
Pubblicazioni
Centro Studi per la Pace
www.studiperlapace.it

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA
FACOLTÀ DI SCIENZE POLITICHE**

**SCUOLA DI SPECIALIZZAZIONE IN ISTITUZIONI E TECNICHE DI
TUTELA DEI DIRITTI UMANI**

Tesi di specializzazione

Dal tribunale penale militare di Norimberga
al tribunale penale internazionale per i crimini
commessi nella ex-Jugoslavia
nell'ottica dei diritti umani

Relatore: prof. Francisco Leita
Specializzanda: dott. Lorenza Cescatti
Correlatore: prof. Antonio Papisca
Anno accademico 1992 - 1993

INDICE

1. Introduzione

1. Le ragioni di un'indagine: la verità processuale come verità approssimativa. I costi della giustizia e dell'ingiustizia. Il diritto penale minimo. L'importanza del rispetto delle garanzie penali e processuali da parte del diritto penale internazionale a tutela dei diritti umani

2. Le flagranti violazioni dei diritti umani nella guerra in corso nella ex-Jugoslavia, le necessità di tutela delle vittime e della prevenzione di ulteriori crimini: il Consiglio di sicurezza con la risoluzione 827 del 25 maggio 1993 adotta, sotto il capitolo VII della Carta delle Nazioni unite, il Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nella ex-Jugoslavia. Organizzazione e competenze del Tribunale penale internazionale

2. Il principio di legalità

1. Premessa

2. Il processo di Norimberga: l'accordo di Londra del 1945, le eccezioni dei difensori in ordine alle violazioni del principio *nullum crimen sine lege* e le disposizioni della sentenza del Tribunale militare

3. Le risposte del diritto internazionale: la tutela prevista dall'articolo 7 della Convenzione Europea e dall'articolo 15 sui diritti civili e politici del 1966

3.1 Lo zoccolo duro dei diritti umani: l'articolo 15 della Convenzione Europea e l'articolo 4 del Patto sui diritti civili e politici. Il rafforzamento del principio di legalità.

4. La codificazione penale internazionale: dal diritto umanitario di guerra al diritto internazionale dei diritti umani. La tipizzazione delle fattispecie penali.

4.1 L'accordo di Londra del 1945 ed i crimini contro la pace e contro l'umanità

4.2 La Convenzione internazionale contro il genocidio

4.3 La Convenzione internazionale contro l'apartheid

4.4 La Convenzione internazionale contro la tortura

4.5 Le Convenzioni di Ginevra del 1949 ed i protocolli del 1977

4.6 Il codice criminale Repubblica Federale Socialista di Jugoslavia

5. L'universalità della giurisdizione penale nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 ed in quella contro la tortura; la facoltà degli stati di punire il

crimine genocidio. Il principio aut judicare aut dedere. Riflessioni sulla punibilità dei crimini commessi nella ex-Jugoslavia.

6. Le fattispecie penali previste dall'articolato del Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nella ex - Jugoslavia: gli articoli 2,3,4,5.

6.1 Un caso emblematico: la tutela penale dello stupro

3. Il principio della certezza della pena

1. Premessa

2. Il processo di Norimberga: l'accordo di Londra del 1945, le eccezioni della difesa in ordine alla violazione del principio nulla poena sine lege e la decisione del Tribunale penale militare

3. I tentativi per via convenzionale di tipicizzare le pene: l'estraneità della pena di morte e dell'ergastolo dal diritto internazionale dei diritti umani

4. La pena nell'articolato del Tribunale penale internazionale per la ex - Jugoslavia: il confronto fra gli schemi di statuto e il contenuto dell'articolo 24.

5. Conclusioni

Bibliografia

Nota dell'autrice

NB: Non è stato possibile mantenere la formattazione originaria. Ce ne scusiamo con l'autrice e con i lettori.

Studi per la Pace

1. INTRODUZIONE

1. Le ragioni di una indagine: la verità processuale come verità approssimativa. I costi della giustizia e della ingiustizia. La teoria del diritto penale minimo. L'importanza del rispetto delle garanzie penali e processuali da parte del diritto penale internazionale a tutela dei diritti umani.

L'idea che si possa raggiungere attraverso il processo penale una verità assolutamente certa rappresenta un'illusione epistemologica che, come un fiume

carsico, riemerge con forza nei periodi di instabilità sociale soprattutto fra i

non addetti ai lavori.

Si attribuisce così alla attività giudiziaria il compito di accertare, nel solco dell'ideale illuminista della perfetta corrispondenza fra verità oggettiva e verità processuale, lo svolgersi dei fatti e l'individuazione delle responsabilità.

I giuristi più attenti ricordano che, al pari di tutte le verità scientifiche del campo del sapere umano, qualunque discorso e qualunque proposizione empirica

è adeguata allo stato delle esperienze e delle conoscenze; che la verità processuale è una particolare forma di verità storica, relativa a proposizioni

non direttamente accessibili dall'esperienza trattandosi di fatti ormai passati;

che anche la verifica giuridica, al pari di quella dell'evento, è il risultato di un ragionamento deduttivo che dipende sia dalla enunciazione del

fatto oggettivo di imputazione che dalla sufficiente precisione della classificazione delle fattispecie incriminatrici; che un ulteriore fattore di incertezza è rappresentato dalla soggettività del giudice il quale non è un indifferente ricercatore del vero - come sosteneva Beccaria - ma un soggetto che

interpreta la realtà e che, al pari del ricercatore delle discipline scientifiche, porta con sé una dose inevitabile di involontario pregiudizio nel

valorizzare o nel trascurare i dati (di fatto o di diritto) disponibili.

Vi è infine da aggiungere che la verità normativa viene raggiunta attraverso

regole ed istituti processuali che devono circoscrivere il campo dell'indagine poiché non solo il giudice è obbligato a decidere anche nell'incertezza ma perché l'arbitrio della ricerca in qualunque direzione deve essere limitato. Al concetto di verità processuale come verità approssimativa, in contrapposizione a quello di corrispondenza fra la prima ed un certo fatto storico, corrisponde un modello di accertamento della responsabilità penale non autoritario, strutturato attorno ad una serie di garanzie giuridiche la cui funzione "non è tanto di consentire o legittimare, quanto piuttosto di condizionare o vincolare, e quindi delegittimare, l'esercizio altrimenti assoluto della potestà punitiva" (1).

Al modello della repressione propria dello stato assoluto e totalitario privo di qualunque garanzia si contrappone quello dello stato di diritto il quale, a sua volta, in relazione alla graduazione della presenza di sempre maggiori vincoli, tende verso il c.d. modello del diritto penale minimo "cioè massimamente condizionato e limitato [che] corrisponde non solo al massimo grado di tutela della libertà dei cittadini dall'arbitrio punitivo, ma anche da un ideale di razionalità e certezza. Ne risulta infatti esclusa la responsabilità penale tutte le volte che ne siano incerti e indeterminati i presupposti... La certezza perseguita dal diritto penale minimo è al contrario [rispetto al Diritto penale massimo degli ordinamenti totalitari] che nessun innocente sia colpito, a costo dell'incertezza che anche qualche colpevole possa restare impunito... La certezza, sia pure non assoluta, alla quale aspira un sistema penale di tipo garantista è non già che siano esattamente accertati e puniti tutti i fatti previsti dalla legge come reati, ma che siano stati puniti solo coloro dei quali è provata la colpevolezza per la loro commissione". (2)

Il sistema del diritto penale minimo mira a contemperare, attraverso l'organizzazione delle garanzie penali e processuali di cui si parlerà oltre, la funzione della massima utilità della maggioranza con quello del "minimo malessere necessario dei devianti" (Ferrajoli). Se infatti lo scopo di prevenire ulteriori delitti viene incrinato ogni volta che un reato è stato commesso, il minimo malessere necessario dei devianti

comporterà la individuazione di un limite minimo di pena sotto il quale la sanzione risulterà inefficace. Tale minimo non si risolve in un generico criterio di umanità ma svolge una precisa funzione che va adeguatamente considerata ogni volta che, come nel caso del Tribunale penale internazionale

per la ex-Jugoslavia, viene giustificata la istituzione di un nuovo modello di

giurisdizione penale: la pena non serve solo a prevenire ulteriori reati ma altresì a prevenire quella reazione pubblica o privata, informale o arbitraria,

non penale, che può essere definita come la reazione violenta della società.

Se inoltre il diritto penale non può essere ricondotto solo alla tutela degli interessi costituiti, rappresentando una forma di protezione del più debole contro la violenza arbitraria del più forte, entrambe le finalità preventive "legittimano congiuntamente la necessità politica del diritto penale quale strumento di tutela dei diritti

fondamentali [della vittima e del reo], i quali ne definiscono normativamente

gli ambiti ed i limiti in quanto beni che non è giustificato offendere né con i

delitti né con le punizioni" (3)

Tale modello normativo di giustificazione, attraverso lo scopo di prevenire sia

i delitti che le punizioni arbitrarie, "esclude la confusione del diritto penale

con la morale che contrassegna tutte le dottrine retributivistiche"; risponde

alle domande del perché proibire? E del perché punire? imponendo "alle proibizioni e alle pene due finalità distinte e concorrenti, che sono rispettivamente il massimo benessere possibile dei non devianti ed il minimo

malessere dei devianti, entro lo scopo generale della massima tutela degli uni e

degli altri"; riconosce che la pena, per quanto sia un male, "è "pur sempre giustificabile se, e solo se, è ridotta a un male minore rispetto alla vendetta

o ad altre reazioni sociali" (4).

Fra i molti autori che si sono recentemente occupati del diritto penale minimo,

contrapposto al diritto penale abrogazionista che propugna l'abolizione del sistema penale partendo dalla constatazione empirica del suo fallimento in tutti

i sistemi sociali sia storicamente dati che contemporanei, Luigi Ferrajoli è lo

studioso che maggiormente si è sforzato di individuare un nesso fra la necessità di punire e le regole del gioco fondamentali di un diritto penale garantista, regole che furono elaborate dal pensiero giusnaturalista e che oggi riacquistano nuovo vigore all'interno del sistema dei diritti umani, come verrà più avanti approfondito.

Per L. Ferrajoli il sistema garantista nel suo modello limite, "tendenzialmente ma mai perfettamente soddisfacibile", dieci assiomi dei quali i primi sei corrispondono alle garanzie penali e i primi quattro alle garanzie processuali:

a) nulla poena sine crimine; b) nullum crimen sine lege; c) nulla lex (poenalis) sine necessitate; d) nulla necessitas sine iniuria; e) nulla iniuria sine actione; f) nulla actio sine culpa ed, inoltre, g) nulla colpa sine iudicio; h) nullum iudicium sine accusatione; i) nulla accusatio sine probatione; l) nulla probatio sine defensione (5).

Di queste garanzie, quelle penali saranno oggetto di approfondimento nel presente studio con l'intenzione di verificare se l'articolato del Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nella ex-Jugoslavia sia conforme a quei principi di c.d. stretta legalità che sono entrati a far parte essenziale del corpus dei Diritti Umani fondamentali (ius cogens) a seguito delle espressioni previste nel diritto internazionale convenzionale e del diritto consuetudinario.

Il messaggio forte che il nuovo sistema di giustiziabilità dei diritti potrà offrire, seppur politicamente ambiguo per la sua limitazione ai soli crimini commessi contro i Diritti Umani nei territori della ex-Jugoslavia, è strettamente collegato con il rispetto delle garanzie adottate per raggiungere

la verità approssimativa del processo, partendo dalla scelta dei valori da tutelare (regola della necessaria offensività del comportamento deviante) fino

al principio di consequenzialità ed adeguatezza della pena al reato, passando attraverso quello di legalità (irretroattività e tassatività della fattispecie) e quello di responsabilità penale (colpevolezza).

Lo scopo dell'indagine è pertanto di verificare, attraverso l'ottica delle garanzie penali previste dal sistema del diritto internazionale dei Diritti

Umani, se le forti riserve espresse dai giuristi all'accordo di Londra fra le potenze vincitrici della II° guerra mondiale ed alle decisioni del Tribunale militare di Norimberga, sono state superate o se, a fronte delle atrocità commesse contro le popolazioni iugoslave, è prevalsa la volontà di punire - e quindi la massima tutela della sicurezza pubblica dalle offese recate dai reati - sulla massima tutela delle libertà individuali dalle offese recate dalle pene e dai processi arbitrari. La prima parte della ricerca riguarderà l'assioma fondamentale della irretroattività della norma penale che non può essere applicata qualora, al momento della sua commissione, il fatto non era previsto come reato. Il principio *nullum crimen sine lege* non si limita però ad esigere che la norma valga solo per l'avvenire (tutela nei confronti dell'arbitrio del legislatore) ma esige che la fattispecie sia sufficientemente circostanziata per evitare la discrezionalità del giudice e che sia, infine, ancorata ad una gamma di valori meritevoli di tutela.

Mentre quest'ultimo aspetto risulta di non difficile indagine poiché nell'articolato dello statuto del Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nella ex-Jugoslavia l'immediato ed esclusivo oggetto di tutela sono i diritti dell'uomo in tutta la gamma e graduazione di protezione - anziché, a titolo di esemplificazione, la sovranità degli stati o la disciplina fine a se stessa dei soldati e degli eserciti - l'accertamento del rispetto del principio della irretroattività del comando penale internazionale impone di ricercare empiricamente nel diritto convenzionale l'esistenza di imperativi penali, precedenti allo Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia deliberato con la risoluzione 827 del 25 maggio 1993 dal Consiglio di Sicurezza, che in maniera tassativa descrivano comportamenti vietati, immediatamente riferibili all'individuo.

Si approfondirà nel medesimo capitolo il rapporto tra diritti umani e diritto umanitario per cogliere le distinte forme di giustiziabilità per verificare se, anziché la costituzione di un Tribunale penale internazionale ad hoc, non sarebbe stato preferibile perseguire la via della giurisdizione universale,

dell'aut dedere aut punire.

Nel secondo capitolo sarà verificato, prendendo come punto di partenza le eccezioni sollevate dalla difesa al processo di Norimberga, il principio della certezza della pena altrimenti chiamato assioma della "nulla poena sine lege".

Nelle fattispecie internazionali che costruiscono in capo agli individui dirette responsabilità, così come enucleate nel primo capitolo, manca sempre la quantificazione della pena.

Giustifica questa assenza un giudizio negativo dell'articolato del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia? Quali soluzioni alternative avevano

offerto il progetto italiano e quello francese? Esiste nel diritto internazionale dei diritti dell'uomo (con ciò intendo quel complesso di norme

costituite dalla Carta delle Nazioni unite, Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo del 1948, Patto sui diritti civili e politici, Patto sui diritti economici, sociali e culturali, Convenzione Europea, Carta Africana, Convenzione interamericana oltre alle circa 40 Convenzioni a tutela dei diritti

essenziali dell'essere umano sottoscritte negli ultimi cinquant'anni) un concetto di pena giusta, non inumana né degradante, posto che nessuna norma

parrebbe vietare direttamente la pena di morte, l'ergastolo, le pene corporali?

2. Le flagranti violazioni dei diritti umani nella guerra in corso nella ex-Jugoslavia, la necessità di tutela delle vittime e della prevenzione di ulteriori crimini: il Consiglio di Sicurezza con la risoluzione 827 del 25 maggio 1993 adotta, sotto il Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, il Tribunale penale internazionale per i crimini commessi della ex-Jugoslavia.

Organizzazione e competenze del Tribunale penale internazionale.

E' opportuno anteporre alla ricerca una breve scheda informativa sul Tribunale

internazionale: è stato costituito con risoluzione n.827 dal consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite il 25 maggio 1993 (6), secondo il Capitolo VII

della Carta delle Nazioni Unite il quale disciplina le misure da intraprendere qualora la pace internazionale sia minacciata (7).
La funzione è quella di perseguire e punire i responsabili delle gravi violazioni alla legge internazionale umanitaria commesse nel territorio della ex-Jugoslavia a partire dal 1° gennaio 1991 fino alla data che sarà determinata dal Consiglio di Sicurezza in dipendenza del ristabilimento della pace (art. 1).
La sede è all'Aja e con il novembre 1993 l'organo si è insediato al completo di tutti i giudici nominati.
Il Tribunale, ai sensi dell'art.15, prima di dar avvio al processo deve preliminarmente stabilire le regole per la raccolta delle prove e delle procedure di funzionamento. Potrebbe, attraverso questo meccanismo, disciplinare la richiesta delle vittime del reato al risarcimento del danno, non prevista nell'articolato.
Agli articoli 2-3-4-5 sono codificate le fattispecie penali che risultano essere rispettivamente le gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra del 1949, le violazioni alla legge ed alle consuetudini di guerra, il genocidio ed i crimini contro l'umanità.
La responsabilità per i fatti-reato è individuale: l'art.7 disciplina non solo la responsabilità per la commissione del reato ma anche per l'istigazione, la preparazione ed il comando.
Il secondo comma stabilisce che non sono esenti da responsabilità penali i capi di stato o di governo e che i superiori sono responsabili per i fatti dei subordinati qualora, pur potendo intervenire, hanno ommesso il controllo. E' espressamente stabilito che non sarà esente da pena il subordinato che abbia eseguito l'ordine criminale (art. 7 comma 4).
L'articolo 9 stabilisce la competenza concorrente del Tribunale Internazionale e delle Corti Nazionali ma la competenza del primo è primaria.
L'art.10 disciplina il principio del ne-bis-in-idem per cui una persona già giudicata dal Tribunale internazionale non potrà essere sottoposta a processo dalle Corti Nazionali mentre, all'incontrario, chi è stato giudicato dalla magistratura interna può essere chiamato a rispondere davanti al Tribunale se il

giudizio non fu imparziale o indipendente o se i fatti per i quali l'agente rispondeva erano crimini ordinari.

