati con sentenza definitiva in attesa di trasferimento in uno Stato disponibile a permettere l'espiazione della pena nelle proprie strutture penitenziarie, quanto ancora gli individui assolti con sentenza definitiva in attesa di trasferimento in uno Stato disponibile ad accoglierli. Il Comitato internazionale della Croce Rossa assicura un controllo delle condizioni di detenzione. Il MICT ha anche il compito di mantenere i rapporti, a fini soprattutto di controllo delle modalità di espiazione della pena, con gli Stati che hanno accolto nelle proprie strutture penitenziarie i condannati dai due Tribunali e quelli che il MICT stesso trasferirà dopo l'eventuale condanna.

*iii.* La competenza di entrambi i Tribunali si estendeva soltanto alle persone fisiche, non essendosi accolta la proposta di seguire l'esempio del Tribunale di Norimberga cui era stata attribuita altresì la competenza a dichiarare criminale una organizzazione. I Tribunali hanno finito però, in sostanza, con il far rientrare dalla finestra ciò che era stato escluso dalla porta, facendo ampiamente ricorso alla nozione di « joint criminal enterprise » (JCE). Ciò non significa naturalmente una criminalizzazione di una qualche organizzazione, ma porta pur sempre all'accertamento dell'esistenza di un gruppo di persone legate da un progetto e piano criminale, come nella sentenza di Norimberga si è affermato: « A criminal organization is analogous to a criminal conspiracy in that the essence of both is co-operation for criminal purposes. There must be a group bound together and organized for a common purpose ».

La condotta dell'individuo ricadeva nella competenza dei Tribunali a prescindere dalla sua qualifica ufficiale, le regole internazionali sulle immunità degli organi statali non potendo dunque ostacolare in nessun modo l'attività giudiziaria. E, infatti, i due tribunali hanno processato vari organi di stato militari e civili, tra cui un Capo di stato (Milosevic!!!, il cui processo davanti al TPIY non si è concluso per via del suo decesso nel Centro di detenzione) e due Capi di uno Stato che si pretendeva indipendente (e per un certo periodo io ritengo che lo fosse) (Plavšić e Karadžić, sempre davanti al TPIY), un Capo di governo (Kambanda, davanti al TPIR).

La competenza *ratione loci* del TPIY si estendeva allo spazio terrestre e aereo e alle acque territoriali dell'ex-Iugoslavia; quella del TPIR allo spazio terrestre e aereo del Ruanda, nonché al territorio degli Stati vicini, ma in questo caso soltanto con riguardo ai crimini commessi da cittadini ruandesi.

La competenza *ratione temporis*, al momento dell'elaborazione dello Statuto del TPIY, si è posta subito come problematica. C'è chi proponeva come data iniziale quella della proclamazione dell'indipendenza della Slovenia e Croazia (25 giugno 1991) e chi proponeva una data neutra, il 1° gennaio 1991, che non fosse legata « à aucun évènement précis » e non implicasse

alcun giudizio “sur le caractère international ou interne du conflit”. E’ quest’ultima la soluzione ad essere stata accolta. Nulla era previsto nello Statuto quanto alla data finale della competenza del Tribunale e quindi il CdS, con l’adozione della c.d. *Completion Strategy* ha deciso di porre termine all’attività del Tribunale attraverso il blocco dell’attività di indagine. Il Tribunale ha dunque chiuso i battenti, dopo numerose proroghe, allorchè sono finiti tutti i processi in 1a istanza dei 161 destinatari di un Atto di accusa, per lasciare al MICT solo alcuni procedimenti di appello e un processo *ex-novo* in 1a istanza. La competenza *ratione temporis* del TPIR veniva invece subito determinata tanto nella data iniziale, il 1° gennaio 1994, quanto nella data finale, il 31 dicembre dello stesso anno. Anche questa è stata una scelta prettamente politica. La decisione circa la data finale era soprattutto motivata dal fatto che, sebbene il Ruanda fosse stato teatro di violazioni gravi anche successivamente al 1994, un governo di riconciliazione nazionale era ormai in funzione dal luglio 1994 ed era quindi opportuno lasciare la repressione di tali crimini alle giurisdizioni nazionali e non già a un Tribunale internazionale straordinario destinato a ristabilire la pace con la repressione soprattutto dei crimini commessi da personalità di alto rango del precedente regime.

*iv.* La questione della competenza *ratione materiae* dei due Tribunali è strettamente legata alla questione del contesto in cui i crimini sono stati commessi. Ciò spiega perché le norme sulla competenza materiale differiscano nei due Statuti.

Merita preliminarmente rilevare che per la determinazione di siffatta competenza si è scelto il sistema misto tanto del rinvio a norme internazionali pattizie e generali quanto dell’enumerazione diretta dei reati. Nello Statuto del TPIY, in ragione del principio *nullum crimen sine lege*, nel rinviare agli accordi ci si è limitati a quelli considerati dichiarativi del diritto consuetudinario, ma con una formula di apertura a eventuali nuove norme generali in materia di crimini di guerra (“ces violations comprennent, mais sans y être limitées...”). E’ così che vi sono menzionate le Convenzioni di Ginevra del 1949, ma non i Protocolli aggiuntivi del 1977.

Maggior coraggio il CdS ha mostrato nella determinazione della competenza materiale del TPIR: qui si è fatto rinvio anche all’integrazione del sistema di Ginevra realizzata nel 1977 con il II Protocollo relativo ai conflitti interni, nonostante la non accettazione, almeno al momento dell’adozione dello Statuto del Tribunale, del suo carattere dichiarativo del diritto generale e lo scarso numero di ratifiche di tale Protocollo. Ma qui, sempre la particolare attenzione al principio *nullum crimen sine lege* ha comportato, accanto al rinvio, la menzione specifica delle violazioni dei sistemi convenzionali in discorso con la selezione di quelli che, almeno a quel tempo, si consideravano di diritto internazionale generale, sebbene con la formula di apertura che abbiamo visto utilizzata nello Statuto del TPIY.

Dunque, la competenza del TPIY ne è risultata determinata nel modo seguente:

atti di genocidio, secondo l’elencazione identica contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1948;

crimini di guerra tanto come “infrazioni gravi alle Convenzioni di Ginevra” che “violazioni delle leggi o consuetudini di guerra” specificamente enumerate, con la clausola finale di apertura ad altre fattispecie;

crimini contro l’umanità commessi “au cours d’un conflit armé international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu’elle soit”.

Gli atti di genocidio prescindono, come peraltro nella stessa Convenzione del 1948, da qualsiasi contesto di conflitto. I crimini di guerra sono naturalmente contestuali al conflitto armato e, in ragione della menzione delle infrazioni gravi di cui alle disposizioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 relative al conflitto armato internazionale e del riferimento all’espressione “leggi o consuetudini di guerra” (tipico del sistema convenzionale dell’Aja, applicabile al conflitto internazionale), essi sembravano situarsi, nello Statuto in questione, nel contesto di un conflitto armato internazionale. Ma la giurisprudenza del TPIY, soprattutto grazie all’impulso da parte di un giurista italiano, Antonio Cassese, il primo Presidente del Tribunale, ha esteso le fattispecie più gravi di quei crimini di guerra anche al contesto dei conflitti interni che erano in corso sul territorio dell’ex-Iugoslavia.