Gli articoli da 11 a 22 riguardano il funzionamento del Tribunale internazionale

costituito da due Camere per il I° grado ed una d'appello; l'ufficio dell'accusa

cui è demandata l'azione penale e l'attività investigativa e, infine, la cancelleria.

I giudici (art. 13) sono di nomina elettiva e devono possedere doti di imparzialità, moralità ed alta competenza professionale specifica.

La loro nomina avviene da parte dell'Assemblea Generale delle N.U. .

Gli articoli 21 e 22 disciplinano le garanzie dell' accusato (alla difesa, ad un

processo equo, alla prova, ad essere informato) e delle vittime, con particolare

riguardo alla tutela della loro identità.

Gli articoli 24-27 e 28 prevedono le penalità, l'esecuzione della sentenza, la

grazia e la computazione della pena.

La condanna può essere solo detentiva, con esclusione della pena di morte e

delle pene pecuniarie. La quantificazione è in relazione alla gravità dell'offesa ed alla personalità del colpevole, sulla base delle penalità previste nella pratica generale delle Corti della ex-Jugoslavia.

La condanna non sarà scontata nelle carceri della ex-Jugoslavia ma in quelle di

paesi terzi che indicheranno la loro disponibilità in proposito. La sorveglianza

sulla esecuzione sarà del Tribunale internazionale il quale deciderà anche in

ordine a richieste di grazia, commutazione pena etc., maturate secondo il diritto del luogo dove la pena viene eseguita.

Gli stati sono obbligati ex art. 29 alla assistenza ed alla cooperazione giudiziari, inclusa la identificazione, l'arresto, la detenzione di persone su richiesta del Tribunale internazionale, l'extradizione, la produzione di prove,

l'accompagnamento dei testimoni. In accordo con l'art. 17 della Carta delle N.U.,

gli stati sono inoltre tenuti a finanziare il budget di copertura delle spese.

Ogni anno il Tribunale sarà tenuto a redigere un rapporto delle attività svolte.

2. IL PRINCIPIO DI LEGALITA'

1. Premessa

Il principio di legalità trova la sua origine nella dottrina del "contratto sociale" che giustificava la esigenza di vincolare in chiave garantistica l'esercizio del potere legislativo e di quello giudiziario per eliminare i soprusi dello stato attraverso la divisione dei poteri. La matrice illuminista del principio, che ha trovato formale riconoscimento nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, è stata tradotta in termini giuridico-penali nei primi anni dell'ottocento da Feurbach e si è progressivamente arricchita di valenze volte a proteggere il bene della libertà personale dell'individuo all'interno non solo di una dimensione tecnico-garantista ma di una scala di valori gerarchicamente ordinati al cui primo posto va collocato l'uomo. Non è più sufficiente che i vincoli siano predeterminati rispetto alla commissione dell'azione ma è necessario che le scelte di politica criminale trovino un limite ed un fondamento nei Diritti dell'uomo. Il principio di legalità opera così su più piani: riserva assoluta di legge, tassatività o determinatezza della fattispecie, irretroattività della norma e principio di necessaria lesività dell'imperativo penale.

a) Il fondamento della riserva di legge va identificato nel significato di massima garanzia che essa rappresenta per il cittadino "garanzia necessaria data l'incidenza della sanzione penale sul bene fondamentale della libertà personale... e il procedimento legislativo... è il mezzo più idoneo a garantire tali beni" (1). Dalla rappresentatività del potere legislativo, espressione di un intero popolo, ci si attende che l'esercizio del potere normativo non avvenga arbitrariamente. Ora, non esistendo un "legislatore" nel sistema di produzione del diritto internazionale, la riserva di legge può mantenere un suo fondamento nella

necessità di sottrarre tale competenza al "potere esecutivo" ed a quello "giudiziario".

L'attribuzione del monopolio della creazione della norma penale alle sole fonti

al diritto convenzionale, e quindi alle fattispecie di responsabilità individuate nei trattati e nelle convenzioni, evita qualunque forma di arbitrio

qualora, come per il Tribunale penale per la ex-Jugoslavia, la giurisdizione internazionale sia creata non per accordo fra stati bensì d'imperio in forza di

una risoluzione del Consiglio di Sicurezza.

In tale caso, se gli imperativi penali fossero positivizzati dall'organo delle N. U. che adotta la giurisdizione internazionale ad hoc quale misura per ristabilire la pace e la sicurezza internazionale, si dovrebbe ritenere violato

il principio della riserva di legge.

In tal senso si sono espressi i lavori della 44° sessione dell' International Law Commission (2) la quale, nella predisposizione di un codice delle responsabilità internazionali dell'individuo e con la prospettiva della creazione di una Corte internazionale, ha ritenuto che la competenza di quest'ultima "should be limited to crimes defined by treaties in force" (pag.

167) e alle "regole generali" della legge internazionale (per esempio la proibizione del genocidio) che si rivolgono direttamente all'individuo disciplinando la sua responsabilità e la sua punizione (pag. 181).

b) Il secondo profilo del principio di legalità è rappresentato dalla esigenza di

tassatività la quale, connessa ad una ratio di certezza, è diretta a fronteggiare gli arbitrii del sistema giudiziario da interpretazioni che facciano filtrare nella decisione valori estranei alla tutela del bene protetto

dal divieto penale.

E' nel contempo garanzia di libertà dell'individuo ed espressione del grado di

efficacia del sistema penale: "la determinatezza delle fattispecie incriminatrici rappresenta una condizione indispensabile perché la norma penale

possa efficacemente fungere da guida del comportamento del cittadino... quanto più

il cittadino è posto nella condizione di discernere senza ambiguità tra zone del

lecito e dell'illecito, tanto più cresce il suo rapporto di fiducia partecipativa nei confronti delle istituzioni" (3).

Gli strumenti di tecnica legislativa atti a garantire la tassatività della fattispecie sono i c.d. elementi descrittivi i quali traggono il loro significato direttamente dalla esperienza.

In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale italiana nella sentenza n. 96/1981, che ha dichiarato incostituzionale il delitto di plagio per la impossibilità di accertare in modo inoppugnabile il fenomeno di dipendenza

psicologica fra due soggetti richiesto dalla norma incriminatrice. "Il principio

di tassatività richiede una descrizione intellegibile della fattispecie astratta... e risulta soddisfatto fintantochè nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in

base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili" (4).

Il rispetto di tale criterio, che sarà applicato nella ricerca in ordine ad alcune fattispecie incriminatrici previste dall'articolato del Tribunale penale

internazionale per la ex-Jugoslavia, consente quindi di stabilire a priori quali

tipi di condotta e quali condizioni possono dirsi legate da un rapporto di univoca corrispondenza con il fattore psichico

c) Il divieto di retroattività è anch'esso espressione di certezza, esigenza di garanzia

per la generalità dei soggetti che entrano in rapporto con il potere punitivo.

Tale criterio, che non riguarda il diritto processuale penale (sotto tale profilo il Tribunale ad hoc per la ex-Jugoslavia non fa difetto alcuno), comporta che tutti gli elementi dell'illecito, comprese le condizioni di punibilità e di riferibilità dell'imperativo penale ad un soggetto ben determinato, nonché le conseguenze penali, siano stabiliti (ed entrati in vigore) prima della commissione del fatto.

La problematica acquista nell'attuale diritto internazionale una peculiare valenza poiché se non viene rinvenuta nel diritto convenzionale esistente una

casistica sufficientemente determinata di imperativi penali destinati al singolo

(anzichè allo stato-parte), la giurisdizione costruita per sottoporre a processo

i grandi criminali della guerra nella ex-Jugoslavia non solamente risulterebbe

in stridente contrasto con le norme internazionali che sanciscono il principio

di legalità ma metterebbe in discussione il già fragile sistema di cooperazione fra stati sul quale si fonda il suo funzionamento (finanziamento delle strutture) e la sua effettività (estradizione sospettati, esecuzione pene, etc.).

d) Il profilo di tassatività e della riserva assoluta di legge non salvaguardano soltanto un certo tipo di tecnica normativa in materia penale poiché sia negli ordinamenti statuali di stampo garantista promulgati successivamente alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell' Uomo sia nelle convenzioni internazionali, il principio di legalità risulta strettamente collegato ad altri valori meritevoli di tutela: quello del carattere personale della responsabilità penale e quello della c.d. funzione "rieducatrice" della pena. Così l'art. 10 comma 3 del Patto sui diritti civili e politici, che individua il fine della pena nel "ravvedimento e nella riabilitazione sociale del detenuto" (5), delimita la illiceità penale ad una sfera selezionata di valori: "Se la pena deve rieducare e se la rieducazione deve mutuare il suo contenuto dal tipo di orientamento in cui è inserita, in una società pluralista... essa ha senso in quanto assuma a suo oggetto il rispetto delle forme minime della vita in comune...". Di qui la necessità che oggetto delle fattispecie penali siano esclusivamente valori "la cui funzione consiste nel proteggere le condizioni minime della vita in comune e la cui violazione può essere tradotta in termini di dannosità sociale" (6).

Nel linguaggio e nei contenuti del diritto internazionale dei diritti umani, si può sostenere che tali valori della vita in comune si identificano con "l'ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e le libertà enunciati in questa Dichiarazione possono essere pienamente realizzati" (art. 28 Dichiarazione Universale). I diritti umani diventano pertanto il parametro di valutazione del principio di necessaria lesività che deve rivestire qualunque illecito penale, nazionale e internazionale.

Nella ricerca sul rispetto della legalità in senso stretto delle norme di giustificazione e funzionamento del Tribunale per la ex-Jugoslavia tale

parametro di effettività potrà dirsi rispettato a due condizioni: che oggetto della tutela penale siano i diritti dell'uomo violati barbaramente da tutte le parti in conflitto e che il limite strutturale degli illeciti penali sia il principio della personalità della responsabilità penale, "per il divieto di strumentalizzare la libertà personale dell'uomo per il raggiungimento di obiettivi di politica criminale prescindendo da un suo comportamento criminoso", imputabile esclusivamente a lui e non ad altri (7).

2. Il processo di Norimberga: l'accordo di Londra dell' 8 agosto 1945, la requisitoria dell'accusa, le eccezioni dei difensori e le disposizioni della sentenza del Tribunale militare in ordine al principio *nullum crimen sine lege*.

Molti commentatori del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia vedono nel processo di Norimberga un precedente internazionale importante (8). Non viene messo in dubbio, come verrà in seguito sostenuto, che a Norimberga (e rispettivamente a Tokio) per la prima volta una giurisdizione non nazionale ha riconosciuto la responsabilità penale internazionale dell'individuo per aver violato norme sovrastatali e che a partire da quello Statuto hanno preso corpo regole e progetti per organizzare una più efficace protezione dell' uomo dalla "banalità del male", ma è doveroso ricordare a questi commentatori che la Corte di Norimberga non può essere considerata un precedente nel diritto internazionale. Essa fu infatti la creazione delle Potenze Alleate uscite vittoriose dalla seconda guerra mondiale, una creazione di più stati che non facevano parte di un sistema giudiziale internazionale, i quali "have done together what any of them might have done singly" (9); nessuno dei giudici, inoltre, apparteneva alla nazionalità dei vinti né a paesi neutrali; alcun soldato o comando alleato fu giudicato dal Tribunale militare di Norimberga per aver indiscriminatamente bombardato Dresda, Hiroshima, Nagasaki ed inoltre, se si guarda all'art. 59 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, il diritto internazionale rifiuta la nozione di precedente vincolante (10) (11).

Nonostante questo, si intende iniziare proprio dallo studio delle carte di tale processo, considerato da molti più un atto politico che un atto di giurisdizione (12), per verificare in quale direzione il diritto internazionale si è successivamente mosso, quali forme di tutela internazionale dell'uomo in quanto vittima di gravi violazioni dei diritti umani e dell'uomo in quanto colpevole di queste gravi violazioni, siano state approntate, per conoscere quindi il contesto giuridico nel quale opererà il Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia.

Lo Statuto di Norimberga prevedeva innanzitutto la incriminazione per atti commessi prima dell'8 agosto 1945. Tali atti, che erano stati considerati dalla precedente dottrina esclusivamente come condotte militari o politiche, furono per la prima volta definiti crimini internazionali. L'art. 6 elencava le responsabilità individuali per crimini contro la pace, quali la direzione, la preparazione e l'avvio di una guerra di aggressione o di una guerra in violazione dei trattati internazionali, nonché la partecipazione a un piano comune o ad un complotto per compiere tali atti (art. 6 - a); i crimini di guerra venivano identificati con le violazioni delle leggi o delle consuetudini di guerra inclusi, a titolo esemplificativo, l'assassinio, le deportazioni di popolazioni civili per lavori forzati, l'esecuzione di ostaggi, il saccheggio di beni pubblici o privati, la distruzione o la devastazione, non motivata da necessità militari, di città e villaggi (art. 6 - b); crimini contro l'umanità erano considerati l'assassinio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e tutti gli atti inumani commessi contro tutte le popolazioni civili, prima o durante la guerra, nonché le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi semprechè tali atti o persecuzioni, considerati o meno violazioni dal diritto interno del paese in cui erano stati commessi, fossero perpetrati in esecuzione o in connessione con tutti i crimini rientranti nella competenza del Tribunale (art.6 - c).

Inoltre, l'art. 6, nel secondo comma, considerava penalmente responsabile un gruppo di persone, dirigenti, organizzatori, istigatori di un piano concertato di elaborazione o esecuzione o di un complotto organizzato per commettere i

crimini elencati nella prima parte della stessa norma.

Per la prima volta venivano quindi individuate con precisione fattispecie incriminatrici per atti che in precedenza erano considerati esenti da valutazione penale (crimini contro la pace e crimini di guerra) o che nel passato non erano neppure stati oggetto di riflessione (crimini contro l'umanità) (13) mentre nel contempo responsabili della violazione del diritto

internazionale risultavano non più gli stati in quanto tali ma le persone fisiche.

Il principio di stretta legalità risultava anche all'apparenza infranto sotto il duplice profilo della esclusione della forza retroattiva della legge (applicabile anche al diritto internazionale secondo l'opinione espressa dalla

Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja nel 1934, su richiesta del Consiglio

di Lega delle Nazioni) e dell'identità fra "legislatore" e giudice: come fu sottolineato dalla difesa, le Potenze Alleate erano nello stesso momento creatrici dello statuto del Tribunale e delle regole della legge, pubblico ministero e giudice.

L'accusa e la Corte avrebbero potuto evitare ogni discussione riferendosi alla

Carta come sola fonte autorevole di legge, ma entrambi gli organi del Tribunale

(ad eccezione del rappresentante sovietico dell'Accusa) si sforzarono di dimostrare che il principio *nullum crimen sine lege* era stato rispettato poiché

le norme applicate corrispondevano alla convinzione generale di ciò che era

giusto; nuova non era la legge penale ma la sua formulazione, considerata come

espressione dello sviluppo della legge internazionale (14).

Con riguardo ai crimini contro la pace, previsti nel secondo capo di imputazione

e che risultavano essere fulcro delle ulteriori incriminazioni per reati di guerra e contro l'umanità, l'organo della accusa sostenne che fin dal 1928 il

patto di Parigi Kellog-Briand aveva solennemente proibito l'uso della guerra

come strumento di politica nazionale. Se la guerra di aggressione è un crimine,

argomentava, l'aggressore perde automaticamente tutti i diritti che una parte

che scatena la guerra ha in una guerra giustificata e perciò la guerra di aggressione non è altro che una impresa omicida. Le previsioni della carta di

Norimberga . proseguiva - non sono quindi innovative e non fanno altro che istituire una giurisdizione competente (15). La difesa degli imputati contestò che il Patto di Parigi considerasse espressamente come un crimine la guerra di aggressione e fece presente che la categoria dei crimini contro la pace era contenuta in una legge nuova, inapplicabile alle condotte degli individui nella seconda guerra mondiale. La difesa sosteneva inoltre che il regime della sicurezza collettiva inclusa nel Patto della Società delle Nazioni mostrava vistose crepe: esso era dominato dalle regole della umanità per cui, nel caso di controversia, se non c'era unanimità del consiglio, ogni stato poteva agire secondo il proprio ideale di giustizia. Come rimproverare gli accusati di aver agito secondo le regole del diritto internazionale classico, soprattutto dopo che le dichiarazioni di Roosevelt al Furer e al duce facevano prevedere un'azione prossima? Nonostante la pertinenza delle numerose eccezioni sollevate dalla difesa, la sentenza di Norimberga sul punto concluse rapidamente affermando che la "legge internazionale" non è il prodotto di un "legislatore internazionale" e che gli accordi ed i trattati devono occuparsi dei principi generali di legge, non di questioni amministrative di procedura. La esistenza di una norma di diritto internazionale andava trovata, per la Corte, in quei comportamenti degli Stati che gradualmente ottengono un generale riconoscimento dalla comunità internazionale. La legge - si sostenne - non è statica ma tramite un continuo adattamento segue i bisogni di un mondo di mutazione. Di conseguenza anche il precetto penale contenuto nel diritto internazionale si riempie di volta in volta di nuovi obblighi e di nuovi divieti.

Il Tribunale di Norimberga osservò quindi che il principio *nullum crimen sine lege* non è una limitazione di sovranità, ma è in generale un principio di giustizia. L'asserire che è ingiusto punire coloro che rifiutando i trattati

hanno attaccato gli stati vicini senza preavviso è sbagliato poiché l'attaccante deve sapere che sta violando un diritto e, ben lontano dall'essere ingiusto punirlo, sarebbe ingiusto che la sua violazione fosse permessa e finisse non punita (16). Nonostante l'assenza di un criterio formale che stabilisse quale fosse la guerra di aggressione, il Tribunale condannò gli imputati enfatizzando l'elemento soggettivo della consapevolezza dell'illiceità del comportamento e della premeditazione da parte degli accusati (17). Tale argomentazione introduce all'altra questione sulla irretroattività della legge penale, che riguarda non solamente la costruzione delle fattispecie ma anche quella delle responsabilità individuali: il Patto di Parigi, così come tutto il diritto convenzionale in vigore fino al 1945, aveva costruito un sistema - benchè non coerente - di responsabilità internazionale indicando come soggetti responsabili non gli individui bensì gli stati (18). Ciò che qui interessa sottolineare è la rotazione di 180° gradi del principio di imputazione di responsabilità (19) senza alcuna preventiva codificazione di tale regola. Sotto tale aspetto la affermazione della Corte di Norimberga che "solo punendo gli individui che commettono tali crimini le norme di legge internazionale possono essere rinforzate" (20) ha senza dubbio alcuno violato il principio che l'individuo deve essere a conoscenza della sua astratta imputabilità. Non basta che un certo fatto è vietato da una qualche norma. Nel dubbio, sostenne il difensore prof. Jahreiss (21), poiché la prova di tale fatto incombeva sul pubblico ministero, avrebbe dovuto prevalere una interpretazione restrittiva della legge penale, favorevole al reo, e gli accusati essere assolti. Con riguardo ai crimini contro la guerra la questione si presentò al Tribunale di Norimberga più semplice. Secondo la difesa la IV Convenzione dell' Aja del 1907 non poteva costituire una base giuridica poiché l'art.2 prevedeva che le disposizioni del trattato non fossero applicabili che tra le potenze contrattanti e solamente se tutti i

belligeranti avessero fatto parte della convenzione (condizione non soddisfatta perché né l'Italia né l'Urss avevano provveduto alla ratifica). L'accusa sostenne però che quelle regole dettagliate figuravano già nella precedente Convenzione del 1899, sottoscritta da tutti i belligeranti, i quali erano così legati dal principio di diritto dei popoli che risulta dagli usi stabiliti dalle nazioni civili, dalle leggi dell'umanità e dalle esigenze della coscienza pubblica. Nella sentenza il Tribunale giudicò inutile discutere della questione (22). Si sostenne che le regole della guerra terrestre contenute nella Convenzione dell'Aja del 1907 realizzavano un tentativo di rivedere le norme generali e le consuetudini di guerra, la cui esistenza era così riconosciuta. Si trattava di regole ammesse da tutti gli stati civilizzati, da loro conservate come espressione codificata dei comportamenti vietati in guerra tanto che era pratica corrente che gli ufficiali ed i soldati dell'armata nemica, le cui gesta avessero trasgredito le regole belliche, fossero deferiti alle giurisdizioni militari dello stato che li aveva catturati (23). Ogni stato aveva così predisposto istruzioni scritte per le proprie armate, Germania compresa. La sentenza non tenne però in considerazione i due fatti nuovi teoricamente previsti dall'art. 6-a, che non solo i soldati ma "chiunque" si fosse reso colpevole degli atti elencati doveva essere dichiarato responsabile e che, nel contempo, era mutato l'oggetto della tutela: protetto non era più solo il nemico ma, parzialmente, le popolazioni civili (perlomeno quelle dei territori occupati). Sotto il profilo dei crimini di guerra il principio di legalità non venne solamente trattato con una certa elasticità, come si ammise in sentenza (24), ma venne indubabilmente violato. Passando a svolgere le considerazioni in ordine ai crimini contro l'umanità (25), questi risulterebbero diversi per l'origine e per il fondamento giuridico della colpa dai crimini di guerra ma il fatto fondamentale è che in precedenza non erano mai stati formalizzati in accordi, trattati o norme consuetudinarie.

Di tale ultima questione i giudici di Norimberga furono consapevoli: non basta la connessione di certi fatti con certi crimini che entrano nella competenza del Tribunale per giustificare la repressione di questi fatti qualora non implicino "la violazione delle leggi in vigore dei paesi dove sono stati perpetrati". Non potendo escludere la nozione per l'espressa previsione dello statuto, la Corte ne ha minimizzato le conseguenze sostenendo che per integrare un crimine contro l'umanità bisognava che con riguardo ai comportamenti di tale natura perpetrati "prima della guerra" essi fossero l'esecuzione di un complotto o di un piano concertato allo scopo di far scoppiare e di condurre una guerra di aggressione. Per quanto gli atti contro l'umanità fossero atroci e rivoltanti, il Tribunale sostenne che tale relazione non esisteva e quindi di non poter dichiarare in maniera generale che tali comportamenti imputati al nazismo ed anteriori al 1° settembre 1939, costituissero crimini contro l'umanità (26). Con riguardo al periodo della guerra, per la maggior parte degli accusati il Tribunale riunì sotto lo stesso capo d'accusa crimini di guerra e crimini contro l'umanità, portando a fondere le due fattispecie come per l'imputato Von Neurath riguardo alle atrocità commesse in Boemia e Moravia (ove svolgeva il ruolo di Protettore), poiché entrambi i paesi non erano incorporati nel Reich e quindi le leggi di guerra vi erano applicabili. Solo con riferimento a Streicher e Baldur von Schirach l'imputazione riguardò esclusivamente i crimini contro l'umanità: il secondo fu considerato responsabile e condannato poiché, quale Gauleiter d'Austria, aveva agito in conformità ad un piano concertato di aggressione e l'occupazione dell'Austria era stata ritenuta, ai termini dell'art. 6-c dello statuto, "un crimine rilevante della giurisdizione del Tribunale". Con riguardo a Streicher, egli fu l'unico per il quale la corte accertò e definì la colpa di aver ordinato

lo sterminio degli ebrei nell'ambito dell'art. 6-c avendo "realizzato la persecuzione per motivi politici e razziali". Di nuovo quello che prevalse fu l'elemento soggettivo della colpevolezza rispetto alla incertezza della norma astratta. La categoria del crimine contro l'umanità, costruita per punire le offese commesse contro il popolo tedesco (risultando quelle contro altri popoli ricomprese fra i crimini di guerra) e che avrebbe potuto coprire le efferatezze commesse anche in tempo di pace, purchè in connessione con i delitti previsti ai punti a) e b) dell'art.6, non potè svolgere nel procedimento alcun ruolo dirimpante perché l'ambiguità iniziale (anche i bombardamenti degli Alleati avrebbero potuto essere definiti tali) (27) fu ulteriormente frenata dal timore di una manifesta violazione del divieto di retroattività. Tale conclusione consente di anticipare un'osservazione che sarà utile ricordare quando si passerà alla valutazione dell'articolato del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia: con autonomia rispetto alle previsioni normative ed alle intenzioni del legislatore, il giudice svolge un ruolo chiave nella applicazione delle fattispecie astratte secondo un ruolo chiave nella applicazione delle fattispecie astratte secondo un ventaglio di possibilità che a Norimberga è passato dallo svuotare di significato la norma che puniva i crimini contro l'umanità alla creazione di ipotesi di reato non previste.

E' il caso del primo capo d'accusa comune a tutti gli imputati, che va approfondito con riguardo al principio di legalità: il complotto. L'imputazione del complotto permise di addebitare a ciascuno gli atti criminali anteriori alla sua adesione al progetto e successivi alla sua partecipazione. L'imputazione rese ciascuno di loro penalmente responsabile di ogni conseguenza del complotto, comprese quelle che non erano state né previste né volute. L'organo dell'accusa creò in tal modo un delitto distinto dal crimine contro la pace, dal crimine di guerra e dai crimini di lesa umanità con lo scopo di ricomprendere gli atti che, essendo semplicemente preparatori, sfuggivano alle qualificazioni previste dai punti a-b-c dell'art.6.

Nella difesa degli imputati ebbe grande spazio non solo la tesi della incompatibilità del complotto con il Führerprinzip detenendo Hitler la totalità del potere legislativo, esecutivo e giudiziario (ed utilizzando la tattica costante di far conoscere ai suoi più stretti collaboratori solo una parte del programma) (28), ma anche quella della violazione del principio di legalità avendo l'accusa superato i limiti che l'art. 6 assegnava alla competenza del Tribunale: la norma divideva le infrazioni nelle tre note categorie e solo con riguardo ai crimini contro la pace la semplice partecipazione alla preparazione, direzione, scoppio di una guerra di aggressione poteva essere qualificata come partecipazione ad un complotto, non così nelle altre due figure di reato. L'art. 6 ultimo comma (29) non aveva infatti per oggetto un crimine distinto ed il suo solo obiettivo era di determinare le persone che sarebbero state responsabili in qualità di partecipanti principali o secondari ai crimini precedentemente enumerati. La Corte accolse tale ultima tesi difensiva e ritenne che l'elemento del piano concertato entrasse a far parte della sola fattispecie dei crimini contro la pace potendo tale nozione accordarsi con il regime della dittatura. Se uno solo ha potuto concepire il piano, si sostenne, gli altri ne sono divenuti responsabili prendendo parte alla esecuzione: con tale motivazione il Tribunale condannò Goering, Hess, Ribbentrop, Keitel, Rosenberg, Raeder, Von Neurath. A conclusione del paragrafo, nel rimandare alle considerazioni che verranno svolte al termine della ricerca, ci si limita ad osservare l'utilità di dare ampio spazio alla problematica di Norimberga poiché ciò consente non solo di fare il punto del diritto preesistente in materia di crimini contro la pace, crimini di guerra e contro l'umanità, ma di toccare con mano le diverse concezioni del principio di legalità nonché il passaggio dalla formulazione della norma alla sua definitiva applicazione attraverso l'interpretazione del giudice.

3. Le risposte del diritto internazionale convenzionale: la tutela prevista dall'art. 7 della Convenzione Europea del 1950 e dall'art. 15 del Patto sui

diritti civili e politici del 1966.

Se il principio di legalità risultava già contenuto nella dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino della rivoluzione francese del 1789, è con la

Dichiarazione Universale del '48 che il principio viene ripreso e rafforzato all'interno di una tutela di carattere generale, specificatamente dedicata alla

affermazione dei diritti primari della persona, che il Documento finale della

Conferenza mondiale sui Diritti Umani di Vienna del 1993 ha definitivamente

riconosciuto come inviolabili, indivisibili ed inalienabili.

L'orrore dell'olocausto e le forti istanze di pace e non discriminazione portarono quindi alla codificazione del principio di internazionalizzazione dei

diritti dell'uomo che diventò progressivamente oggetto e soggetto di norme

internazionali: il tentativo - seppure ambiguo - dell'Accordo di Londra del 1945

di dare da un lato protezione (penale) alle popolazioni e ai gruppi interni allo

stato di appartenenza, che avevano subito le atrocità della discriminazione in

ragione del loro riferimento etnico o della loro opposizione alla dittatura, e

dall'altro di individuare le responsabilità penali internazionali per gli atti commessi dagli individui viene codificato a livello internazionale e trova nella

Carta delle Nazioni Unite del 1945 (art. 2, 55 e 56) e nella Dichiarazione Universale i suoi primi riconoscimenti.

benchè quest'ultima non abbia efficacia normativa diretta, al pari delle Risoluzioni della Assemblea delle Nazioni Unite, essa rappresenta "il parametro

più generale per valutare il contenuto dell'obbligo di promuovere i diritti dell' uomo" (30) (31).

Quasi contestualmente le Risoluzioni n.95 e 174 dell'Assemblea Generale del

dicembre 1946 riaffermavano "i principi della legge internazionale riconosciuti

dalla Carta del Tribunale di Norimberga e dalla sentenza" con ciò riconoscendo

valori già in vigore nel contesto del diritto internazionale consuetudinario (a tali risoluzioni la dottrina attribuisce forza obbligatoria) ed attribuendo alla Carta di Norimberga un supporto come fonte di legge internazionale *ex post facto*.

Il principio di legalità trova un primo riconoscimento di diritto positivo nella

Dichiarazione Universale attraverso gli articoli 7, 28 e 11.

Il primo, che sancisce l'uguaglianza di tutti gli uomini davanti alla legge, comporta che non si debba discriminare fra gli individui e che pertanto l'incriminazione, qualunque sia il reato, debba essere prevista in astratto antecedentemente al fatto reato.

L'art. 28 il quale individua il diritto ad un ordine sociale e internazionale in

cui i diritti e le libertà enunciati nella Dichiarazione possano essere pienamente realizzati, comporta che tale non debba essere considerato quell'ordine sociale nel quale vige la incertezza dell'imperativo penale o quello che ancora la protezione penale a valori insignificanti, non tutelati dalla Dichiarazione Universale.

L'art. 11, infine, sul divieto di applicazione retroattiva della norma penale,

introduce un elemento nuovo, che verrà poi ripreso dalle corrispondenti norme

del Patto sui diritti civili e politici e dalla Convenzione Europea: il principio di irretroattività non risulta più agganciato al solo riconoscimento

di un fatto come reato dal diritto interno, potendo questo fatto-reato essere

riconosciuto tale dal diritto internazionale.

Nonostante l'assenza di un imperativo penale statuale, il diritto internazionale

può infatti prevedere la colpevolezza di un soggetto che ha violato divieti penali internazionali con fatti ritenuti leciti dal legislatore interno: come verrà approfondito nei prossimi paragrafi, indipendentemente dal fatto che lo

Stato del quale l'individuo è cittadino abbia ratificato e reso esecutive nel proprio ordinamento le Convenzioni di Ginevra del 1949, la Convenzione sul

genocidio, quella sulla tortura o quella contro l'apartheid, il singolo che compia un atto penalmente vietato dal diritto internazionale sarà responsabile

penalmente del suo comportamento e dovrà (potrà) essere giudicato dai Tribunali degli stati-parte delle convenzioni violate in forza del principio della giurisdizione universale. Tale ragione, che è di immediata comprensione intendendosi in tal modo evitare la giustificazione di comportamenti tollerati, favoriti o addirittura sollecitati dallo stato di appartenenza, inizia progressivamente a spezzare i vincoli fra quest'ultimo e l'uomo, sia esso l'autore di un reato, sia esso la vittima. Rispettivamente nel 1950 e nel 1966 la Convenzione Europea de il Patto sui diritti civili e politici agli articoli 7 e 15 riconoscono nel diritto positivo il divieto di applicazione retroattiva della legge e confermano la duplicità degli ordinamenti penali: quello interno e quello internazionale. Recita l'art.15: "Nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso. Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede la applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne". Al secondo comma il principio di stretta legalità subisce una attenuazione in nome del rafforzamento dei principi generali del diritto: "Nulla, nel presente articolo, preclude il deferimento a giudizio e la condanna di qualsiasi individuo per atti o omissioni che, al momento in cui furono commessi, costituivano reati secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalla Comunità delle Nazioni". Il secondo comma dell'art.7 della Convenzione Europea si richiama invece ai "principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili". Le clausole ripropongono la formula dell'art.38, c. 1 lett. c, della Corte Internazionale di Giustizia la quale, oltre alle convenzioni ed alla consuetudine internazionale, è appunto tenuta ad applicare "i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili". Questa fonte di diritto non è teoricamente basata su precetti che si riferiscono

alla volontà degli stati, manifestata espressamente o desunta dai loro comportamenti: essa trarrebbe origine da norme formulate dalla Corte attraverso il processo di induzione contemplato nell'art. 38.

Il ricorso ai principi generali di diritto quale fonte secondaria di diritto internazionale, oltre che poco frequente, è stata oggetto di violente critiche all'epoca della costituzione della GIG sia per il richiamo alla discriminazione della formula "alle nazioni civili" sia perché per i giuristi, che allora facevano riferimento al gruppo degli Stati Socialisti, i principi "potevano essere solo i principi generali di diritto internazionale, cioè i principi derivanti dai trattati e dalle consuetudini e assunti al rango di precetti fondamentali dell'ordinamento internazionale" (Cassese A. "Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo", Mulino, pag.196). Come terza fonte, benchè secondaria, di diritto internazionale l'articolo 38 è caduto in desuetudine, con la conseguenza che il significato del secondo comma degli articoli 7 della Convenzione Europea e 15 del Patto vanno trovati altrove. Va osservato che al momento della loro formulazione il richiamo ai "principi di diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni" aveva un forte peso politico volendosi nel 1950 ribadire ideologicamente che non si sarebbero più dovute ripetere le atrocità e le barbarie del nazismo, mentre nel 1966 si trattava di rafforzare, sia da parte degli stati occidentali che di quelli socialisti e del terzo mondo, i riconoscimenti giuridici trasferiti nel documento internazionale. Va inoltre aggiunto che il ruolo di questi principi si è più attenuato e compresso in conseguenza del loro progressivo assorbimento nei trattati e nelle consuetudini, ma che tuttora la dottrina è profondamente divisa sul loro contenuto: nell'ottica dei diritti umani, che costituisce l'ossatura della presente ricerca, tali principi, ricavabili per via induttiva dalle norme di diritto convenzionale o consuetudinario, non possono che riferirsi al principio del rispetto dei diritti umani fondamentali.