Per i crimini contro l’umanità si è invece fatta la scelta di situarli nel contesto del conflitto internazionale o interno. Tale scelta, in verità riduttiva, è stata influenzata dal sistema di Norimberga, in cui i crimini contro l’umanità, come abbiamo visto, rientravano nella competenza del Tribunale solo se connessi al contesto della guerra.

Nello Statuto del TPIR si prevedono le stesse categorie di cui allo Statuto del TPIY, ma



con qualche differenza soprattutto nel contesto. Le tre categorie sono così indicate:

- gli atti di genocidio nella stessa formulazione dello Statuto del TPIY e quindi della Convenzione del 1948;

- i crimini di guerra con riguardo soltanto al contesto di un conflitto armato interno, implicito nel rinvio alle violazioni dell'art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra e del II Protocollo;

- i crimini contro l'umanità liberati ormai, finalmente, dal contesto del conflitto armato, ma collegati qui al contesto di un attacco generalizzato o sistematico diretto contro una qualsiasi popolazione civile in ragione della sua appartenenza nazionale, politica, etnica, razziale o religiosa.

Merita sottolineare che il fatto di collegare i crimini contro l'umanità soltanto al contesto dell'attacco a una qualsiasi popolazione civile per le ragioni sopra indicate comporta che il Tribunale possa conoscerne anche con riguardo ad aree del Paese, e dei Paesi limitrofi, che non siano state affatto coinvolte nel conflitto armato, nonché con riguardo a un periodo, soprattutto quello successivo al 17 luglio 1994, in cui il nuovo governo di unità nazionale aveva dichiarato cessato il conflitto armato. Ma cosa ancora più rilevante è che la nozione accolta dei crimini contro l'umanità nel TPIR, con il riferimento anche alla ragione dell'appartenenza politica, è stata motivata dalla necessità di permettere la repressione dei crimini commessi a danno del gruppo politico degli Hutu moderati contrari al genocidio dei Tutsi e vittime anch'essi dell'attacco generalizzato e sistematico contro una popolazione civile.

v. In entrambi gli Statuti si prevede la concorrenza della giurisdizione internazionale rispetto a quelle statali: tanto le giurisdizioni, anche di Stati diversi da quelli usciti dalla disintegrazione della ex-Iugoslavia e dal Ruanda, erano dunque abilitati a occuparsi degli stessi crimini rientranti nella competenza del TPIY e del TPIR. Il Ruanda ha infatti utilizzato a tal fine la procedura Gacaca. Si tratta di una procedura della tradizione ruandese che attribuisce ai saggi del villaggio la repressione dei reati e che è stata regolata *ad hoc* dal regime di Kagame ai fini della repressione del genocidio. I processi Gacaca hanno svolto un'attività repressiva che, nonostante alcune carenze concernenti i diritti della difesa, è stata ben accolta tanto dalla popolazione locale tutsi e hutu, quanto dalla comunità internazionale. A un'udienza di un processo Gacaca ho avuto la possibilità di partecipare come spettatore durante una visita in Ruanda e sono rimasta ben impressionata quanto alla sua efficacia sia a fini repressivi sia al fine della restaurazione di una convivenza pacifica fra le due comunità.

Ma, i due Statuti, accanto al principio della concorrenza, prevedono anche quello della primazia: ciò significa che i due Tribunali potevano sostituirsi, "in ogni fase della procedura", al tribunale interno, chiedendo a questo "il deferimento del procedimento", nel caso, per esempio, in cui si ritenesse che un processo interno non offrisse sufficienti garanzie di imparzialità, oppure che un processo contro capi di stato o di governo fosse amministrato meglio da un tribunale internazionale e casi analoghi.

Ai fini dell'accelerazione della data di chiusura dei due Tribunali, la *Completion strategy* decisa dal CdS ha anche portato alla modifica dei due Regolamenti attraverso la loro integrazione con l'art. 11 *bis*, comune, ma non identico negli specifici contenuti. Tale articolo prevede però, in entrambi i regolamenti, il trasferimento a una giurisdizione statale del procedimento e del sospettato o accusato, nonché dei dossier che non avevano ancora portato ad alcun atto di accusa davanti al Tribunale internazionale. Il trasferimento è però concesso a certe condizioni: in particolare che il processo nazionale offra garanzie di imparzialità ed equità e non commini la pena di morte oppure non vi dia esecuzione se comminata. E' l'Art. 11 *bis* del Regolamento che ha portato il Ruanda a eliminare la pena di morte dal proprio ordinamento al fine di permettere alcuni trasferimenti dalla giurisdizione internazionale alle proprie giurisdizioni.

vi. Se è vero che al rispetto delle decisioni dei due Tribunali tutti gli Stati membri delle NU erano obbligati in virtù degli Statuti e della stessa Carta dell'Organizzazione, è pur vero che l'adempimento di un siffatto obbligo è sempre dipesa dalla loro cooperazione effettiva. Si pensi, per esempio, alla raccolta delle prove ad opera di Tribunali, che, diversamente da quelli interni, ma anche di quelli di Norimberga e Tokyo che operavano in una situazione di occupazione bellica e sotto l'autorità delle Forze occupanti, non avevano invece un contatto fisico col territorio nel quale il crimine era stato commesso, nè con i sospetti criminali, nè con le vittime,

nè con i testimoni. E con il sospettato il contatto si realizzava solo dopo il suo arresto ad opera di uno Stato e il suo trasferimento al Tribunale: a meno che, naturalmente, egli non decidesse di consegnarsi spontaneamente e che lo Stato sul territorio del quale egli si trovasse non ostacolasse la sua decisione. I due Tribunali *ad hoc* non avevano, come il MICT non ha, neppure un contatto diretto con gli organi statali cui è demandata l'esecuzione delle loro decisioni. Il contatto è mediato dalla barriera della sovranità statale e, di solito, salva una scelta diversa fatta formalmente dallo stesso Stato, segue le normali vie diplomatiche. Insomma, i tribunali penali internazionali sono un po' come delle costruzioni sospese su palafitte: essi in tanto funzionano in quanto la loro attività, in tutte le fasi del procedimento, affondi nel tessuto normativo degli Stati di cui risulti necessaria la cooperazione.

*vii.* Sul piano della cooperazione degli Stati, problema particolare è quello dell'esecuzione delle sentenze definitive dei due Tribunali e del MICT.

I due Statuti prevedono non già l'obbligo del riconoscimento della sentenza o dei suoi effetti o l'obbligo della sua applicazione diretta, ma solo l'obbligo dell'esecuzione della condanna per lo Stato che dia la propria disponibilità ad accettare il condannato sul proprio territorio per l'esecuzione della pena nelle proprie strutture penitenziarie. Oggetto di un obbligo siffatto non è quindi la sentenza di assoluzione. Va però subito precisato che il principio del *ne bis in idem*, di cui ai due Statuti, comporta che gli Stati debbano riconoscere alcuni effetti a tutte le sentenze dei due Tribunali: non foss'altro l'effetto preclusivo di un ulteriore giudizio. Ma se tanto per la sentenza di assoluzione quanto per quella di condanna gli Stati sono tenuti a rispettare il *ne bis in idem*, la prassi invalsa nei sistemi nazionali è stata quella di sottoporre a un procedimento di riconoscimento la sentenza di condanna nel caso in cui lo Stato avesse dato la disponibilità di accogliere un determinato condannato nelle proprie strutture penitenziarie.

Lo Stato è inoltre tenuto a dare esecuzione alla pena senza modificarla, come a non applicare al condannato eventuali leggi in materia di amnistia. Per quanto riguarda invece la grazia, la commutazione della pena o la scarcerazione sotto condizione, esse sono possibili solo su decisione ormai del MICT, previa informazione da parte dello Stato. L'Italia non ha ottemperato a siffatto obbligo nel caso della scarcerazione anticipata di Ruggiu, il giornalista italo-belga della Radio ruandese delle "Mille colline", condannato dal TPIR per genocidio e trasferito a scontare gli ultimi anni in Italia, dove risiede la sua famiglia. Gli Accordi fra lo Stato italiano e il TPIY da una parte e il TPIR dall'altra prevedono peraltro che se la giurisdizione internazionale giudichi inopportuna la concessione della grazia o della commutazione della pena ai sensi della legge italiana, l'Italia restituisca il condannato.

A norma sempre dei due Statuti e di quello del MICT, le condizioni della detenzione sono stabilite dalla legge dello Stato-ospite, salva la supervisione delle stesse ad opera della giurisdizione internazionale. Gli accordi per il trasferimento dei condannati prevedono inoltre che "conditions of imprisonment shall be compatible with the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, the Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment and the Basic Principles for the Treatment of Prisoners". Vi si prevede, inoltre, una verifica di tali condizioni ad opera della giurisdizione internazionale e del CICR.

*viii.* Se gli Stati rifiutano di cooperare con la giurisdizione internazionale, è prevista la possibilità del ricorso perfino alle misure coercitive del CdS. In questa possibilità sta la *vera e propria primazia* dei Tribunali e ora del MICT sulle giurisdizioni interne, nel senso di primazia che si impone anche contro una diversa volontà, *ex post facto*, degli Stati recalcitranti, sebbene sempre in virtù di una volontà da loro stessi espressa *ex ante facto* con la ratifica della Carta delle NU. In verità, però, i Tribunali hanno piuttosto negoziato con gli Stati per convincerli a collaborare, evitando di richiedere misure coercitive al CdS.

Va peraltro rilevato che con gli Accordi di Dayton si era trovata un'alternativa a quella dell'intervento del CdS: come ulteriore soluzione per la cattura dei ricercati sotto indagine davanti al TPIYCdS vi si era decisa l'istituzione di una Forza multinazionale, composta da contingenti statali (SFOR, poi sostituita dall'EUFOR), autorizzata a catturare i sospetti criminali, ciò che si è in effetti a volte realizzato.

A conclusione di questa disamina essenziale, vediamo ora alcuni aspetti che io considero critici della giurisprudenza dei due Tribunali *ad hoc*, per poi fermarci brevemente anche sugli aspetti e risultati positivi di tale giurisprudenza.

ix. Ho già rilevato che i giudici, tanto permanenti quanto *ad litem* dei due Tribunali (quelli del MICT sono tutti *ad litem*) sono stati eletti dall'AGNU su proposta del CdS anzitutto naturalmente secondo il merito dei candidati - presentati però dagli Stati non sempre in considerazione della loro competenza in materia di diritto internazionale penale -, ma anche poi secondo il criterio del pluralismo dei sistemi giuridici rappresentati. Non posso però non lamentare che nei due Tribunali - e mi pare purtroppo, anche se forse in misura minore, al MICT e alla CPI - è soprattutto il sistema di *common law* ad essere stato rappresentato.

Ecco, l'aspetto negativo che ho subito colto arrivando al TPIR, ma poi soprattutto al TPIY, è stato quello dell'esistenza di una dinamica perfino conflittuale tra chi pensava che tutto dovesse essere risolto secondo il sistema di *common law* e chi restava troppo formalisticamente ancorato alla sua esperienza di *civil law*. Tra questi due estremi, c'era chi ricercava una soluzione più equilibrata e aperta a una armonizzazione tra i due sistemi. Il giudice Cassese aveva notevolmente contribuito alla modifica dei regolamenti di procedura e prova dei due Tribunali, ispirati essenzialmente alla *common law*, prendendo alcune regole di procedura dal sistema di *civil law* che potessero essere più funzionali alla condotta del processo internazionale. E questo approccio era timidamente continuato dopo le dimissioni di Cassese con l'aggiunta di regole che prevedono l'ammissione di prove documentali in aggiunta al potere della Camera, « de recevoir tout élément de preuve pertinent qu'elle estime avoir valeur probante ». Ma queste regole non sono state utilizzate dalle Camere in tutta la loro potenzialità. A mio avviso, invece, esse avrebbero permesso una più rapida, facile e migliore determinazione della verità processuale in un contesto, come quello di crimini strettamente collegati a ideologie politiche, dove si processavano soprattutto i più alti responsabili e dove quindi la credibilità dei testimoni rappresentava un punto debole, che forse è il più debole di un processo internazionale per crimini di rilevanza internazionale.

In ogni caso, il miscuglio di esperienze e culture diverse è certamente il migliore ingrediente per un buon processo internazionale, ma soltanto a condizione che tutti i protagonisti attivi di questo processo - siano essi il Procuratore e il personale del suo ufficio, siano essi i giudici e il personale che li assisteva - lavorino con una buona dose di umiltà e di equilibrio, ciò che spesso non accade. La mancanza di umiltà e di equilibrio di certi protagonisti di tale processo, i quali si credono investiti di una missione sacra, rappresenta, secondo la mia esperienza una delle debolezze dell'attuale giustizia penale internazionale. Ci si dovrebbe invece ricordare che si è lì non per dimostrare che il proprio sistema - che sia di *civil law* o di *common law* - è il migliore o che la propria esperienza nazionale - di giudice o di accademico - è la più adeguata per indagare su un sospetto o giudicare un accusato di genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità, crimine di aggressione (previsto, come vedremo, solo dallo Statuto della Corte penale internazionale (CPI)). Essi sono là soltanto per prendere di ogni esperienza e di ogni cultura il meglio per poter accertare al meglio la verità giudiziaria.

x. Passo ora ad aspetti particolarmente delicati, perché concernenti la determinazione della responsabilità dell'accusato.