Gli articoli 7 e 15 sono infatti collocati in una cornice organica e vincolante di norme (costituita non solo dai Patti del '66 e dalla Convenzione europea, ma da tutte le convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo e dei popoli) a protezione e garanzia dei diritti dell'uomo (universali, indivisibili e interdipendenti come dichiarato nel documento finale della Conferenza mondiale dei diritti dell'uomo del giugno 1933), che implica "l'obbligo di interpretare le norme internazionali in base ad un principio di gerarchia fra le medesime, nel senso che le norme sui diritti umani si pongono al vertice e devono quindi prevalere sulle altre:
"...Il principio di gerarchia va interpretato nel senso che i diritti umani, internazionalmente riconosciuti, devono prevalere sui diritti degli stati: per esempio il diritto di autodeterminazione dei popoli sul diritto alla integrità territoriale degli stati" (32).
Così, fra i principi generali del diritto riconosciuto dalla comunità delle nazioni, l'uguaglianza sovrana degli stati, l'autodeterminazione dei popoli, la non ingerenza negli affari interni, di uno stato, la buona fede, il rispetto dei diritti dell'uomo (secondo l'elenco proposto da Cassese in "Il diritto internazionale..." cit.), esclusivamente quest'ultimo consente in via eccezionale la positivizzazione di un divieto penale avente efficacia retroattiva.

Esempio significativo risulta in proposito essere l'articolo 5 dello statuto del Tribunale Penale Internazionale riguardante i crimini contro l'umanità. Come sarà più partitamente approfondito nel sesto paragrafo di questo capitolo, è principio riconosciuto dalla Comunità delle Nazioni (nei trattati di pace dopo la II° guerra mondiale, nella risoluzione della A.G. del 1946, nella Convenzione del 1968 sulla imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità) che le pratiche diffuse e sistematiche, dirette contro ogni popolazione civile, di deportazione,

assassinio, stupro, costituiscano una qualche cosa di diverso e più grave del singolo atto di deportazione, assassinio e stupro che pertanto la sua punizione e repressione possa essere sottratta alle giurisdizioni nazionali. A completamento del quadro di riferimento va ricordato come analoghi principi di legalità siano affermati nel diritto internazionale umanitario: così, in tal senso, l'art.99 della III° Convenzione di Ginevra del 1949, l'art. 75 par. 4 lett. c) del I° Protocollo aggiuntivo del 1977 e l'art. 6 par.2 lett. c) del II° Protocollo aggiuntivo, tutti riguardanti la garanzia giurisdizionale da assicurare alle persone protette dalla norma in questione (33).

Si tratta di norme non spurie ma collegate, in particolare con riguardo al I° e II° Protocollo aggiuntivo, alla presunzione di innocenza, al diritto dell'accusato ad essere giudicato in sua presenza, al divieto di testimoniare contro se stesso o confessarsi colpevole, al diritto ad essere informato ed alla difesa, presso Tribunali che devono offrire garanzie di indipendenza e imparzialità. Vale la pena richiamare le osservazioni sopra svolte sul riferimento degli art. 7 Conv. Eur. e 15 Patto dir. civ. pol. alle regole del diritto internazionale il quale può codificare come reato un atto non considerato tale dal diritto interno: la medesima disposizione è infatti prevista dall'art.75 del I° Protocollo aggiuntivo. Tale frase va, secondo Barile (34), interpretata "nel senso che la certezza data dal diritto penale internazionale costituisce di per sé, nella specie, per l'individuo, una garanzia non solo adeguata, ma ritenuta più valida di quella data dal diritto penale interno". Di conseguenza si commette addirittura un crimine di guerra se si condanna un individuo per un atto che, all'epoca in cui è stato commesso, non era considerato reato né dal diritto interno né dal diritto internazionale.

Tale conseguenza può essere direttamente desunta dall'art.85 par.4 lett. e) del

I° Protocollo aggiuntivo del 1977 il quale prevede che debba considerarsi crimine di guerra il fatto di privare una persona protetta dalle Convenzioni umanitarie del diritto di essere giudicata regolarmente e imparzialmente. A sostegno di tale interpretazione può essere utilmente richiamato un esempio di

crimine in tempo di pace: il delitto di apartheid è considerato crimine internazionale dal I° Protocollo aggiuntivo, oltre che dalla apposita disposizione della Convenzione. Sarebbe assurdo ritenere che non possono essere

condannate le persone che lo hanno commesso solo perché, nel momento storico in

cui fu posto in essere, il delitto non era punito da quell'ordinamento interno

che esse avevano condizionato in modo criminale, non nazionalizzando la regola

penale internazionale.

3.1 Lo zoccolo duro dei diritti umani: l'art.15 della Convenzione Europea e

l'art.4 del Patto sui diritti civili e politici. Il rafforzamento del principio di legalità.

Se gli atti internazionali che si richiamano agli articoli 7 della Convenzione europea e 15 del Patto nulla aggiungono o chiarificano rispetto alla loro interpretazione in particolare con riguardo al rapporto fra il primo comma di

entrambe le norme da un lato, e i principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni, dall'altro, per come, soprattutto, debbano essere

tassativamente circoscritti questi ultimi (35) (36), è opportuno ricercare nelle convenzioni ulteriori elementi a sostegno di una interpretazione rigorosa del principio di legalità. Tale sostegno può essere

rivenuto negli articoli 15 della Convenzione europea e 4 del Patto sui diritti

civili e politici. Entrambe le norme disciplinano lo stato di emergenza determinato da un pericolo pubblico eccezionale che minaccia l'esistenza della

nazione. In tal caso, alla condizione che venga dichiarato con atto ufficiale,

nei limiti in cui la situazione lo esiga, purchè tali misure non siano in contrasto con obblighi internazionali e nel rispetto del principio di non

discriminazione (37), lo stato può limitare l'esercizio dei diritti umani ad eccezione di quelli non ragionevolmente coinvolti nell'emergenza e di quelli espressamente elencati in entrambe le norme internazionali. Se una parte della dottrina (38) ritiene che la previsione degli stati d'eccezione per la sospensione temporanea di alcuni diritti fondamentali sia una "scoria del vecchio diritto delle statualità armate rispetto al nuovo diritto panumano", altri vi leggono il riconoscimento di particolari norme di jus cogens, di diritti non derogabili. Con J. Oraa' (39) il quale comparando le tre liste di diritti non derogabili previste dal Patto, dalla Convenzione Europea e dalla Convenzione interamericana, verifica che il diritto alla vita, quello a non subire trattamenti disumani o degradanti, quello a non subire la riduzione in schiavitù e quello che sancisce il divieto di applicare retroattivamente la legge penale, sono comuni a tutti e tre gli atti internazionali. Per tale ragione egli li considera talmente fondamentali da ritenerli espressione di norme di ius cogens, che non possono essere in alcun modo derogate neppure in una situazione eccezionale, se non attraverso gli strumenti previsti dagli articoli 53-64-66 della Convenzione di Vienna sui trattati. Si potrebbe ritenere che esse esprimano lo zoccolo duro dei diritti umani e che per tale ragione la loro interpretazione ed applicazione non debba dar luogo a formule compromissorie (40) per non strvolgere i cardini fondanti dell'ordinamento internazionale.

Nel contempo si può sostenere che dalla inderogabilità della loro applicazione discende un'altra importante conseguenza: quella che gli stati non possono apporre riserve qualora nei trattati si discuta dell'esercizio di questi diritti. Va però osservato che se è importante il riconoscimento giuridico internazionale della esistenza di diritti umani che in qualunque situazione non possono essere derogati, l'esperienza dell'effettività e della sanzionabilità delle violazioni è - proprio con riguardo al principio di legalità - del tutto insoddisfacente: la Corte Europea dei Diritti dell' Uomo si è occupata più volte del rispetto dell'art. 7 in relazione all'art. 15 della Convenzione Europea ed in particolare nel caso Lawless contro Irlanda dell'1 luglio 1961. In questa sentenza la Corte,

accertata la conformità ai requisiti di legge della motivazione della Irlanda in ordine alla proclamazione dello stato di emergenza, riteneva che i diritti di Lawless - detenuto senza processo dal 13 luglio all'11 dicembre 1957 - non erano stati violati.

Se corrisponde al vero che il principio di irretroattività deve essere rispettato anche nello stato di emergenza, la Corte ritenne non applicabile il primo comma dell'art.7 poiché quest'ultimo è riconosciuto limitatamente alla detenzione che segue la condanna mentre il ricorrente era stato incarcerato in seguito ad una sanzione amministrativa. La norma che avrebbe dovuto essere richiamata a protezione risultava essere l'art.5, ma questo non fa parte dei diritti inderogabili nello stato di emergenza.

Tale orientamento della Corte da spago alla ipotesi che il principio di non-derogabilità del divieto di applicazione retroattiva del comando penale sia entrato quale principio nel diritto consuetudinario internazionale in accordo con l'art.38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, ma nel contempo mette in evidenza la necessità che la lista dei diritti debba essere allargata per includere il c.d. principio di legalità in senso stretto, il quale ricomprende le garanzie contro le detenzioni arbitrarie e quelle concernenti il diritto ad un processo equo (41).

Rispetto a tale inclusione, necessaria poiché in tutte le situazioni di emergenza (Irlanda, Grecia, Argentina, Israele, etc.) gli stati anticipano la repressione penale attraverso misure cautelari di detenzione, si può operare su due fronti: da un lato sostenendo che la deroga a queste garanzie mette a rischio il diritto alla vita ed il diritto a non subire tortura (nell'ampio significato stabilito dalla Convenzione internazionale contro la tortura del 1989) e dall'altro attraverso il principio di proporzionalità.

Lo stato che intende derogare ai diritti umani fondamentali in una situazione di emergenza, deve dimostrare che la deroga è necessaria e proporzionata alla minaccia rispetto a ciascun diritto.

Un conforto indiretto a tale tesi proviene dalla risoluzione n.2675 del 9 dicembre 1970 (XXV) della Assemblea Generale delle Nazioni Unite che al primo punto testualmente afferma: "Fundamental human rights, as accepted in international law and laid down in international instruments, continue to apply fully in situations of armed conflict".

4. La codificazione penale internazionale: dal diritto umanitario di guerra al diritto internazionale dei diritti umani. La tipizzazione delle fattispecie penali.

A far tempo dalla dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 si assiste ad un fenomeno di progressiva produzione e sovrapposizione di norme a tutela dei diritti umani sia da parte della legislazione umanitaria (riferibile alla categoria delle leggi sui conflitti armati) che da parte delle convenzioni e consuetudini internazionali destinate ad essere applicate in tempo di pace. Mentre per queste ultime il 1948 diventa il dies a quo, dal quale inizia a cristallizzarsi la protezione dei diritti umani nella legge internazionale, il 1949 - anno nel quale vengono emanate le quattro convenzioni di Ginevra - può essere considerato il dies a quem di finale consolidamento dei diritti umani in tempo di guerra, a qualunque popolazione riferibili: l'art.3 comune alle quattro convenzioni ed il II° Protocollo aggiunto del 1977 riguardano la tutela dei prigionieri, dei combattenti e dei civili nei conflitti internazionali. La IV Commissione e la IV Parte del I Protocollo si riferiscono alle popolazioni civili (così come agli individui) indipendentemente dalla appartenenza ed a loro viene garantito il diritto alla generale protezione contro i rischi delle operazioni militari. Gli articoli da 51 a 56 del Protocollo specificatamente proteggono contro gli attacchi indiscriminati, le rappresaglie, la distruzione di beni culturali e luoghi di culto, le carestie, etc.

I diritti umani dei civili sono particolarmente tutelati nel caso di occupazione

nemica. La legge umanitaria stabilisce infatti standards internazionali minimi per rendere effettivo il diritto alla vita, alla libertà e alla proprietà ma nel contempo la protezione non può dirsi assoluta: in alcune circostanze tali privazioni della vita, libertà e proprietà possono essere per la normativa umanitaria legittimamente esercitate (così la pena di morte ed i civili possono essere oggetto di misure detentive amministrative, alla sola condizione che sia rispettata la procedura di applicazione prevista). Tali esempi evidenziano le prime differenze fra i diritti umani protetti dalla legge umanitaria e quelli protetti dal diritto internazionale dei diritti umani: possono infatti esistere diritti umani garantiti in modo assoluto da entrambe le categorie di legge (il diritto a non subire tortura e quello a non subire condanna penale per fatti non previsti come reato al tempo della loro commissione); alcuni diritti, invece, devono essere garantiti in modo assoluto in tempo di pace ma possono venir sospesi in tempo di guerra (riprendendo la sentenza *Lawless* della Corte europea del 1961, il diritto a non subire misure di prevenzione penale-amministrativa può venir sospeso in caso di conflitto alla sola condizione che sia dichiarato lo stato di emergenza); altri diritti possono sorgere esclusivamente in tempo di guerra: mentre l'art.4 della Convenzione Europea e l'art.8 del Patto sui diritti civili e politici non considerano lavoro forzato il servizio militare o quello sostitutivo dell'obiettore di coscienza, l'art.51 della IV Convenzione di Ginevra vieta espressamente la costrizione dei civili al lavoro nelle forze armate effettive o ausiliarie della potenza occupante.

Vi sono infine diritti umani che, pur garantiti sia in tempo di pace che in tempo di guerra, ricevono in quest'ultima ipotesi minore o maggior protezione (la libertà di sottoporsi ad esperimenti medici viene nel caso di conflitto espressamente vietata, nonostante il consenso, cfr. art. 11 I° Prot. agg. 1977) (42).

Non vi è quindi perfetta coincidenza fra i diritti umani tutelati dai due differenti sistemi normativi internazionali benchè nel preambolo sia del I° che

del II° Protocollo del 1977 si faccia diretto riferimento al "divieto di uso o minaccia della forza" stabilito dalla Carta delle Nazioni Unite ed "agli strumenti internazionali relativi ai diritti dell'uomo che offrono alla persona

umana espressa protezione". Va però osservata la tendenza del diritto umanitario

convenzionale a trasformarsi in diritto generale imperativo, in *ius cogens*. L'articolo 1 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra ed al I° Protocollo stabilisce che "le alte parti contraenti si impegnano a rispettare e a far rispettare il presente Protocollo (la presente Convenzione) in ogni circostanza".

Da questo discende per alcuni autori (43) la "natura incondizionale (e non sinallagmatica) delle obbligazioni del diritto umanitario... le quali vanno rispettate in ogni caso così che non vale nei loro confronti la logica della reciprocità".

Ne consegue che l'indisponibilità assicurata alle norme internazionali relative

alla tutela dei diritti umani è garantita anche dalle norme umanitarie. La conferma può essere rinvenuta nel fatto che le quattro Convenzioni di Ginevra

del 1949 espressamente vietano l'esonero da quelle responsabilità in cui gli

stati siano incorsi in ordine alle infrazioni gravi: "Nessuna Parte contraente potrà esonerare se stessa, né esonerare un'altra Parte contraente, dalle responsabilità in cui essa o un'altra Parte contraente fosse incorsa per le infrazioni previste dallo articolo precedente" (le infrazioni gravi) (articoli 51/I°; 52/II°; 131/III°; 148/IV°).

Correlativamente gli articoli 7/I-II-III e 8/IV sanciscono la irrinunciabilità, da parte degli individui, dei benefici loro attribuiti dalle convenzioni.

Tali regole di maggiore salvaguardia dei beni fondamentali dell'essere umano,

garantite da diritti-doveri incombenti ad ogni stato nei confronti di tutti gli

altri, sono da considerare, per l'indisponibilità del loro contenuto, regole di

ius cogens, cioè norme imperative.

Tutte le fattispecie di messa in pericolo dei diritti dell'uomo godono pertanto

- si ricorda che il livello di analisi della tutela è in questo momento esclusivamente astratto - di protezione internazionale di diritto cogente da

parte sia del diritto umanitario convenzionale che quello umanitario

consuetudinario.

Anticipando ora quanto verrà maggiormente sviluppato nei prossimi capitoli, si tratta di verificare in questo quadro di norme imperative se il destinatario delle stesse sia solo lo stato oppure sia anche lo individuo e se, in tale seconda ipotesi, a far tempo dalla seconda guerra mondiale si sia sviluppata una tipizzazione delle fattispecie penali internazionali che, indipendentemente dall'averne dei lavori dell' International Law Commission (ILC) sul codice penale internazionale, vieti allo individuo comportamenti che violano i diritti umani. La ricerca empirica delle fattispecie dimostrerà infatti non solo la esistenza di norme di ius cogens che esigono dagli stati la punizione penale degli individui (l'art. 1 comune alle quattro convenzioni), togliendo ai primi qualunque discrezionalità in ordine alla loro attuazione poiché viene in effetti loro attribuita una funzione pubblica, internazionale, decentrata di punizione (la c.d. giurisdizione universale), ma anche la esistenza di norme che impegnano le persone nonostante la assenza di imperativi statali.

4.1 L'accordo di Londra dell'8 agosto 1945. I crimini contro la pace e i crimini contro l'umanità.

Il principio di legalità fu all'epoca violato - è stato scritto nel secondo paragrafo del presente capitolo - sotto un duplice profilo per la mancanza di fattispecie (antecedenti al 1945) tipizzanti la gamma dei divieti penali nei quali fa ricomprendere le atrocità commesse dal nazismo e per l'assenza di norme internazionali aventi come diretto destinatario lo individuo, anziché lo stato. A far tempo dal processo di Norimberga inizia quindi la produzione attraverso norme convenzionali di imperativi penali rivolti espressamente al singolo che costruiscono in capo a lui una serie articolata di divieti internazionali.

La Carta statutaria del Tribunale di Norimberga non può essere, come si diceva, considerata un precedente per la sua efficacia temporalmente limitata e per l'essere stata promulgata per accertare le sole responsabilità dei cittadini appartenenti alle potenze dell'Asse, nonostante le Risoluzioni n.95 e 174 del 1946 della Assemblea Generale (44) le quali hanno riaffermato i principi internazionali riconosciuti dallo Statuto del Tribunale e dalla sentenza. Quest'ultima, fra il resto, dichiarava: "In the opinion of the Tribunal... , international law imposes duties and liabilities upon individuals as upon nations long been recognized... The very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State. He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State, if the State in authorizing action moves outside its competence under international law" (45). Con riguardo ai crimini contro la pace nel primo progetto di codice delle responsabilità individuali predisposto nel 1954 dalla ILC, l'art.1 esordiva con la enunciazione del principio che "le infrazioni contro la pace e la sicurezza dell'umanità, come definite da questo codice, sono crimini di diritto internazionale per i quali gli individui responsabili dovranno essere puniti". Il codice fu dunque concepito sin dalle prime battute nell'ottica universalistica applicabile agli individui.

Nel progetto adottato dalla 43° sessione della ILC si legge all'art.1 che "i crimini definiti da questo codice costituiscono crimini contro la pace e la sicurezza della umanità" la cui commissione, secondo l'art.3, dà luogo a responsabilità dell'individuo che sarà quindi sottoposto a punizione. I successivi articoli 15,16 e 17 disciplinano il crimine individuale internazionale di aggressione con l'uso della forza contro la sovranità, il territorio e l'indipendenza politica di uno stato, il crimine di minaccia di aggressione e quello di intervento negli affari interni di uno stato attraverso appoggio ad attività sovversive o terroristiche, etc. Non può essere, invece, rinvenuta nella legislazione internazionale vigente una fattispecie così articolata di crimine individuale contro la pace. Vi sono, è vero, due importanti Risoluzioni dell'Assemblea Generale che

completano le disposizioni previste dall'art.2 comma 4 della Carta delle Nazioni

Unite: la prima è la Risoluzione sulle relazioni amichevoli tra Stati n. 2625 (XXV) del 24 ottobre 1970 che dichiara: " La guerra di aggressione costituisce un

crimine contro la pace che dà luogo a responsabilità in base al diritto internazionale"; la seconda è la n.3314 (XXIX) del 1974 sulla definizione di aggressione la quale, nel fornire un elenco esemplificativo delle varie forme di

aggressione, ribadisce che "a guerra di aggressione è un crimine contro la pace

internazionale. L'aggressione dà luogo a responsabilità internazionale". Nel primo articolo di tale seconda risoluzione il crimine viene definito come segue:

"aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State or any other manner inconsistent with the United Nations Charter as set out in this definition".

La giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, in particolare nella

sentenza 27.6.1986 Nicaragua c. Usa (46), ha inoltre con chiarezza enucleato la

fattispecie di aggressione armata, del principio di non intervento, quello del

rispetto della sovranità territoriale che corrispondono secondo la Corte a quanto disciplinato dal diritto consuetudinario internazionale avente valore

obbligatorio.

Ma allo stato della normativa internazionale non può essere sostenuto con certezza che il crimine contro la pace includa responsabilità individuali.

Con riguardo ai crimini contro l'umanità, si richiama quanto detto nel secondo

paragrafo sul carattere complementare rispetto alle altre due figure criminose

principali soggette alla giurisdizione del Tribunale di Norimberga. Il requisito

della "connessione" o "esecuzione" dimostrò, a suo tempo, la cautela delle Potenze alleate nel prevedere questa nuova categoria di crimini internazionali.

Nel progetto di codice internazionale in ordine alle responsabilità individuali

predisposto dall'ILC nel 1954, i crimini contro l'umanità risultavano ancora

collegati ai crimini contro la pace "...when such acts are done or such persecutions are carried out in execution or in connection with any crime against peace or any war crime".

Non altrettanto nel progetto della 43° sessione della Internationale Law Commission: oltre al genocidio ed al crimine di apartheid, l'art.21 del progetto

del 1991 prevede le sistematiche e/o massicce violazioni di diritti umani con

l'elencazione degli atti vietati, che corrispondono pressappoco a quelli disciplinati dall'art. 6-c dello Statuto del Tribunale di Norimberga, ma senza

alcuna subordinazione alla connessione con altri delitti.

Attualmente le violazioni contro l'umanità sono espressamente disciplinate da

norme convenzionali contenute nelle Convenzioni di Ginevra del 1949, nella

Convenzione contro il genocidio, in quella contro l'apartheid e contro la tortura, entrate a far parte del diritto consuetudinario internazionale ma non

può ritenersi esistere una categoria di imprecisati crimini contro l'umanità di

"acts committed against any civilian population" (art. 6-c Carta Norimberga) al

di fuori delle specifiche ipotesi contenute nelle Convenzioni che di seguito vengono trattate (47).

4.2. La Convenzione contro il Genocidio

La Convenzione del 9 dicembre 1948, ratificata alla data del 31 marzo 1993 da

110 stati (48) prosegue come è noto lo scopo di proteggere determinati gruppi di

individui, obbligando le Parti contraenti a prevenire e reprimere il genocidio

all'interno dei loro ordinamenti.

A tal fine la Convenzione contiene un elenco di atti e di possibili autori mentre gli stati sono liberi di dettare le pene da comminare, salvo

l'obbligo di

determinarle "in misura efficace" (art.5).

All'art.1 il genocidio viene definito un "crimine internazionale" (49) sia esso

commesso in tempo di guerra o in tempo di pace, nei confronti di propri concittadini o di popolazioni appartenenti a stati terzi.

All'art.2 il crimine risulta tassativamente definito così come viene individuato con precisione l'elemento soggettivo del dolo specifico, "l'intenzione di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, come tale" mentre all'art.3 si prevede non solo la punizione del genocidio ma altresì dell'intesa, del tentativo, dell'incitamento diretto e pubblico, della complicità, per il solo fatto della loro esistenza. Ciò che caratterizza la fattispecie non è pertanto il numero delle persone uccise potendo anche un solo omicidio integrare il reato (art.2 lett.a). La caratteristica che distingue il genocidio da altri tipi di violenza mentale o fisica è l'intenzione di distruggere il gruppo come tale. Maggiori difficoltà possono sorgere in ordine alla interpretazione dei termini "nazionale", "etnico", "razziale", "religioso". Le categorie razziali, così come le altre, possono essere frutto di arbitrarie classificazioni ma non è pensabile che la norma penale sia sempre talmente circoscritta da impedire che nella fattispecie filtrino concetti provenienti da altre discipline scientifiche o culturali. Costituisce reato anche la lesione grave alla integrità mentale di uno o più membri del gruppo (art.2 lett.b) nonché la deliberata, intenzionale sottoposizione dei membri del gruppo a condizioni di vita suscettibili di provocare la distruzione anche parziale della comunità (art.2 lett.c). Al punto d) è considerato reato intraprendere misure volte ad impedire le nascite: va osservato a tale proposito che l'elemento materiale del delitto può consistere anche in misure dirette a limitare il tasso di natalità poiché per la realizzazione del reato di genocidio è sufficiente la volontà di distruggere parzialmente il gruppo. Al punto e) dell'art.2 si prevede il trasferimento forzato di fanciulli: è stato evidenziato che non è necessario il trasferimento in massa da un gruppo ad un altro ma è sufficiente disperderli tra i gruppi esistenti, se ciò ha per risultato di far perdere loro la identificazione con la comunità alla quale appartengono. Come si può notare l'approccio alla fattispecie da parte della Convenzione è sistematico e completo: ciò fu dovuto non solo alla novità del concetto oggetto di legiferazione ma altresì dalla inequivocabile volontà di evitare che le

legislazioni nazionali introducessero variazioni, oltre che di rispettare il principio nullum crimen sine lege (50).

All'art.4 vengono elencati i possibili autori degli atti vietati: a tal fine si obbligano a punire non solo i semplici individui ma anche i funzionari ed i governanti che abbiano commesso atti di genocidio (51).

Si tratta a questo punto di verificare se la convenzione impegna esclusivamente

gli stati che l'hanno ratificata (con o senza riserva) (52) oppure anche gli individui. Se cioè il precetto internazionale sia diretto anche al singolo.

Una

parte della dottrina lo esclude (53) mentre partendo da altri presupposti un cospicuo numero di giuristi lo ammette (54).

Secondo quest'ultima opinione, la Convenzione non è un ordinario trattato ma un

trattato multilaterale adottato all'unanimità e ratificato da un amplissimo numero di stati. Nel parere consultivo espresso nel 1951, la Corte Internazionale di Giustizia ha sottolineato che il crimine di genocidio è un crimine di diritto internazionale, come risulta dall'art.1 e dalla citata risoluzione n.96 della Assemblea delle N.U. Ne discende che per la Corte che i

principi della Convenzione sono i principi riconosciuti da tutte le nazioni civili come vincolanti per gli stati anche senza una obbligazione convenzionale

("recognized as binding on states even without any conventional obligation")

(55).

La seconda conseguenza per la Corte Internazionale di Giustizia è il carattere

universale sia della condanna per genocidio che dello impegno di cooperazione

per gli stati al fine "di liberare la umanità da un flagello così odioso" (preambolo della Convenzione).

La pratica degli stati, l'opinione della Corte e la perentorietà della norma di

legge internazionale supportano la conclusione che gli imperativi della Convenzione siano *ius cogens*, obbligatori per tutti i soggetti del diritto internazionale, individui compresi.

Una indiretta conferma risiede nell'art.7 che impedisce di considerare il genocidio un reato politico ai fini della estradizione e nell'art.6 il quale stabilisce una doppia competenza (oltre a quella di un Tribunale penale

internazionale il cui primo passo può essere considerato quello istituito per i crimini commessi nella ex-Jugoslavia): la competenza territoriale e quella della personalità attiva (56).

Ma ciò non esclude che, considerata la libertà degli stati di determinare la sfera della propria giurisdizione penale, anche lo stato le cui vittime di genocidio sono propri cittadini può approntare una adeguata repressione penale.

"Il fatto che il diritto internazionale generale e convenzionale non ponga obblighi di repressione a carico di tutti gli stati non significa che esso non attribuisca a tutti gli Stati la facoltà di esercitare l'attività repressiva in materia umanitaria" (57).

In tale campo viene infatti meno il principio della non ingerenza e della impunità organica.

4.3. La Convenzione internazionale contro l'apartheid

Preceduta dalle Risoluzioni n. 2184 del 12.12.1966, 2202 del 16.12.1968 e 2391

del 26.11.1968 sulla imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità - che avevano ricompreso il crimine di apartheid tra i crimini internazionali - la Convenzione del 30 novembre 1973, adottata dalla Assemblea Generale con

risoluzione 3062, qualifica la politica di apartheid come crimine contro l'umanità e come minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale.

Al 31 marzo 1993 è stata ratificata da 99 stati, fra cui la Jugoslavia.

Poiché

il reato di apartheid non rientra ovviamente fra quelli che saranno oggetto di

giudizio del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia (58) la disamina della convenzione sarà necessariamente ridotta ma non esclusa in quanto

essa contiene un significativo esempio di normazione che dà luogo a responsabilità penale internazionale dell'individuo.

L'articolo 3, infatti, espressamente dichiara responsabili del crimine gli individui, i membri di organizzazioni, di istituzioni e di rappresentanza dello

Stato siano o meno essi residenti nel territorio della nazione nella quale l'atto è stato perpetrato (59).

Il successivo articolo 5 stabilisce che le persone accusate possono essere processate da ogni stato parte della Convenzione o da un Tribunale penale internazionale qualora gli stati parte abbiano accertato la giurisdizione di

quest'ultimo.

La Convenzione, così come quelle di Ginevra del '48 e quella sulla Tortura, afferma il principio della repressione universale del delitto di apartheid, in

quanto delitto *juris gentium* e inserisce questo nuovo concetto di responsabilità criminale all'interno del contesto del sistema internazionale della cooperazione universale.

L'articolo 6 obbliga gli stati-parte a cooperare per implementare le decisioni

adottate dagli organi competenti delle Nazioni Unite ed il successivo art.7 dà

diritto agli stati-parte di richiedere ai competenti organi delle N.U. di intraprendere azioni considerate appropriate per la prevenzione e la repressione dell'apartheid.

L'alto numero degli stati che hanno ratificato la Convenzione, il generalizzato

rispetto dell'embargo adottato dalle Nazioni Unite e le innumerevoli dichiarazioni di condanna politica consente di ritenere la responsabilità individuale per atti proibiti di apartheid, una responsabilità che proviene dalla legge internazionale consuetudinaria dotata di valenza obbligatoria. (60).

4.4. La Convenzione internazionale contro la tortura.

La Convenzione adottata dalla Assemblea Generale il 10 dicembre 1984 si colloca

in una cornice di atti internazionali che già avevano proclamato o indicato in

modo precettivo il divieto di sottoporre, in tempo di pace ed in tempo di guerra, l'uomo a trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

L'art.5 della Dichiarazione Universale del 1948, gli articoli 7 e 10 del Patto sui diritti civili e politici, l'art.3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, l'art.3 della Convenzione Europea hanno, con differenti gradi

di tutela, introdotto la proibizione della tortura. Il 26 novembre 1987 è stata

inoltre adottata la Convenzione Europea per la prevenzione della tortura, dei

trattamenti e delle punizioni inumane o degradanti la quale ha intensificato un meccanismo di controllo non giudiziario.

Il 9 dicembre 1975 la Assemblea Generale aveva adottato la prima Dichiarazione per la protezione di tutte le persone dalla tortura ma è solamente con la Convenzione internazionale del 1984 che viene introdotta la previsione di una responsabilità individuale. Alla data del 31 marzo 1993, 87 stati l'hanno ratificata, Jugoslavia compresa.

Sotto il profilo della tipizzazione della fattispecie, l'art.1 indica quali atti, inflitti intenzionalmente, debbano essere ricompresi nel termine "tortura": sono quelli che provocano ad una persona dolore e sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da terzi informazioni o confessioni, di punirla per atti che essa o il terzo ha commesso o si sospetta aver commesso, di intimidirla o di far pressione o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tali dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su istigazione o con il suo consenso tacito o espresso.

La norma prevede quindi in modo sufficientemente determinato la condotta, l'elemento soggettivo e le qualifiche dell'agente.

All'art.16 è previsto che ogni stato parte si impegnerà a proibire sul proprio territorio "ogni atto crudele, inumano o degradante" mentre l'art.2 comma 3 tipizza con forza la responsabilità individuale: "L'ordine di un superiore o di una autorità pubblica non può essere invocato a giustificazione della tortura".

Con riguardo alle responsabilità dello stato il comma 2 dell'art.2 stabilisce che nessuna circostanza eccezionale, quale che essa sia, che si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, etc. potrà essere invocata per giustificare la tortura con ciò richiamando le disposizioni degli articoli 15 della Convenzione Europea e 4 del Patto sui diritti civili e politici.

Un rafforzamento della protezione del bene tutelato e della responsabilità penale internazionale dell'autore della violazione proviene dalla disciplina

della universalità della giurisdizione e dall'obbligo aut iudicare aut dedere: l'art.5 prevede la competenza dello stato al fine di giudicare in ordine alle trasgressioni in ragione del forum commissi delicti, della cittadinanza dell'autore del crimine e di quella della vittima ma ogni stato parte si obbliga altresì a determinare la propria competenza qualora il presunto agente si trovi sul territorio sottoposto alla sua giurisdizione e non lo estradi. Dalle considerazioni che la libertà da tortura è universalmente riconosciuta come ius cogens (61), che la convenzione internazionale prevede una giurisdizione universale per l'autore del crimine (salvo l'obbligo di estradare), che viene espressamente individuata la categoria di persone che si possono macchiare del grave delitto, da tutto questo - si diceva - consegue con certezza una responsabilità penale internazionale del singolo. Tale evoluzione sul piano pattizio e consuetudinario si è accompagnata a significative prese di posizione della giurisprudenza interna (62), cui verrà fatto accenno nel paragrafo sulla giurisdizione universale.

4.5. Le Convenzioni di Ginevra del 1949 ed i Protocolli aggiunti del 1977

Se prima della seconda guerra mondiale, le regole della legge umanitaria offrivano protezione esclusivamente al personale militare nemico piuttosto che alle popolazioni civili, con qualche indiretta protezione di queste ultime nella Convenzione dell'Aja del 1907, le atrocità commesse nell'ultimo conflitto mondiale hanno indicato la necessità a) di stabilire misure a tutela dei civili attraverso la codificazione di una serie di comportamenti vietati, anche penalmente, b) di precisare la lista dei potenziali responsabili con la graduazione della colpevolezza e c) di individuare la giurisdizione allargando il campo di competenza penale a tutti gli stati-parte, compresi quelli non coinvolti nel conflitto. L'art.1 comune alle quattro Convenzioni ed al 1° Protocollo, come anticipato nel paragrafo 3, contribuisce a qualificare come jus cogens (cfr. nota) i doveri ed i divieti precisati nei rispettivi articolati mentre l'articolo 2 sottrae alla condizione di reciprocità gli obblighi degli stati-parte (questi ultimi sono

tenuti a rispettare in ogni caso le Convenzioni nei rapporti fra loro, non, però, con riguardo agli stati non firmatari). Norme comuni a tutte le convenzioni stabiliscono che le persone protette non potranno rinunciare ai diritti loro assicurati (7/I, 7/II, 7/III, 8/IV), che nessuna parte potrà esonerare se stessa né esonerare le altre da responsabilità incorse per aver commesso una delle gravi violazioni (51/I, 52/II, 131/III, 148/IV), che "nessuna intesa speciale potrà pregiudicare la situazione delle persone protette, come è regolata dalla presente convenzione, né limitare i diritti che questa conferisce loro" (art. 7/IV) rafforzando in tal maniera il principio della obbligatorietà e coerenza delle norme ivi contenute.

I diritti e i doveri risultano pertanto concepiti come indipendenti dalla volontà degli stati a conferma che soggetto tutelato è l'individuo e non lo stato (63).