In questo campo ritengo anzitutto criticabile il modo in cui è stato spesso applicato il principio della responsabilità di comando, con il risultato di una denaturazione di tale forma di responsabilità come codificata dalle Convenzioni internazionali in materia di DIU e applicata nelle giurisdizioni interne, ma anche in alcune decisioni degli stessi Tribunali *ad hoc*. Tale denaturazione consiste nel ritenere che uno degli elementi costitutivi della responsabilità di comando - quello del controllo effettivo del superiore sul subordinato - significhi controllo sul terreno. Ciò elimina qualsiasi possibilità di risalire la scala di comando e permette ai comandanti di più alto livello, quelli che dovrebbero portare le maggiori responsabilità, di trascurare ogni controllo sul comportamento dei loro subordinati o perfino, spesso, di "utilizzarli per il lavoro più sporco". Peraltro, tale nozione restrittiva del controllo effettivo si pone in ridondanza logica con l'altro elemento costitutivo della responsabilità di comando: il fatto che il superiore conosca o debba conoscere che le sue truppe si comportavano abitualmente in modo criminale - per poter quindi prevenire il crimine - o abbia conoscenza dello specifico crimine - per poterlo punire. L'elemento del controllo effettivo è invece, nella logica della responsabilità di comando, il potere effettivo del superiore sul subordinato di imporgli certi comportamenti e di vietargli quelli criminali, il potere di poter prevenire i crimini e di poterli punire, in una logica di possibile risalita della scala gerarchica fino al Capo di stato maggiore e/o del Capo dello stato, che in molti sistemi è anche capo delle FFAA. Insomma, la respon-

sabilità di comando è sorta soprattutto per poter responsabilizzare i comandanti di più alto livello e non già soltanto i piccoli comandanti presenti sul terreno.

Altro aspetto critico di una certa giurisprudenza del TPIY, su cui del resto si è molto dibattuto fra gli esperti del DIP, è quello relativo all'applicazione della responsabilità per complicità. In un caso, rimasto per fortuna isolato, la Camera di appello ha fatto una rilettura sbagliata, come è stato affermato in una successiva decisione sempre di appello (di una Bench diversa, naturalmente), della giurisprudenza precedente in materia di complicità. Attraverso questa rilettura si è costruita la c.d. *specific direction* – il fatto lapalissiano che la complicità abbia di mira il crimine – quale elemento non già della complicità quale fatto giuridico, ma piuttosto quale elemento, tra l'altro mentale, del puro fatto storico – nel caso specifico politico-militare – dell'assistenza fornita da un accusato al diretto autore del crimine. Tale ricostruzione della *specific direction* è oltre tutto avvenuta con una certa ambiguità: la si è voluta costruire quale elemento dell'*actus reus*, ma si è al contempo parlato di *culpable link* (ciò che è *mens rea* e non *actus reus*!); del resto, due giudici della maggioranza hanno tenuto a precisare, in una loro comune opinione individuale, che, a loro avviso, la *specific direction* sarebbe piuttosto elemento della *mens rea*, ma che la maggioranza l'avrebbe applicato all'*actus reus* solo per rimanere fedele alla giurisprudenza precedente... Queste confusioni non sono altro che una riprova che la maggioranza ha in verità anticipato la *specific direction* al momento in cui l'accusato decideva di fornire l'assistenza militare a un altro esercito con tutti i mezzi a sua disposizione con l'intenzione – ecco la *mens rea* – che si commettessero crimini. Ma ciò era ben difficile che potesse risultare dalle prove, perchè è del tutto politicamente improbabile, perfino per il caso di un'organizzazione militare criminale, che un'assistenza venga fornita con l'intenzione specifica che si commettano crimini. La si fornisce in verità al fine di contribuire allo sforzo bellico per la vittoria contro un nemico comune, fors'anche del tutto incuranti del fatto che tale assistenza potrebbe anche comportare un contributo sostanziale ai crimini sul terreno o perfino consapevoli di ciò. Ma, in ogni caso, l'assistenza come tale, come puro fatto storico, non è ancora automaticamente complicità con i crimini e non è quindi lì che va ricercata la *specific direction*, quale partecipazione del complice alla commissione dei crimini. Va ulteriormente verificato se tale assistenza abbia o no portato a fornire un contributo sostanziale alla commissione dei crimini sul terreno.

Ma anche la responsabilità per partecipazione a una JCE, nelle tre diverse forme enunciate dalla Camera di appello dei due Tribunali *ad hoc*, ha suscitato reazioni controverse fra i commentatori. Alcuni ritengono che la responsabilità per partecipazione a una JCE che comporti la determinazione di una responsabilità di un partecipante a prescindere dal ruolo svolto lederebbe i diritti della difesa. L'applicazione della JCE ad opera dei due Tribunali, bisogna riconoscerlo, ha facilitato il compito del Procuratore nella ricerca delle prove. Si è inoltre valutata negativamente che tale forma di responsabilità sia stata applicata in assenza di una disposizione statutaria e quindi fondata sul diritto internazionale consuetudinario.

Tali critiche hanno pesato alla Conferenza istitutiva della CPI sulle scelte degli Stati, per cui nello Statuto di Roma si accoglie solo la prima forma di JCE e in termini più restrittivi rispetto ai due Tribunali *ad hoc*. Va inoltre sottolineato che la giurisprudenza della CPI ha ulteriormente ridotto l'applicazione di tale forma di responsabilità rispetto alla nozione esplicitata nello Statuto perché richiede l'elemento del controllo del crimine sul terreno da parte dell'individuo accusato di contribuire alla JCE. Ciò rende evidente che, sulla determinazione ad opera dei tribunali penali internazionali della responsabilità individuale per reati come il genocidio, i crimini di guerra e i contro l'umanità, che quasi sempre implicano un disegno criminale collettivo di un gruppo, pesa un'ombra di incertezza: gli individui accusati di aver contribuito a una JCE verrebbero assolti in un processo davanti alla CPI, mentre altri, per la stessa forma di contribuzione a una JCE, sarebbero condannati dal MICT quale erede dei due Tribunali *ad hoc*. Inoltre, nel quadro della stessa CPI, le diverse Camere potrebbero arrivare ad applicazioni divergenti di tale importante forma di responsabilità anche a seconda della loro composizione di maggioranza: giudici di *civil law* più formalisti *versus* giudici di *common law*, più portati a un'applicazione ampia della JCE, che peraltro trae origine proprio dal loro sistema giuridico.

*xi.* Con qualche pecca qua e là, ma la giurisprudenza dei due Tribunali penali internazionali ha avuto un ruolo fondamentale nello sviluppo del diritto internazionale penale, rappresentando così anche la base fondamentale per la sua codificazione nello Statuto di Roma.