Gli articoli 49/I°, 50/II°, 129/III° e 146 della IV° Convenzione prevedono, come

verrà in seguito sviluppato, la giurisdizione universale: ogni parte contraente

avrà l'obbligo di ricercare le persone accusate di aver commesso o di aver dato

l'ordine di commettere una "infrazione grave" e dovrà, qualunque sia la loro

nazionalità, deferirle ai propri tribunali. In difetto dovrà consegnarle, per essere giudicate, alla Parte contraente che abbia prove sufficienti per perseguire il sospettato.

Gli stati parte sono inoltre obbligati a quantificare "le sanzioni penali adeguate" da applicarsi alle infrazioni considerate gravi.

La giurisdizione universale risulta pertanto collegata alla commissione delle

gravi violazioni che la IV° Convenzione, quella sulla protezione delle popolazioni civili (che ovviamente abitano i territori dello stato nemico), elenca all'art. 147 (64): l'omicidio internazionale, la tortura o i trattamenti inumani, il fatto di cagionare intenzionalmente grandi sofferenze o attentare

gravemente alla integrità fisica o alla salute, la deportazione o il trasferimento illegali, la detenzione illegale, il fatto di costringere una persona protetta a prestar servizio nelle forze armate della potenza nemica, di

privarle del suo diritto ad essere giudicata regolarmente e imparzialmente, la presa di ostaggi, la distruzione e l'appropriazione di beni non giustificate da necessità militari.

Gli articoli 11 e 85 del I° Protocollo contemplano l'elenco col divieto di sperimentazioni scientifiche o mediche, mutilazioni fisiche, prelievamento di organi per espianti, deportazioni di popolazioni, pratiche di discriminazione razziale, attacchi a monumenti storici, opere d'arte, etc. che costituiscono patrimonio culturale e spirituale dei popoli. Le quattro convenzioni hanno competenza secondo il comune art.2 rispetto ai conflitti internazionali, alla occupazione totale o parziale del territorio di un'altra parte contraente, anche se questa occupazione non incontra alcuna resistenza militare, mentre il I° Protocollo del 1977 ricomprende nel concetto di conflitto internazionale quelli "armati nei quali i popoli lottano contro la dominazione coloniale e l'occupazione straniera e contro i regimi razzisti, nell'esercizio del diritto dei popoli di disporre di se stessi". L'art.3 comune alle quattro convenzioni ed il II° Protocollo aggiunto nel 1977 riguardano invece i conflitti armati che non presentano carattere internazionale e "che si svolgono sul territorio di un'altra parte contraente fra le sue forze armate e forze armate dissidenti o gruppi armati organizzati che, sotto la condotta di un comando responsabile, esercitano su una parte del suo territorio un controllo tale da permettere loro di condurre operazioni militari prolungate e concentrate". E' espressamente esclusa l'applicazione alle situazioni di tensioni, disordini, sommosse o atti sporadici di violenza interni al paese. La discriminazione non è di poco conto poiché secondo alcuni autori dalla distinzione fra conflitti interni e conflitti internazionali discenderebbe come conseguenza - come sarà approfondito nel paragrafo 5 - che la giurisdizione universale sia consentita esclusivamente rispetto ai secondi poiché è solo con

riguardo a questi ultimi che il legislatore internazionale ha elencato le "gravi violazioni".

Si soprassiede, per il momento, all'approfondimento del problema la cui soluzione è tutt'altro che pacifica per osservare come - ai fini di questo argomento - ciò che importa è individuare nell'ordinamento internazionale vigente fattispecie non generiche, sufficientemente tipizzate di responsabilità

individuale per crimini di guerra a danno delle popolazioni coinvolte nel conflitto.

Infatti sia che si aderisca alla tesi che le "gravi violazioni" previste dall'art.147 della IV° convenzione ricomprendono quelle identiche articolate

nell'articolo 3 comune alle quattro convenzioni sia che si sostenga la assenza

di giurisdizione universale per i reati commessi contro le popolazioni non coinvolte in un conflitto internazionale, le convenzioni prevedono e disciplinano una serie di divieti penali ai quali non può essere tolto il carattere di obbligatorietà anche per l'individuo.

Così in tutte e quattro le convenzioni configurano reati penali per il diritto internazionale le violenze contro la vita, l'integrità culturale e le torture (art. 3-a); la cattura di ostaggi (3-b); gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti disumani e degradanti (3-c); le condanne pronunciate

senza previo giudizio da un tribunale regolarmente costituito, che offra le garanzie giudiziarie riconosciute indispensabili dai popoli civili (3-d).

Inoltre, passando al secondo Protocollo "che sviluppa e completa l'articolo 3

comune alle convenzioni di Ginevra", sono reato tutti i comportamenti proibiti

dall'art.4 (violenze contro la vita, la salute, il benessere fisico e psichico, tortura, pene collettive, cattura di ostaggi, stupro, prostituzione forzata, schiavitù, saccheggio, etc.); gli attacchi alla popolazione civile in quanto tale nonché gli atti di violenza o la loro minaccia allo scopo di diffondere il

terrore fra la popolazione (art.13); i comportamenti contro beni indispensabili

alla sopravvivenza della popolazione civile, quali gli attacchi e la distruzione

di derrate alimentari, raccolti, bestiame, installazioni e riserve di acqua potabile (art.14); il trasferimento della popolazione civile, tranne il caso in

cui lo esiga la sicurezza delle persone (art.15).

Senza voler anticipare le conclusioni, il diritto internazionale previgente allo scoppio delle ostilità nella ex-Jugoslavia già prevedeva una serie articolata di responsabilità in capo a tutti gli agenti delle parti in conflitti (art. 29 IV Conv., art. 86-86 I° Prot.) per atti che in astratto si adeguano perfettamente ai feroci ed inumani comportamenti contro le popolazioni musulmane, dalla pulizia etnica allo stupro, dalla distruzione dei beni di sopravvivenza (acqua e cibo) alle deportazioni. Come per le convenzioni internazionali esaminate ai paragrafi 4.2, 4.3 e 4.4 si pone la questione della ratifica da parte degli stati nati dalle ceneri della ex-Jugoslavia. E' una questione complessa sulla quale si sono espressi il Consiglio di Sicurezza e l'Assemblea Generale e che trova il suo nodo di fondo nella dichiarazione della Repubblica Federale Jugoslava (di Serbia e Montenegro) del 27 aprile 1992: nella nota ufficiale inviata alle N.U. essa dichiara "continuing the state, international legale and political personality of the Socialist Federal Republic of Jugoslavia" e di conformarsi strettamente a tutti gli impegni in precedenza assunti. Tale dichiarazione di continuità è stata vigorosamente contestata dalla Comunità Internazionale, in particolare attraverso la risoluzione del C.d.S. 777 del 19 settembre 1992 e la risoluzione del 22 settembre successivo della Assemblea Generale n. 47/1. Quest'ultima concludeva prospettando alla Repubblica Federale Jugoslava la necessità di avanzare una nuova domanda di adesione alle Nazioni Unite non potendo, in difetto, partecipare ai lavori della assemblea generale.

Nel contempo però la risoluzione non sospendeva la 'Jugoslavia' da membro delle Nazioni Unite, tanto che la Missione Jugoslava manteneva i propri uffici presso il quartier generale delle Nazioni Unite e poteva partecipare, e partecipa tuttora, al lavoro di tutti gli organi delle N.U. ad eccezione della Assemblea

Generale.

La decisione della Repubblica Federale Jugoslava (Serbia e Montenegro) - particolarmente articolata nella difesa dalla accusa di genocidio promossa, davanti alla Corte Internazionale di Giustizia, dalla Bosnia-Herzegovina (vedasi, in particolare, l'ordinanza 8.4.1993) - se ritenuta legittima, avrebbe due importanti conseguenze: la prima è che il conflitto jugoslavo verrebbe considerato un conflitto interno, una guerra civile cui sarebbe applicabile solo l'art.3 comune a tutte le Convenzioni di Ginevra del 1949, e la seconda è che la Bosnia non potrebbe reclamare né il diritto alla autotutela individuale e collettiva, né l'intervento del Consiglio di Sicurezza ai sensi della Carta delle N.U. Nonostante l'ambiguità della decisione della Assemblea Generale, il C.d.S. il 18 ed il 20 maggio 1992 raccomandava a quest'ultima la ammissione, quali membri delle N.U., della Repubblica di Croazia (Ris. 753/92), della Repubblica di Bosnia-Herzegovina (Ris. 755/92) e della Slovenia (Ris. 754/92). Nel frattempo la Bosnia-Herzegovina, dichiarandosi indipendente in data 6 marzo 1992, aveva notificato al Segretario generale delle N.U. la successione nella Convenzione contro il genocidio (è tuttora aperta la discussione se trattata di successione o di ratifica) ed aveva formalmente dichiarato di succedere nelle Convenzioni di Ginevra del '49 e nei Protocolli aggiunti del '77. La Croazia, sempre nel 1992, aveva a sua volta dichiarato di succedere nei Patti del '66, nella Convenzione contro la Tortura, in quella contro la eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, nella Convenzione contro il Genocidio, in quella sui diritti del fanciullo, nelle convenzioni umanitarie, protocolli compresi (65).

4.6. Il codice criminale della Repubblica Federale socialista di Jugoslavia.

Le convenzioni internazionali prese in considerazione se impongono obblighi di

comportamento agli individui, stabiliscono in via primaria l'obbligo degli stati

di adottare tutte le misure legislative necessarie per supportare gli imperativi

penali con sanzioni adeguate.

Il codice penale varato il 28 luglio 1976 nella ex-Jugoslavia ha fornito efficacia alle norme internazionali in particolare con la incorporazione nel capitolo XVI (reati contro l'umanità e il diritto internazionale) delle regole previste dalle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dalla Convenzione contro il

Genocidio: l'art. 141 disciplina il genocidio, punito con un periodo di reclusione non inferiore ai 5 anni o con la morte; l'art.142 i crimini di guerra

contro la popolazione civile (stessa pena che il 141); l'art.143 i crimini di guerra contro feriti e malati e l'art.144 quelli contro i Prigionieri di guerra (pena nell'identica misura); l'art.145 la costituzione di

un gruppo e l'incitazone al genocidio e a crimini di guerra (reclusione da uno

a 10 anni); l'art.146 l'uccisione e il ferimento illegali dell'avversario (da uno a 10 anni e, per le ipotesi più gravi, la morte); gli art.147-148-149-150 mezzi di guerra vietati, trattamenti crudeli dei prigionieri, etc.; l'art.151 la

distruzione di monumenti storici e culturali (pena non inferiore a un anno);

l'art.152 la incitazone alla guerra di aggressione (pena da uno a dieci anni);

l'art. 153 l'abuso di simboli internazionali; l'art.154 la discriminazione razziale ed altre discriminazioni (pene da 6 mesi a 3 anni); art.155

l'asservimento e la deportazione di schiavi (da sei mesi a dieci anni).

Sia la Bosnia-Herzegovina che la Croazia hanno espressamente incorporato nella

prima legislazione penale il capitolo XVI del codice della Repubblica Socialista

Federale di Jugoslavia con la conseguenza che, nel momento in cui sarà verificata la corrispondenza del precetto giuridico penale contenuto nell'articolato del Tribunale internazionale ad una eventuale serie di preesistenti obblighi, se ne dovrà tener conto. Non può essere considerata retroattiva, si scriveva commentando l'art.15 del Patto sui diritti civili e politici, una norma internazionale che qualifichi reato un comportamento ritenuto tale esclusivamente dall'ordinamento interno.

5. L'universalità della giurisdizione penale nelle Convenzioni di

Ginevra del 1949 ed in quella contro la tortura; la facoltà degli stati-parte di punire il crimine di genocidio. Il principio aut iudicare aut dedere. Riflessioni sulla punibilità dei crimini commessi nella ex-Jugoslavia.

Le riflessioni svolte nel paragrafo quattro tornano ora utili per approfondire la questione della repressione universale dei crimini commessi nella ex-Jugoslavia attraverso gli strumenti che esistevano già prima della istituzione, con la Ris. 808, del Tribunale penale internazionale ad hoc. Innanzi tutto la problematica va collocata nella cornice della Risoluzione 3074 - XXVIII adottata dalla Assemblea Generale delle N.U. il 7 dicembre 1973 sulla repressione universale. Benchè rimanga come una dichiarazione di principi, priva di per sé di carattere vincolante, ma che potrebbe risultare come fatto storico di rilievo determinante la nascita di norme di diritto internazionale generale, la risoluzione impone agli stati la cooperazione internazionale per la ricerca, l'arresto, l'estradizione e la punizione delle persone colpevoli di crimini di guerra e di crimini contro l'umanità. Se ne è tenuto conto nella Convenzione del 10.12.1984 contro la tortura la quale, al pari dei crimini di guerra disciplinati dalle leggi umanitarie, riformula il principio della giurisdizione universale: ferma la competenza dello stato per le ipotesi che la trasgressione risulti commessa nel suo territorio e che l'autore o la vittima del reato siano suoi cittadini, lo stato-parte è tenuto a giudicare il presunto agente che si trovi nei territori sottoposti alla sua giurisdizione o ad estradarlo verso uno degli stati competenti in ragione del forum commissi delicti, della cittadinanza dell'offensore o della parte lesa (art. 5 e 7). A differenza che per le Convenzioni contro il genocidio e l'apartheid, le quali danno agli stati che non abbiano un collegamento territoriale o personale con il crimine soltanto una facoltà di punire i responsabili delle gravi violazioni (66) le Convenzioni umanitarie e quelle contro la tortura costruiscono la repressione come un obbligo. Comune a tutti gli atti internazionali esaminati è il divieto di considerare i

delicta iuris gentium alla pari di un delitto politico, con la conseguenza che l'estradizione risulta obbligatoria.

Benchè sia difficile pensare che il principio della universalità della giurisdizione penale possa trovare una applicazione estesa, è già importante il solo fatto che un organo statale sappia di rischiare di essere sottoposto al giudizio di un tribunale straniero per aver adottato (o omesso di sorvegliare, impedire, etc.) comportamenti integranti la violazione contro i diritti delle genti, avendo gli individui-organo dello stato obblighi che trascendono il dovere di obbedienza imposto dal diritto interno. Si tratta ora di verificare se il sistema teorico di punibilità assoluto (principio di punibilità universale e obbligo di ricercare le persone imputate e deferirle ai propri tribunali, ovvero di estradarle, previsto dalle Convenzioni umanitarie e da quella contro la tortura) e quello teorico di punibilità relativo (facoltà di punire l'agente il cui atto non è vincolato agli usuali criteri della competenza per territorio e per cittadinanza, con obbligo di estradizione, previsto dalla Convenzione contro il genocidio) potevano e possono concorrere a sottoporre a giurisdizione penale gli autori delle gravissime violazioni perpetrate contro le popolazioni della Jugoslavia. La funzionabilità di tali sistemi di repressione dipende dalla sussistenza di due condizioni, le uniche che possono superare la riluttanza degli stati, comprese le democrazie occidentali, a consentire l'intervento della autorità giudiziaria nel settore delle questioni internazionali, campo che l'esecutivo ritiene di esclusiva competenza: "che ci sia una reale indipendenza del potere giudiziario, sicchè i giudici siano liberi di adottare tesi e decisioni poco gradite all'esecutivo, e che l'autorità giudiziaria possa disporre delle informazioni e dei mezzi di prova necessari per identificare i

Responsabili ed accertare i fatti" (67).

E' tale difficoltà a prendere cognizione dei fatti che impedisce in definitiva,

anche nei casi di reale indipendenza della magistratura, la repressione universale dei crimini di guerra.
Tuttavia viene rilevato come la esistenza di istituti internazionali di ricerca ed associazioni specializzate che pubblicano rapporti periodici, dettagliati su fatti nonché le maggiori comunicazioni e contatti con le associazioni presenti nel territorio in guerra, creano un patrimonio di documentazione sui fenomeni tale da offrire gli elementi di cognizione indispensabili per avviare le azioni penali.
Con riguardo al conflitto jugoslavo, uno scoglio forse insormontabile alla applicazione della giurisdizione universale prevista dalla legge internazionale umanitaria è costituito dal carattere di questo conflitto, dall'essere cioè considerato di valenza esclusivamente interna anziché internazionale. Come visto, l'art. 146 della IV Convenzione di Ginevra parrebbe collegare il principio della giurisdizione universale alla commissione "di una delle infrazioni gravi alla presente Convenzione precisate nell'articolo seguente".
L'art. 147 stabilisce che tali infrazioni gravi "sono quelle che implicano l'uno o l'altro dei seguenti atti, se commessi contro persone o beni protetti dalla Convenzione", atti che vengono quindi elencati.

Se la Convenzione, ai sensi dell'art. 2, si debba ritenere estesa solamente ai conflitti internazionali, l'universalità della giurisdizione ivi prevista sarà esclusivamente collegata con il riconoscimento che la guerra nella ex-Jugoslavia non è riportabile ad ostilità interne al paese bensì ad una lotta fra stati. Ciò crea indubbi problemi sia per il periodo precedente alla proclamazione di indipendenza della repubblica Slovena, Croata e della Bosnia-Herzegovina sia per quello successivo poiché non vi è stato un riconoscimento assolutamente incontestabile di indipendenza (68).
Vi sono però elementi che militano a favore della applicazione della giurisdizione universale, la quale risolverebbe in radice tre grosse difficoltà che il Tribunale internazionale istituito ad hoc dovrà affrontare: a) quello che

non tutti i comportamenti tipizzati nello statuto e configuranti responsabilità penali individuali erano previsti in precedenza dalla legislazione interna o internazionale, in violazione del principio *nullum crimen sine lege*; b) quello dell'indennizzo delle vittime che, escluso dall'articolato per la Corte ad hoc, è invece consentito dall'art. 146 della IV Convenzione. Così davanti alla autorità giudiziaria, per esempio italiana, le vittime di tali crimini, oltre a richiedere alla giustizia penale la incriminazione dei presunti colpevoli, potrebbero rivolgersi alla giustizia civile, sperando una azione di danno autonoma dal procedimento penale, come previsto dagli art.185 c.p. e 75 del nuovo codice di procedura penale.