Potrei dilungarmi a lungo sull'analisi di tutti i contributi dati dalla giurisprudenza in questione a questo settore del diritto internazionale, ma mi limiterò a riferirmi ad alcuni fra quelli che io ritengo siano i più importanti.

Grazie all'audacia di Antonio Cassese e al suo buon senso, cui egli si è del resto appellato, l'*acquis* più importante di tale giurisprudenza è a mio avviso quello relativo all'estensione delle norme più importanti del DIU in vigore per il contesto del conflitto internazionale al contesto del conflitto interno. Ciò è avvenuto sulla base di una breve magica frase utilizzata in una delle prime sentenze di appello del TPIY: "What is inhumane, and consequently proscribed, in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife". Nessuno Stato ha contestato tale estensione e da allora essa è divenuta patrimonio del DIU applicabile al contesto dei conflitti interni.

Un altro contributo da sottolineare è quello dato alla nozione di conflitto armato e alla distinzione fra conflitto armato internazionale e conflitto armato interno. E' così che si è affermato che "an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State". Importante è stato anche l'aver sottolineato che "International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved" e che "Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there". Queste determinazioni della Camera di appello comune ai due Tribunali, ma fatte in un caso dell'ICTY, hanno sempre ricevuto applicazione in entrambe le giurisdizioni, tanto in 1a istanza, quanto in appello.

Da ultimo mi preme particolarmente, visto l'attuale difficile contesto storico e politico, dedicare qualche riga a un altro aspetto della giurisprudenza dei due Tribunali nel quale essa ha dato un contributo di grande rilevanza: quello relativo al "discorso dell'odio". Il discorso dell'odio è stato infatti ampiamente applicato dai due Tribunali come forma sia di persecuzione quale crimine contro l'umanità che di istigazione ai crimini di guerra, ai crimini contro l'umanità, agli atti di genocidio. Ciò è legato anche al fatto che tali crimini hanno una componente fortemente ideologica, come ho già avuto occasione di sottolineare.

La rilevanza del discorso dell'odio come reato o come istigazione a un reato tocca una problematica giuridica e politica molto delicata per le democrazie avanzate, chiamate a proteggere soprattutto la libertà di espressione, ma ben consapevoli che il discorso dell'odio, dopo decenni di tranquillità in Europa, ricomincia a turbare le nostre democrazie. Le prove portate davanti ai due Tribunali *ad hoc* nei casi in cui il Procuratore adduceva il discorso dell'odio come forma di persecuzione e/o come di istigazione ai crimini di loro competenza mostrano chiaramente come "le parole sono più pericolose delle baionette", come ha perfino affermato un accusato al TPIY per il discorso dell'odio. Le parole, soprattutto nei conflitti inter-etnici e inter-religiosi, rappresentano infatti i mezzi più efficaci allorché si persegue la vittoria a tutti i costi, anche tramite i crimini più orrendi. Secondo una sentenza di appello del TPIR: «Hate speech is a discriminatory form of aggression that destroys the dignity of those in the group under attack. It creates a lesser status not only in the eyes of the group members themselves but also in the eyes of others who perceive and treat them as less than human. The denigration of persons on the basis of their ethnic identity or other group membership in and of itself, as well as in its other consequences, can be an irreversible harm».

Io credo del resto che questa affermazione trovi un riscontro anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In verità, questa giurisprudenza è stata spesso interpretata in un senso che cerca di far pendere la bilancia nella direzione del carattere assoluto della libertà di espressione piuttosto che verso l'affermazione di certi limiti a tale libertà, ciò che invece, a mio parere, risulta bene da una lettura approfondita e forse più imparziale di tale giurisprudenza. A me pare, infatti, che la Corte sia ben consapevole del pericolo, in certi contesti, del discorso dell'odio e dei limiti che la libertà di espressione non può non subire in una società democratica ispirata ai valori della dignità umana e della pace. Ho però l'impressione che il pericolo e la gravità del discorso dell'odio o semplicemente discriminatorio, come il fatto che esso potrebbe portare a cambiare d'un colpo il contesto pacifico dei Paesi europei, non siano sufficientemente avvertiti nelle nostre società. Ciò spiega che si faccia pendere la bilancia per una libertà di espressione assoluta, senza limiti neppure in nome della dignità della

persona. Bisognerebbe ricordare ciò che il TPIR ha affermato in un caso nel quale un discorso di odio è stato qualificato come atto diretto di persecuzione della comunità tutsi: «il ne s'agit pas d'une incitation à faire du mal. C'est un mal en soi».

## 5. La Corte penale internazionale.

### 5.1. L'istituzione della CPI.

*i.* Abbiamo già visto come vari tentativi di istituire un tribunale penale internazionale permanente (e quindi corte, secondo la prassi del diritto internazionale) siano stati fatti prima alla Conferenza di pace di Parigi, poi fra le due guerre mondiali nel quadro della S.d.N. e dopo la II guerra mondiale nel quadro NU. Fino alla caduta del muro di Berlino tutti questi tentativi si sono arenati quasi al loro inizio. E' solo nel 1989, su iniziativa di un piccolo Stato caraibico, Trinidad-e-Tobago, preoccupato del traffico internazionale di stupefacenti nei suoi mari, che la questione di una corte penale internazionale si è riaperta ed è stata affidata alla Commissione del diritto internazionale prima e poi a vari Comitati preparatori organizzati *ad hoc* nel quadro delle Nazioni Unite, fino alla Conferenza diplomatica di Roma del 1998. Tale Conferenza ha adottato una Convenzione internazionale portante lo Statuto della CPI.

La Corte è quindi nata a seguito dell'entrata in vigore dello Statuto e cioè 60 giorni dopo il raggiungimento della 60a ratifica, il 1° luglio 2002, data dalla quale decorre anche la sua competenza rispetto al genocidio, ai crimini di guerra, ai crimini contro l'umanità. Per ciascuno Stato la cui ratifica o adesione sia pervenuta dopo quella data, lo Statuto entra in vigore 60 giorni dopo la ratifica o adesione con riguardo sempre alle tre suddette categorie di crimini. Per quanto riguarda invece il crimine di aggressione, la competenza della Corte è scattata solo recentemente, a seguito tanto del raggiungimento della 30esima ratifica delle modifiche dello Statuto adottate in materia di aggressione alla Conferenza di revisione dello Statuto, tenutasi a Kampala nel 2010, quanto dell'adozione, che era stata stabilita in una data successiva al 1° gennaio 2017, di una decisione di attivazione ad opera dell'Assemblea degli Stati Parte (ASP). Tale decisione, adottata per *consensus* il 14 dicembre 2017, ha fissato al 17 luglio 2018 l'entrata in vigore delle modifiche di Kampala sul crimine di aggressione. Dopo il ritiro delle Filippine, 122 Stati sono parti allo Statuto di Roma.

Si tratta dunque non di un Tribunale delle NU, ma di una Corte penale internazionale a carattere permanente creata con un Accordo interstatale. Vedremo però che il CdS può utilizzare questo meccanismo giudiziario per il ristabilimento della pace.