"Un altro vantaggio sarebbe costituito dal fatto di invocare, in via sussidiaria la responsabilità civile dello stato, al cui servizio abbia agito l'individuo-organo responsabile dei crimini denunciati" (69).

L'articolo 91 del I° Protocollo aggiuntivo espressamente impone alla parte contraente che ha violato le disposizioni delle Convenzioni il pagamento di una indennità.

c) Infine attraverso la giurisdizione universale sarebbe superato il terzo scoglio, quello della palese violazione del principio *nulla poena sine lege*. Se il legislatore internazionale delle norme umanitarie (così come di quelle contro la tortura, art. 4 c. 2, e contro il genocidio, art.5) ha disposto che ogni parte contraente ha l'obbligo di "prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso o dato ordine di commettere" le infrazioni gravi alle rispettive convenzioni (art.146 c. 1 IV Conv.), la repressione universale applica le pene previste dagli ordinamenti interni anziché quelle, come nel caso del Tribunale penale internazionale, collegate alla pratica generale seguita dalle Corti nella ex-Jugoslavia, in parziale violazione dell'art.7 del Patto sui diritti civili e politici.

L'irrilevanza della decisione sulla natura interna o esterna al conflitto può essere dedotta da due elementi, uno in fatto ed uno in diritto.

Il primo è che, come ricorda Amnesty International (70), tutte le parti hanno sottoscritto una serie di accordi sotto gli auspici del Comitato Internazionale della Croce Rossa nei quali si sono impegnate a rispettare le previsioni delle Convenzioni di Ginevra e del primo Protocollo relativamente alla protezione dei civili, combattenti e feriti. Oltre a questi va citato lo "Statement of Principles" approvato alla Conferenza di Londra sulla Jugoslavia del 26 agosto 1992, nel quale tutte le parti hanno espressamente dichiarato di voler sottostare alla legge internazionale umanitaria e al principio della responsabilità personale delle violazioni (71). Più forza ha l'argomento sviluppato da altri autori secondo i quali, nonostante il silenzio dell'art.3 comune su questo punto, "l'applicazione del principio (della repressione universale) debba estendersi anche agli atti da esso vietati, i quali coincidono in parte con quelli che agli articoli 50, 51, 130, 147 rispettivamente della I, II, III e IV Convenzione sono indicati come infrazioni gravi. Trattasi delle "atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices" (art.3, par.1 a). Gli articoli sopra indicati delle quattro Convenzioni si riferiscono infatti genericamente alle persone protette dalla Convenzione e non vi sono elementi per non ricomprendere fra queste le persone protette sulla base dell'art.3.

Questa interpretazione può considerarsi confermata dal fatto che l'art.1 comune pone alle Parti contraenti l'obbligo generale di "respecter et... faire respecter la présente Convention en toutes circonstances." (72). Tale sforzo di estensione della operatività delle Convenzioni ai conflitti interni risulta inoltre necessario ed opportuno rispetto alle gravi violazioni della legge umanitaria nel Kosovo, da tutti indistintamente fatte rientrare nell'ambito di un conflitto interno.

A conclusione del paragrafo va osservato che se la mancata attivazione della giurisdizione universale facoltativa per i crimini contro la umanità (ad eccezione del crimine di tortura per il quale la giurisdizione è obbligatoria) nel conflitto che coinvolge la ex-Jugoslavia non fa altro che aumentare le responsabilità politiche degli stati per non aver compiuto i passi necessari a risolvere la crisi, il non aver operato secondo il sistema teorico di punibilità assoluto potrebbe configurarsi come violazione dell'obbligo di cooperare alla promozione dei diritti dell'uomo ai sensi dell'art. 89 del I° Protocollo: la norma impegna gli stati-parte ad agire, sia congiuntamente che separatamente, in cooperazione con l'organizzazione delle Nazioni Unite e conformemente alla Carta di San Francisco del 1945.

Tale norma offre, per inciso, anche un supporto internazionale alla giurisdizione universale esercitata da uno stato potendo quest'ultimo rivolgersi alle N.U. al fine di ottenere, per esempio, l'estradizione del sospettato o del colpevole per il processo o l'esecuzione della sentenza. Questa attività delle N.U. rientra nella competenza del Consiglio di Sicurezza ai sensi dei capitoli VI° e VII° poiché il non catturare il colpevole o il non dare soddisfazione alle vittime di crimini contro i diritti umani può essere considerata una minaccia o comunque una controversia suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

6. Le fattispecie penali previste dall'articolato del Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nella ex-Jugoslavia: gli articoli 2, 3, 4, 5.

A questo punto della indagine si tratta di applicare i concetti enucleati in ordine al principio di stretta legalità per accertare se il Consiglio di

Sicurezza, nell'adozione della Risoluzione 827, non abbia violato il principio *nullum crimen sine lege* (riserva di legge, tassatività, irretroattività, necessaria lesività della norma).
Si è già visto come i lavori del 1992 della ILC abbiano affrontato e risolto il problema stabilendo che le incriminazioni non possano che fare riferimento a divieti contenuti in accordi intercorsi fra gli stati parte.
Si è inoltre accertato nel corso della ricerca come numerose norme convenzionali, abbiano definitivamente tipizzato alcune fattispecie criminali individuando come responsabili dell'imperativo internazionale non solo lo/gli stati tenuti a quantificare la sanzione ed a svolgere un compito di repressione universale ma altresì gli individui.
Ed ancora: si è verificato come numerose disposizioni della legge internazionale, compresa quella consuetudinaria che - per dottrina costante - non può essere fonte di precetti penali per la incertezza dei contorni della fattispecie, sia entrata a far parte del Codice penale jugoslavo, sia della Repubblica Federale Socialista Jugoslava del

1976 che, successivamente, di quello croato e di quello bosniaco.
Si tratta quindi di prendere in esame le incriminazioni previste dallo statuto prendendo le mosse dalla relazione sul punto del Segretario Generale delle N.U. al Consiglio di Sicurezza.
In essa è con forza riaffermata la volontà di rispettare il principio *nullum crimen sine lege* il quale richiede che il Tribunale internazionale debba applicare "le regole della legge umanitaria internazionale che sono senza dubbio parte della legge consuetudinaria così che il problema della aderenza ad essa non sorge per quegli stati che non siano parte di specifiche convenzioni" (paragrafo 34).
Mentre la legge internazionale consuetudinaria non si trasferisce in quella convenzionale, una grande parte della legge convenzionale umanitaria è stata incorporata a tutti gli effetti in quella internazionale consuetudinaria (paragrafo 33).
Nei conflitti armati la legge internazionale consuetudinaria ha fatto propri i

principi contenuti nelle Convenzioni di Ginevra del 1949, nella IV Convenzione dell'Aja del 1907, nella Convenzione per la prevenzione e la punizione del genocidio del 1948, le quali offrono un elenco sufficiente di precetti penali, tanto da rendere inutile il richiamo (da molte parti suggerito, Amnesty International compresa) alla legge penale jugoslava (paragrafo 35-36). Tali imperativi penali sono quindi stati incorporati nelle norme disciplinate agli articoli 2, 3, 4 e 5.

a) Le gravi violazioni alle Convenzioni di Ginevra del 1949 (art.2).

Il testo dell'articolo riprende letteralmente l'elenco delle gravi violazioni contenuto nell'art.147 della IV Convenzione, (corrispondente agli articoli 50/I, 51/II e 130/III Convenzione), considerata assieme alle altre "nocciolo della legge consuetudinaria applicabile ai conflitti armati internazionali" (paragrafo 37).

Trattandosi di consuetudine che si è formata sulla base di norme convenzionali (attraverso i ripetuti richiami all'obbligo di rispettare il diritto umanitario delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza - per tutte le Ris. 764 del 13 luglio 1992 e 771 del 13 agosto 1992 - e gli impegni al rispetto pubblicamente assunti da tutte le parti in conflitto sotto l'auspicio dell' ICCR o della Conferenza di Pace), il precetto penale risulta correttamente circoscritto sia con riguardo ai comportamenti doverosi che al destinatario. Quest'ultimo può essere per dottrina e giurisprudenza pacifica (in primis le sentenze di Norimberga e Tokyo riconosciute autorevoli fonti della più volte richiamata Risoluzione n.95), sia un militare che un civile mentre colui che riceve dalla norma protezione penale non può che appartenere alla categoria delle persone in potere di una parte avversaria. Il principio di tassatività risulta rispettato anche se le condotte non sono sempre ben delineate trattandosi di eventi a forma libera: poiché il

"legislatore" mira ad apprestare una tutela molto estesa al bene oggetto di protezione, in quanto di particolare importanza (la vita nell'omicidio, l'integrità fisica in quello di tortura, ecc.), sono sottoposte a pena tutte le possibili modalità di aggressione al bene medesimo. In altri casi il reato consiste nel semplice compimento di una azione vietata e quindi è la condotta ad essere descritta e non l'evento (per esempio il costringere i prigionieri di guerra o i civili al lavoro nelle forze armate), ma sempre in maniera tale da non offrire spago ad alcun dubbio sulla legittimità della norma.

b) Le violazioni della legge o delle consuetudini di guerra (art. 3).

Tale norma non risulta altrettanto ineccepibile. L'espreso riferimento nel commento al testo è alla IV Convenzione dell'Aja del 1907, riconosciuta dal Tribunale di Norimberga come fonte di obblighi e di responsabilità individuale. A differenza delle Convenzioni di Ginevra, nella prima viene riconosciuto che il diritto dei belligeranti a condurre le operazioni militari non è illimitato e che vi sono regole e metodi che vanno rispettati. Sono regole di diritto consuetudinario che la norma corrispondente del Tribunale elenca a solo titolo esemplificativo e non tassativo; così si prevede il divieto di utilizzo di armi avvelenate o altri mezzi che causano unnecessary (!!) sofferenze, le distruzioni di città e villaggi non giustificate da necessità militari (!!), gli attacchi contro città indifese e le distruzioni di chiese, scuole, monumenti storici, oltre al saccheggio di proprietà pubbliche e private. Se la norma crea grave perplessità sulle scelte di politica criminale internazionale poiché, a contrario, si potrebbe sostenere la liceità di altri metodi di guerra contro, quindi, il principio che quest'ultima risulta bandita dalla Carta delle Nazioni unite, altrettante preoccupazioni sorgono dalla mancanza di tassatività dell'elenco (che potrebbe quindi venir integrato attraverso fattispecie del tutto nuove create dalla stessa Corte) e dalla non sufficiente definizione degli elementi.

Materiali del reato: fin dove la distruzione dei villaggi è necessaria? Quali sono le sofferenze "unnecessary"? dove finisce il saccheggio e dove inizia la occupazione?

Sotto altro profilo la norma avrebbe potuto garantire maggior rispetto al principio di legalità se il Consiglio di Sicurezza avesse fatto espresso richiamo al codice penale della ex-Jugoslavia il quale all'art.148 del cap. XVI,

recepito integralmente nel

nuovo codice croato ed in quello bosniaco, espressamente vieta l'uso di mezzi di

combattimento non consentiti dalle leggi internazionali. La legge internazionale, anziché creare un precetto sull'incerto fondamento della Convenzione dell'Aja del 1907, avrebbe potuto diventare solamente un elemento

integrativo della fattispecie (ammesso da gran parte della dottrina) consentendo

in tal modo di adeguare l'imperativo alle sempre nuove armi che il mercato

inventa, ogni qual volta la norma internazionale indichi i caratteri, i presupposti ed il contenuto del divieto. Si sarebbero così potute inserire fin

da subito altre condotte vietate delle Convenzioni di Ginevra, particolarmente

adeguate ai comportamenti tenuti dai belligeranti nella ex-Jugoslavia: quelle

dell'art.3 comune alle Convenzioni, e degli artt. 13 e 14 del II Protocollo (l'affamare le popolazioni come metodo di combattimento, le minacce e gli atti

di violenza per diffondere il terrore fra la popolazione e gli atti di terrorismo, si pensi al posizionamento delle cariche esplosive nella diga del

Danubio).

c) Il genocidio (art.4).

Come evidenziato dalla Corte Internazionale di Giustizia nel parere consultivo

del 28

maggio 1951, i principi della Convenzione sono "recognized as binding on states

even without any conventional obligation".

Si tratta inoltre di una fattispecie strutturata in modo tassativo e ben adeguata a ricomprendere sotto il precetto penale i comportamenti di tutte le

parti in conflitto, ivi comprese quelle situazioni alle quali non potrebbero mai

essere applicate le norme dei conflitti internazionali: si pensi alle eclavi serbe in Bosnia e in Croazia, a quelle croate in Bosnia, al Kosovo, etc. Inoltre, come più volte rilevato, il genocidio o il tentativo, l'istigazione, ecc., se commessi con l'intenzione di distruggere in tutto o in parte il gruppo,

è sufficiente siano perpetrati anche contro uno solo dei membri della comunità

Va ancora rilevato come le organizzazioni non governative ed i movimenti pacifisti jugoslavi abbiano raccolto sufficienti prove per dimostrare, attraverso la ripetizione dei medesimi comportamenti (per esempio gli stupri

etnici), l'elemento soggettivo del reato.

Per maggiore chiarezza anche sulle competenze del Tribunale, va fatta una breve

riflessione sui rapporti fra questa accusa di genocidio e l'azione promossa dalla Bosnia-Herzegovina contro la Repubblica Federale Jugoslava davanti alla

Corte Internazionale di Giustizia. Quest'ultima risulta competente, in forza dell'art. IX della Convenzione contro il genocidio, ad accertare gli atti di genocidio commessi dagli stati, ad adottare misure cautelari di salvaguardia dei

diritti delle parti per la violazione dell'obbligo.

In attesa del decorso dei termini per la presentazione di memorie e contromemorie disposta dalla Corte il 16.4.1993, con precedente ordinanza 8

aprile 1993 è stato intimato, fra il resto, alla Rep. Fed. Jugoslava (Serbia e Montenegro) a) di adottare ogni misura in suo potere per prevenire la commissione del crimine e b) di assicurare che nessuna forza militare o paramilitare o irregolare commetta o istighi a commettere atti di genocidio.

Non è prevista alcuna forma di connessione fra le due Corti che agiscono in

sistemi assolutamente differenti, l'una accerta la responsabilità dello stato e

l'altra quella degli individui ma di fatto potrebbe sussistere una parziale sovrapposizione di indagine: non va dimenticato che per l'art.7 dello statuto,

il Tribunale penale internazionale non esclude da indagine né condanna i capi di

stato o di governo con la conseguenza che, accertata la colpevolezza dell'individuo organo di governo davanti al Tribunale ad hoc, potrebbe essere

facilitato l'accertamento della responsabilità dello Stato. Ma, si ripete, solo eventuali regole che il Tribunale penale internazionale è tenuto a darsi ai sensi dell'art.15 in materia di assunzione di prove, potrebbero prevedere - sotto il profilo dell'indagine - eventuali connessioni.

d) I crimini contro l'umanità (art.5).

Tale categoria di crimini risulta particolarmente utile al fine di evitare l'annoso dibattito sulla definizione nazionale o internazionale del conflitto.

Una scelta che il Consiglio di Sicurezza ha fatto per intero poiché la norma appare formulata a protezione di "ogni" popolazione civile, a qualunque parte

belligerante essa appartenga e quindi anche rispetto a gruppi etnici, comunità

religiose, ecc. in posizione di minoranza rispetto a quello dominante.

Nel commento alla fattispecie da parte del Segretario Generale delle N.U., viene

fatto espresso richiamo alla Carta ed alla sentenza di Norimberga nonché alla

legge n.10 del Control Council per la Germania (promulgata dalle forze alleate

il 20.12.1945 e che formò la base di giurisdizione per i processi ai criminali di guerra successivamente alla cessazione dell'attività del Tribunale di Norimberga): a differenza della formulazione adottata nel 1945, il vigente art.5

non prevede alcuna obbligatoria connessione con i crimini contro la pace ed i

crimini di guerra, condizionante l'esistenza del fatto reato. Nell'indagine svolta nel paragrafo due di questo capitolo, si è potuto verificare come tale

manca di connessione impedì a Norimberga la condanna degli accusati di

crimini contro l'umanità, per aver ordinato lo sterminio di zingari, ebrei, omosessuali e comunisti, ad eccezione di un solo eclatante caso, nel quale il

diritto fu forzato attraverso il richiamo alla gravità dell'elemento soggettivo.