### 5.2. La struttura della CPI.

La struttura della Corte è alquanto diversa da quella dei Tribunali *ad hoc*. Essa ha un organo giudiziario in più, la Camera preliminare, e un organo politico, l'Assemblea degli Stati Parte (ASP). Inoltre vi opera un Dipartimento che si occupa delle vittime, le quali, diversamente da quanto avveniva davanti al TPIY e al TPIR, partecipano, a certe condizioni e secondo specifiche modalità, ai procedimenti giudiziari. Anche le competenze del Procuratore e del suo Ufficio (OTP) sono disciplinate in modo diverso, sia perchè, prima di aprire le indagini, egli ha il compito di effettuare le c.d. *preliminary examinations*, sia perchè egli è sottoposto a un controllo da parte della Camera preliminare.

### 5.3. La competenza *ratione materiae*.

*i.* Ai sensi dell'Art. 5 dello Statuto, la competenza della Corte si estende al genocidio, ai crimini di guerra, ai crimini contro l'umanità, al crimine di aggressione. Nella sua competenza rientrano quindi solo i c.d. *core crimes* del diritto internazionale.

Lo Statuto di Roma rappresenta proprio la codificazione di due categorie di questi *core crimes* – i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità. Tale codificazione riprende altresì lo

sviluppo progressivo di questa parte sostanziale del DIP realizzato dalla giurisprudenza dei due Tribunali *ad hoc*, con qualche differenza, come per esempio nella materia delle forme di responsabilità penale personale, imposta durante i lavori di elaborazione dello Statuto soprattutto dagli Stati di *civil law*. La parte sul *crimine* di aggressione è invece innovativa, salvo per la definizione dell'*atto* di aggressione, come di seguito vedremo.

Il traffico illecito di stupefacenti, che era stato la preoccupazione di Trinidad-e-Tobago nel 1989, non è stato quindi ricompreso nella competenza della Corte, come neppure il terrorismo internazionale, che era stato oggetto delle proposte di un nutrito gruppo di Stati durante i lavori preparatori dello Statuto di Roma. Alcuni atti di terrorismo internazionale possono però rientrare nella nozione di crimine contro l'umanità accolta nello Statuto.

*ii.* Anche lo Statuto di Roma accoglie la definizione di genocidio di cui alla Convenzione del 1948, ma, diversamente dagli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*, esso non prende in considerazione come crimini l'intesa mirante a commettere genocidio, l'incitamento diretto e pubblico a commettere genocidio, il tentativo di genocidio e la complicità nel genocidio. Queste restano dunque forme di responsabilità anche per gli atti di genocidio nella misura in cui siano previste dalle disposizioni generali in materia di responsabilità penale personale di cui all'Art. 25 dello Statuto.

*iii.* Per la determinazione della competenza della Corte per i crimini di guerra del contesto internazionale, lo Statuto adotta il metodo misto del rinvio alle norme delle Convenzioni di Ginevra del 1949 (ma non al Protocollo I) e dell'elencazione delle fattispecie. In questa elencazione si ritrovano tanto le violazioni di alcune norme del I Protocollo, quanto alcune fattispecie del tutto nuove, le une e le altre "applicable in international armed conflict, within the established framework of international law". Ne risulta un codice che arricchisce notevolmente la lista delle violazioni del DIU che risulterebbero dalle Convenzioni di Ginevra e dal I Protocollo. In questa lista vengono infatti riprese alcune fattispecie criminose che erano state applicate nella giurisprudenza dei due Tribunali *ad hoc* attraverso la norma generale inclusiva di cui si è detto e che non è invece contenuta nello Statuto di Roma. Per il contesto del conflitto interno si utilizza ugualmente il metodo misto, rinviandosi qui naturalmente all'Art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra (ma non al Protocollo II), con l'ulteriore precisazione di contesto che tali norme non si applicano "to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature". Neppure qui troviamo una norma generale inclusiva. Nel caso della formazione di nuove norme consuetudinarie relative a entrambi i contesti, è quindi necessario modificare lo Statuto, come ciò è avvenuto a Kampala nel 2010 con riguardo all'utilizzo di determinati mezzi di guerra, ciò che ha portato a integrare il codice di Roma dei crimini di guerra.

*iv.* Diversamente dal crimine di guerra, il crimine contro l'umanità necessitava, come negli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*, di una definizione generale. Quella accolta nello Statuto di Roma si discosta però in parte da quella sia del TPIY che del TPIR. L'Art. 7(1) recita: "For the purpose of this Statute, "crime against humanity" means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack". E segue poi la lista di alcune fattispecie e infine la seguente norma generale inclusiva: "Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health". Nel par. 2 si danno poi le definizioni sia di "attack directed against any civilian population", che di alcune fattispecie di crimini contro l'umanità.

*v.* L'esercizio della competenza della Corte per il crimine di aggressione, la quale, come ho già rilevato, era prevista dall'Art. 5(d) dello Statuto, era stato bloccato dalla disposizione che ne rinviava l'attivazione all'adozione della definizione del crimine e alla fissazione delle condizioni per l'esercizio di tale competenza. Si è seguita dunque una lunga procedura che ha portato a un accordo, raggiunto con molte difficoltà a Kampala, tanto sulla definizione del crimine, di cui ora all'Art. 8*bis* dello Statuto, quanto sul complesso meccanismo di attivazione della competenza, disciplinato dagli Articoli 15*bis* e 15*ter*.

Vediamo anzitutto la definizione del crimine. Essa si conforma alla vecchia definizione adottata dall'AGNU per indicare l'atto statale di aggressione nel lontano 1974. Il crimine di

aggressione ne risulta definito nei seguenti termini: “For the purpose of this Statute, “crime of aggression” means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations” (Art. 8*bis*, par. 1).

Appare evidente che tale definizione non è autosufficiente. Restava da definire l’atto di aggressione come violazione grave della Carta e quindi quale atto statale di aggressione. A questo fine si è utilizzato il testo della Risoluzione AGNU 3314 (XXIX) del 14 dicembre 1974 anzitutto nella definizione generale che dà dell’atto: “For the purpose of paragraph 1, “act of aggression” means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations”. Seguono poi, sempre secondo il testo della Risoluzione, gli atti da qualificarsi come aggressione: “(a)The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof;(b)Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;(c)The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;(d)An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;(e)The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;(f)The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;(g)The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein”.

E’ chiaro che tale definizione di aggressione riflette un contesto storico-politico molto diverso da quello attuale, ma la soluzione accolta è pur sempre migliore del nulla.

## 5.4.

### *Il fondamento della competenza.*

La competenza della Corte non è automatica in ragione della sua istituzione, nonostante la battaglia fatta invano soprattutto dalla Germania per l’automaticità almeno per il genocidio. Essa si fonda anzitutto sul consenso degli Stati espresso o con la ratifica dello Statuto o con una dichiarazione *ad hoc*. Per il crimine di aggressione è però prevista per gli Stati parti la possibilità dell’*opting out* e cioè di una dichiarazione preventiva di esclusione della competenza nonostante la ratifica dello Statuto. Tale dichiarazione può essere ritirata in ogni momento; in ogni caso deve essere riconsiderata entro tre anni.

La competenza della Corte per il genocidio, i crimini di guerra e i crimini contro l’umanità fondata sulla ratifica dello Statuto o sulla dichiarazione *ad hoc* è ulteriormente sottoposta al criterio di giurisdizione territoriale o nazionale, che operano quindi in modo alternativo. Ciò significa che il nazionale di uno Stato non parte allo Statuto può essere sottoposto alla giurisdizione della Corte se ha commesso un crimine rientrante nelle tre suddette categorie sul territorio di uno Stato parte. Ciò significa altresì che lo stesso tipo di crimine commesso sul territorio di uno Stato non parte può arrivare di fronte alla Corte se commesso da un nazionale di uno Stato parte. Per il crimine di aggressione, invece, gli Stati non parti si sono visti riconoscere il beneficio dell’esclusione di entrambe queste possibilità: “In respect of a State that is not a party to this Statute, the Court shall not exercise its jurisdiction over the crime of aggression when committed by that State’s nationals or on its territory” (Art. 15*bis* 5).

Purtroppo la decisione di attivazione della competenza adottata, come vedremo, dall’ASP complica le cose, perché pretende che il suddetto beneficio si applichi anche a vantaggio degli Stati parti allo Statuto che non abbiano ratificato gli emendamenti sul crimine di aggressione. Essa infatti sostiene che “...in the case of a State referral or *proprio motu* investigation the Court shall not exercise its jurisdiction regarding a crime of aggression when committed by a national or on the territory of a State Party that has not ratified or accepted these amendments” (par. 2). Ma tale pretesa si pone in difformità rispetto alla chiara disposizione di cui



all'Art. 15<sup>bis</sup> par. 5. La detta pretesa è altresì incoerente rispetto alla clausola di *opting out* di cui gli Stati parti già beneficiano e che permette loro di essere parti allo Statuto, ma di non essere vincolati dalla nuova disciplina in materia di aggressione. E' vero che l'*opting out* deve essere riconsiderato entro i tre anni, ma è anche vero che la pretesa di cui al par. 2 della decisione ASP non fa altro che assumere come verità la posizione di certi Stati che si era delineata dopo Kampala. Tale posizione è tuttora controversa nonostante la decisione ASP sia stata adottata per *consensus*. Ci si può solo augurare che le Camere dimostrino indipendenza dall'organo politico della stessa Corte, che tra l'altro non ha la competenza di interpretare le norme statutarie.

Oltreché con il consenso degli Stati, la competenza della Corte può determinarsi per tutte le quattro categorie di crimini anche con una risoluzione del CdS adottata ai sensi del Capo VII della Carta delle NU, e cioè in una situazione comportante una minaccia alla pace, una rottura della pace o un atto di aggressione. Una siffatta risoluzione stabilisce la competenza della Corte in virtù dei poteri autoritativi attribuiti al Consiglio di sicurezza dal suddetto Capo VII, ma che si basano sempre sul consenso degli Stati, espresso in questo caso con la ratifica della Carta delle NU. Si tratta quindi di una risoluzione dagli effetti analoghi alle risoluzioni istitutive, come abbiamo visto, del TPIY e del TPIR, con la sola differenza che quelle hanno altresì e anzitutto creato i due Tribunali e poi attribuito ad essi la competenza in materia di genocidio, crimini di guerra e crimini contro l'umanità commessi in due situazioni qualificate dal Consiglio come minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali.

## 6. Il meccanismo di attivazione.

Il meccanismo di attivazione previsto dallo Statuto (c.d. trigger mechanism) per le quattro categorie di crimini attribuisce il potere di azione (discrezionale) sia a ciascuno Stato parte allo Statuto che al Procuratore *proprio motu*. Con riguardo al genocidio, ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità, il potere tanto degli Stati parti quanto del Procuratore è subordinato alla sussistenza della competenza sulla base del criterio territoriale o di quello nazionale. Per il crimine di aggressione il potere di azione è invece subordinato al fatto che lo Stato parte non abbia utilizzato la clausola di *opting out*. Il rinvio ad opera del CdS di una situazione al Procuratore ai sensi del Capo VII, oltre a stabilire direttamente, come si è visto, la competenza della Corte per tutte e quattro le categorie di crimini commessi in situazioni che vedano il coinvolgimento di Stati non parti allo Statuto, rappresenta altresì lo strumento di attivazione del procedimento investigativo.

Vediamo da ultimo un aspetto dell'attivazione della competenza della Corte in materia di aggressione che è stato molto controverso nel corso dell'elaborazione della disciplina in materia di crimine di aggressione. Si è visto che la definizione di tale crimine, come atto di un individuo, è debitrice della definizione dell'atto statale di aggressione. Posto che la Carta delle NU prevede in questa materia una responsabilità primaria del CdS, a Kampala si era subito delineata, soprattutto naturalmente su iniziativa degli Stati membri permanenti di tale organo politico, la necessità di condizionare l'esercizio della competenza della Corte al previo accertamento ad opera del CdS dell'atto di aggressione. Si è riusciti infine a trovare una soluzione di compromesso: si è previsto che il Procuratore, una volta stabilita l'esistenza di una ragionevole base per aprire le indagini sul crimine di aggressione in una determinata situazione, verifichi se il CdS abbia già accertato l'atto statale di aggressione o, altrimenti, notifichi al SGNU la propria determinazione perché si attivi una decisione preventiva del CdS; si è però stabilito che il Consiglio debba intervenire entro sei mesi dal *referral* alla Corte ad opera di uno Stato parte di una situazione in cui il crimine di aggressione appaia essere stato commesso o, nel caso di azione *motu proprio*, dalla notifica di cui sopra da parte del Procuratore al SGNU; passati i sei mesi nel silenzio del CdS, il Procuratore può avviare le indagini su autorizzazione della Camera preliminare, a meno che il Consiglio non le sospenda per un anno – purtroppo rinnovabile –, come esso può peraltro fare, ai sensi dell'Art. 16 dello Statuto, per indagini su qualsiasi altro crimine di competenza della Corte. La decisione di accertamento dell'atto di aggressione è sottoposta al c.d. veto dei membri permanenti, ma per fortuna anche la decisione di sospensione è sottoposta a tale veto.

La soluzione accolta che permette al CdS di intervenire a ritardare o bloccare un'attività investigativa non è certamente soddisfacente, ma, data la realtà delle relazioni internazionali

che sono condizionate dalle grandi potenze, quelle cioè che detengono il diritto di “veto” al CdS, era impossibile ottenere di più a Kampala. E’ già positivo che non si permetta al CdS di bloccare il procedimento davanti alla Corte con la propria inerzia e che si preveda in un caso del genere l’intervento della Camera preliminare. Naturalmente, che la Camera preliminare sia investita o meno di una siffatta decisione dipende dalla indipendenza del Procuratore nell’esercizio dell’azione *motu proprio* o dal coraggio di qualche Stato di effettuare il *referral*.

Dunque, al di là del fatto che i giudici della Corte, sovrani nell’interpretazione di tale disciplina, ben potrebbero adottare l’interpretazione meno riduttiva dell’esercizio della competenza della Corte in materia di crimine di aggressione, io ritengo veramente irto di ostacoli il percorso verso un processo contro un accusato di questo *core crime* del diritto internazionale. Ciò non significa che non sia stato importante che gli Stati c.d. in via di sviluppo siano risultati vincitori nella loro battaglia di formalizzare nello Statuto della Corte penale internazionale, da una parte, il consenso degli Stati a considerare l’aggressione un crimine e, dall’altra, la definizione di tale crimine, seppure non del tutto soddisfacente.

## 6.1. *Il principio di complementarità.*

La competenza della CPI, diversamente da quella dei due Tribunali *ad hoc* e del MICT, è però complementare a quella delle giurisdizioni nazionali. Ciò significa che, pur se soddisfatti i requisiti per l’esercizio della competenza, la Corte dovrà determinare se il caso si riveli invece inammissibile (Art. 17). Il caso sarà da considerarsi inammissibile *i. se* è oggetto di investigazioni o prosecuzione in uno Stato che abbia giurisdizione su di esso, a meno che lo Stato non sia *unwilling* o *unable* di occuparsene in modo genuino; *ii. se* le investigazioni nel suddetto Stato abbiano portato a un non luogo a procedere, a meno che tale decisione non risulti dalla solita *unwillingness* o *inability*; *iii. per* l’operare del *ne bis in idem*; *iv. se* il caso non presenta sufficiente gravità, tale da giustificare un procedimento davanti alla Corte. Lo Statuto fornisce nell’Art. 17 anche i criteri per l’interpretazione delle condizioni di *unwillingness* o *inability*.

## 6.2. *La cooperazione degli Stati con la Corte.*

L’esecuzione delle sentenze della CPI si pone negli stessi termini che abbiamo visto per le sentenze dei due Tribunali *ad hoc*: l’obbligo di rispettarle, ma non già esecuzione diretta nei sistemi interni.

Per le conseguenze della violazione degli obblighi di cooperazione fra Corte e Stati assume rilevanza il fatto che, non trattandosi di un tribunale delle Nazioni Unite, la Corte non può giovare sempre dei poteri coercitivi del CdS. Si può infatti chiedere il suo intervento soltanto per i casi che scaturiscano dal *referral* di una situazione al Procuratore ad opera dello stesso Consiglio. Per gli altri casi di non cooperazione le Camere possono rinviare la questione all’ASP, la quale però non ha il potere di imporsi in modo autoritativo sugli Stati.

La questione più delicata che si pone in materia di cooperazione è quella dell’esecuzione dei mandati di arresto della Corte. Attualmente, ci troviamo sotto questo aspetto davanti a una situazione di crisi perché numerosi Stati parti allo Statuto si sono rifiutati di arrestare e consegnare il Presidente del Sudan, Al Bashir, destinatario di un mandato di arresto della Corte, allorché era arrivato in visita o in missione ufficiale sul loro territorio. Questi Stati pretendono che egli goda dell’immunità personale anche rispetto a un mandato di arresto emanato dalla CPI. Tale rifiuto rappresenta invece violazione dell’Art. 27 dello Statuto, che così recita: “This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or Parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence”.

## 7.

**Brevi osservazioni sul futuro della CPI.**

Tutte le condizioni poste all'esercizio della competenza della CPI dimostrano, a mio avviso, che, nell'elaborazione dello Statuto, si è stati molto attenti – forse troppo attenti - a rispettare la sovranità degli Stati nell'esercizio del loro *ius puniendi*, a smentita di coloro che gridano alla lesione di tale sovranità che sarebbe insita nella stessa esistenza di una giurisdizione penale internazionale. Quella che si è creata con lo Statuto di Roma è stata concepita solo come una giurisdizione che amministra giustizia penale allorchè le giurisdizioni nazionali restano indifferenti davanti a crimini orrendi (la c.d. unwillingness) o non hanno a disposizione gli strumenti normativi per conoscerne o il sistema giudiziario è al collasso, come spesso avviene nei c.d. *failed States* (due diversi esempi della c.d. inability). Il principio di complementarità assicura agli Stati di buona volontà e il cui sistema giudiziario sia in grado di garantire un processo equo di esercitare il loro *ius puniendi* senza la Corte abbia alcuna possibilità di intervenire.

La CPI è criticata anche per la lentezza dei procedimenti, perfino per alcune assoluzioni. Alla Corte si rimprovera insomma l'inefficienza a fronte di un budget di rilievo. C'è perfino, fra i c.d. esperti di giustizia penale internazionale, ne vede la fine vicina. Io non sono così pessimista. Si è visto, del resto, che il Sudafrica, che aveva denunciato lo Statuto, è tornato sui suoi passi prima che la denuncia avesse effetto. Certo, sono fundamentalmente alcuni Stati africani e gli USA che criticano la Corte, ma le critiche vengono soprattutto da quei governi i cui membri sono o già sotto processo o all'attenzione del Procuratore della Corte. E' così che anche alcuni militari statunitensi, sebbene il loro Stato non abbia ratificato lo Statuto di Roma, potrebbero trovarsi sotto accusa davanti alla Corte per alcuni eventi realizzatisi in Afghanistan, tra cui, per esempio, il bombardamento dell'ospedale di Kunduz. Insomma, a mio avviso se alcune leadership attaccano la Corte ciò è solo determinato dal fatto che esse hanno molti scheletri nell'armadio.

Insomma, con qualche pecca che anche la CPI non può non avere, io ritengo che la sua sola esistenza potrà invece gradualmente portare a operare come deterrente. Certo, molto dipende da quello che la Camera di appello deciderà nel caso Al-Bashir. Se stabilisse che un Capo di Stato goda dell'immunità dalla giurisdizione della Corte, la credibilità della Corte riceverebbe un colpo da cui non le sarebbe facile riprendersi. Ma anche con riferimento a questo caso sono fiduciosa nell'imparzialità e nella competenza dei giudici della Camera di appello investiti del caso. Tale imparzialità e competenza non potrà che esprimersi con l'applicazione della norma statutaria che impone alla CPI di esercitare la propria giurisdizione a prescindere dalla qualifica ufficiale della persona sospettata o accusata di qualunque dei crimini di competenza della Corte. La decisione di appello in questo caso sarà resa nell'udienza del 6 maggio 2019 e l'attesa è grande proprio in ragione del peso che questa decisione avrà per il futuro della giustizia penale internazionale.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A   T R I M E S T R A L E

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

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