L'assenza di tale vincolo alla nozione di crimine contro l'umanità implica che,

nell'attuale formulazione, sono puniti gli atti disumani in quanto tali, a prescindere dalle loro conseguenze per stati terzi (la connessione ai crimini di

guerra, cioè a crimini nei confronti dei civili o combattenti nemici, e a quelli contro la pace, vincolò, a Norimberga, la condanna dei crimini contro l'umanità soltanto a quei comportamenti lesivi degli interessi degli stati). I crimini contro l'umanità elencati nell'art.5 ricomprendono le aggressioni massicce e sistematiche alle popolazioni, motivate da ragioni razziali, etniche o religiose ma non riguardano il singolo atto di tortura, il singolo stupro, il singolo assassinio commesso contro l'individuo. Questi saranno soggetti alla competenza delle leggi nazionali benchè, come osserva Amnesty nel noto Memorandum, anche un solo atto di tortura va considerato crimine internazionale. Con riguardo alla articolazione della fattispecie, la norma non prevede espressamente quale condizione di esistenza dell'offesa criminale, il carattere "massiccio e sistematico" della violazione, termine ambiguo che rende incerti i confini di ciò che ricade sotto il diritto internazionale da ciò che viene giudicato dalla giurisdizione interna; Per taluno, in particolare per Meron (vedasi nota 75), tale caratteristica è comunque connaturata al reato per la costante interpretazione fattane dalle corti nazionali. I precedenti, però, nel diritto internazionale non fanno stato ed il Tribunale sarà libero di adottare la propria interpretazione. Sempre con riguardo alla struttura del reato non può non essere osservata l'assenza di tassatività rispetto al punto i) dell'art.5 il quale punisce "other inhumane act". Se gli altri comportamenti vietati sono sufficientemente tipizzati rispetto all'evento finale (assassinio, sterminio, tortura, stupro) o alla condotta (riduzione in schiavitù, deportazione, imprigionamento, persecuzione per motivi politici, razziali, etc.), non è assolutamente certo quali siano questi "other inhumane acts". Come norma penale in bianco essa viola in modo manifesto il principio della tassatività della descrizione del comando penale. Un'ultima cruciale questione va affrontata rispetto al divieto di retroattività, che può essere risolta positivamente solo se viene rinvenuto del diritto internazionale

convenzionale o consuetudinario un precetto penale rivolto all'individuo ed articolato secondo le medesime modalità previste dall'art.5. Come già osservato nel paragrafo due, la corrispondente imputazione nell'Accordo di Londra del '45, riguardava un periodo di tempo ben circoscritto ed una gamma di possibili colpevoli limitata ai grandi criminali di guerra dei paesi europei dell'Asse. Né, si è visto, il diritto convenzionale ha positivizzato una fattispecie specifica di crimine contro l'umanità: i crimini di tortura, genocidio e apartheid non ricomprendono "tutti" i crimini contro l'umanità, ma ne articolano solo alcuni aspetti. Si deve, quindi, sostenere che l'articolo 5 dello Statuto del Tribunale penale internazionale violi il principio di legalità? Soccorre, contro tale ipotesi, il secondo comma dell'articolo 15 del Patto sui diritti civili e politici del 1966: "nulla preclude il deferimento a giudizio e la condanna di qualsiasi individuo per atti od omissioni che, al momento in cui furono commessi, costituivano reati secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni". Tali principi, come sviluppato nel paragrafo tre, possono essere rinvenuti in quelli che A. Cassese individua come "precetti consuetudinari", quale il principio che proibisce gravi, ripetute, sistematiche violazioni dei diritti dell'uomo, quelli "ricavabili per via deduttiva dalle norme di diritto internazionale di origine convenzionale o consuetudinaria" e i "principi posti dagli stati allo scopo di delineare parametri fondamentali di comportamento" (Cassese, *Il diritto internazionale...*, cit., pag.197). Nella fattispecie si tratta di principi che circoscrivono in maniera tassativa le condotte di reato e che possono essere rinvenuti da un lato nei trattati di pace con l'Italia, la Romania, l'Ungheria, la Bulgaria, la Finlandia i quali esplicitamente prevedevano la punizione dei crimini contro l'umanità (Cassese, cit., pag.328) e dall'altro nella risoluzione n. 95 dell'11 dicembre 1946 della Assemblea generale che all'unanimità riaffermava i principi dello Statuto del Tribunale Internazionale di Norimberga e ne confermava le decisioni.

Ultime, ma non di secondaria importanza, la Convenzione sulla imprescrittibilità dei crimini di guerra e contro l'umanità del 26 novembre 1968, sottoscritta da un numero troppo limitato di Stati per poter assurgere a diritto consuetudinario e le risoluzioni della A.G. n. 2184 (XXI) del 12 dicembre 1966 e 2202 (XXI) del 16 dicembre 1966 nelle quali il crimine contro l'umanità è espressamente condannato. Si tratta di espressioni sufficienti a testimoniare la esistenza di un principio generale di diritto riconosciuto dalla comunità delle nazioni, il quale permette la punizione anche epr gravi fattispecie non tipizzate dal diritto internazionale all'epoca della loro commissione: sono comunque tutti imperativi penali previsti e disciplinati dai sistemi repressivi nazionali e con tale ulteriore sostegno si può negare l'esistenza di uno strappo nella regola della stretta legalità anche con riguardo all'articolo 5.

6.1 Un caso emblematico: la tutela penale dello stupro.

Le brutali e diffuse violazioni delle donne di tutti i gruppi etnici, sia all'interno di un piano concertato di c.d. pulizia etnica sia quale deliberato, ostile, violento atto di degradazione e possesso dei singoli (73) ha trovato parziale riconoscimento e protezione all'interno dell'articolato del Tribunale (74). La tutela è stata approntata attraverso tre norme: gli artt. 2, 4 e 5 dello statuto del Tribunale internazionale. La prima riguarda le gravi violazioni alle Convenzioni umanitarie di Ginevra del 1949: come sopra veniva sottolineato, tale norma ricomprende tutti i reati commessi contro le persone protette che si trovino in potere di una parte in conflitto o di una potenza occupante, "di cui

esse non siano cittadini". Per pacifica interpretazione, avvalorata dall'art.75 del I° Protocollo aggiunto, il reato può essere commesso oltre che da militari, da agenti civili in tal modo ricomprendendo non solo le violenze connesse ai crimini di guerra (commessi esclusivamente da militari) ma altresì quelle per cui lo stato di guerra costituisce solo l'occasione e non la ragione dello stupro.

L'art.2 dello Statuto del Tribunale, così come l'art.147 della IV Convenzione, non tipicizza espressamente tale comportamento ma lo stupro può essere ricompreso negli atti di "tortura o altri trattamenti inumani" (b) e nell'atto "che causa intenzionalmente grandi sofferenze o gravi ingiurie al corpo o alla salute" (c). Il pericolo di una applicazione giurisprudenziale talmente restrittiva da non ricomprendere nelle condotte/reato le gravi violazioni subite dalle donne musulmane, croate e serbe può comunque considerarsi sufficientemente limitato dalla autorevole opinione contenuta nel commentario del Comitato Internazionale della Croce Rossa. Quest'ultimo dichiara lo stupro incluso fra le gravi violazioni previste dall'art.147 della IV Convenzione (75) il quale va interpretato nel contesto di tutti gli atti vietati dai trattati umanitari (e quindi dall'art.27 della IV Conv.: "le donne saranno specialmente protette contro qualsiasi offesa al loro onore e in particolare contro lo stupro, la coercizione alla prostituzione, etc." nonché dagli artt. 13 e 14 della III Convenzione sul trattamento dei prigionieri per i quali essi "must at all times be protected, particularly against of violence". Le donne, in particolare, "be treated with all the regard due to their sex" (76) Lo stupro è non solo un grave attentato alla salute (fisica e mentale): esso può essere nel contempo considerato un grave atto di tortura, così come definito dalla Convenzione del 10 dicembre 1984 al fine "di punirla (la vittima) per un atto che essa o terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su

una terza persona, o per

Qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione". Il punto

b) dell'art.2 ricomprende agevolmente tutte le torture singolarmente o collettivamente perpetrate in ragione della appartenenza della donna all'altro

gruppo etnico o a causa dei collegamenti (familiari, etc.) con quest'ultimo.

Passando alla fattispecie disciplinata dall'art. 3 del Tribunale internazionale

lo stupro etnico - premeditato e pianificato come metodo di guerra - trova protezione ai punti b) c) e d). Va ricordato che il crimine di genocidio, collegato ad un particolare elemento soggettivo (quello dell'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo) si configura anche se un solo membro della comunità viene ucciso o subisce violenza.

La norma può essere validamente utilizzata per ricomprendere le violenze sulle

donne musulmane costrette ad abortire per non essere espulse dal gruppo poiché,

per la cultura islamica, l'etnia si trasmette attraverso la paternità cosicché i

figli della violenza "apparterrebbero" ai serbi o ai croati che l'hanno perpetrata.

Solamente l'art.5 dell'articolato disciplina espressamente lo stupro in quanto

tale, indipendentemente dal carattere interno o internazionale del conflitto,

quale crimine contro l'umanità (77).

I crimini contro l'umanità sono solamente quelli commessi "against any civilian

population" e non contro "individual civilians" mentre, nel contempo, elemento

necessario del delitto è la prova di un "systematic governmental planning", in

contrasto con quella richiesta per i crimini di guerra (78).

Per tale ragione sono molto difficili da accertare e, a causa della doppia condizione prospettata, l'azione penale per stupro potrebbe trovare un ostacolo

nella prova di un piano premeditato e della responsabilità del comando.

In ogni caso è solo attraverso questa fattispecie che può essere individuata una

tutela efficace per le violenze subite dalle donne di ogni gruppo, ad opera dei propri connazionali, indipendentemente dal fatto che essi appartengono alla parte avversaria, circostanza che è costitutiva dei reati previsti dagli articoli 2 e 3.

Un esempio storico può meglio far comprendere la portata della norma: nel 1944 le truppe degli Alleati sbarcarono nel Lazio. Erano composte in prevalenza da mercenari e soldati francesi provenienti dal Magreb ai quali era stato promesso, come ricompensa per i disagi della guerra, tutto quello che avrebbero potuto saccheggiare. 60.000 donne della Piana di Cassino subirono in quell'occasione violenze e 12.000 furono violentate (moltissime delle quali in seguito morirono in conseguenza delle lesioni e delle malattie contratte) (79): poiché si trattava di atti non riferibili a truppe nemiche, non venne loro riconosciuto alcun diritto alla pensione di guerra fino al 1987, quando intervenne la Corte costituzionale. Le violenze che i conflitti armati portano con sé, e rispetto alla quale bisogna trovare forme di protezione e tutela adeguata, non è solo quella del "nemico" ma anche quella all'interno del proprio gruppo (80) o quella che può provenire dalle stesse forze armate internazionali che intervengono in appoggio delle popolazioni, come è stato di recente sollevato rispetto alla missione ONU in Somalia (81).

Gli stupri di massa nella ex-Jugoslavia sono risultati, sotto tale profilo, emblematici della necessità di estendere le garanzie del diritto umanitario per ricomprendervi i diritti umani di tutte, indistintamente, le popolazioni.

3. IL PRINCIPIO DELLA CERTEZZA DELLA PENA

1. Premessa

Se la pena, affermava Hobbes, "suppone un fatto giudicato come trasgressione della legge, il danno inflitto per una azione fatta prima che esistesse una legge che la vietasse, non è una pena, ma un atto di ostilità, poiché prima della legge non v'è trasgressione alla legge" perciò "nessuna legge, fatta dopo che sia stato compiuto un fatto, può rendere quello un delitto" (1). Il principio di legalità si è arricchito negli ultimi cinquant'anni di nuovi contenuti e quindi nuove caratteristiche: alla mera legalità del diritto penale, che proscrive al giudice di determinare come reato ciò che come tale è riservato al legislatore predeterminare, si è associato il principio di stretta legalità condizionante, come veniva sottolineato nell'introduzione per il suo incidere sulla libertà personale dei cittadini, la validità delle leggi vigenti alla tassatività dei loro contenuti e alla decidibilità della verità giuridica delle loro applicazioni. La legge penale "è vincolata a vincolare a se stessa non solo le forme ma anche, attraverso la verità giuridica richiesta alle motivazioni giudiziarie, la sostanza o i contenuti degli atti che la applicano. E' questa la garanzia strutturale che differenzia il diritto penale nello stato di diritto dal diritto penale degli stati semplicemente legali, ove il legislatore è onnipotente e quindi sono valide tutte le leggi vigenti senza alcun limite sostanziale al primato della legge" (2). L'attuale pericolo è quello del legalismo etico: valorizzando politicamente il principio di legalità "come norma esclusiva ed esaustiva sulla produzione di norme e la conseguente legittimazione giuridica di qualunque legge vigente anche se incapace, per la sua indeterminatezza, di vincolare la sua applicazione, o peggio apertamente rivolta a consentire applicazioni di tipo sostanzialistico" (3), vengono svalutati gli altri principi che - proprio a partire dall'uomo e dalla sua libertà come fine e non mezzo del diritto penale - devono condizionare la validità delle norme alla tutela di altri diritti fondamentali incorporati nelle costituzioni e nel diritto internazionale generale. Nel precedente capitolo si è fatto cenno alle garanzie penali sostanziali della materialità della azione, della dannosità dell'evento e, nell'introduzione,

della colpevolezza (cui vanno aggiunte quelle processuali e strumentali della presunzione di innocenza, dell'onere della prova a carico della accusa, del diritto alla difesa che potrebbero costituire il campo di un'ulteriore riflessione sull'articolato del Tribunale penale internazionale): in questo capitolo sarà verificato il rispetto dell'ulteriore diritto ad una pena che non sia disumana e degradante.

L'indagine non riguarderà l'esecuzione della condanna poiché, ai sensi dell'art.27 dell'articolato, potrebbero presentarsi notevoli differenze fra le detenzioni dei singoli condannati ed i tipi di benefici che ciascuno di loro potrà godere: la norma infatti, prevede che le pene non saranno eseguite nella ex-Jugoslavia bensì presso paesi terzi che abbiano dato la loro disponibilità.

L'art.28 stabilisce inoltre che la possibilità di richiedere la grazia o la commutazione della pena detentiva in altri tipi di pena è condizionata dalla

legislazione dello stato nel quale la condanna viene scontata, con la conseguenza che potrebbero verificarsi grosse discriminazioni da caso a caso. Si

pensi alla differenza fra regimi carcerari, non solo con riguardo alle condizioni di vivibilità ma al sistema premiale dei permessi, della liberazione

anticipata, al lavoro ed alle attività ricreative, che intercorre, per esempio,

fra il sistema olandese e quello italiano.

E' vero che il Tribunale Internazionale sarà tenuto alla supervisione della esecuzione delle sentenze "on the basis of the interest of justice and the general principles of law", ma vi è la certezza che la Corte sarà effettivamente

funzionante anche fra 10-20 anni?

Quello della esecuzione sarà sicuramente il banco di prova del diritto ad una

pena non disumana né degradante poiché, attraverso questa supervisione, il

Tribunale Internazionale sarà tenuto a verificare la conformità ad un modello di

carcerazione rispettoso dei Diritti Umani, di ogni sistema nazionale risultando

quindi come un potenziale attivatore di cambiamento sia delle spesso drammatiche

ed arbitrarie situazioni dei detenuti che del modello repressivo astrattamente

adottato da ciascun paese.

Tornando allo specifico oggetto di queste riflessioni, quello della certezza della pena, della sua predeterminazione e della sua tipologia, l'interesse nasce

dalla volontà di verificare se - in un mondo dove soltanto 35 stati

all'1.1.89

avevano abolito la pena di morte (l'Italia, con riguardo al codice militare di

guerra l'ha fatto solo nel 1993), mentre la maggior parte la applica anche in

tempi di pace (negli Stati Uniti dal 1930 al 1987 sono state giustiziate 3862 persone, per la maggior parte neri mentre le vittime della pena di morte si

contano, ancor oggi, a migliaia ogni anno) (4) - l'articolato del Tribunale sia

soggetto, - da un lato, - a qualche forma di censura che ne metterebbe in discussione la sua effettività e se, - dall'altro, - possa essere potenziatore ed acceleratore di giustizia nei sistemi penali nazionali. La storia delle pene

"è sicuramente più orrenda ed infamante per la umanità di quanto non lo sia la

storia dei delitti: perché più spietate e forse più numerose rispetto a quelle

prodotte dai delitti sono state le violenze prodotte dalle pene; e perché, mentre il delitto è di solito una violenza occasionale, e talora impulsiva e necessitata, la violenza inflitta con la pena è sempre programmata, consapevole,

organizzata da molti contro uno" (5).

Se le riflessioni svolte nel primo paragrafo della introduzione valgono a suggerire il limite minimo della pena attraverso gli argomenti della prevenzione

dei delitti e soprattutto della prevenzione della vendetta privata, delle pene

extrapenali ed eccessive, "l'argomento decisivo contro la disumanità delle pene

è invece il principio morale del rispetto della persona umana enunciato da Beccaria e da Kant con la massima che ogni uomo, e quindi anche il condannato, non va mai trattato come

mezzo o cosa ma sempre come fine o persona" (6) così che "ogni pena qualitativamente e quantitativamente (superflua perché) maggiore di quella

sufficiente a frenare reazioni informali più afflittive per il reo può essere considerata lesiva della dignità della persona. E' questa misura il limite massimo della pena, non superabile senza che il reo sia ridotto a cosa e

sacrificato a finalità non sue" (7).

Questi criteri di "necessità" e dignità della persona" vincolano la qualità della pena ai suoi connotati moderni: quello dell'uguaglianza da cui consegue

"l'illegittimità di qualunque forma di differenziazione della esecuzione penale"

(8); quello della legalità che rende inammissibile "qualunque forma di flessibilità o di incertezza nella durata della pena" (9), o qualunque pena che

non sia certa in astratto e quindi sottratta nei suoi limiti minimo e massimo

alla discrezionalità del giudice"; quello del carattere, solo privativo della pena, di qualunque attività pedagogica o correttiva" (10).

Fatte queste premesse, che mettono in luce l'esigenza di un atteggiamento non

acriticamente contemplativo nei riguardi del diritto penale vigente, può essere

dato corso all'indagine. Punto di inizio più opportuno può nuovamente essere il

Tribunale di Norimberga.

2. Il processo di Norimberga: l'accordo di Londra del 1945, le eccezioni della difesa in ordine alla violazione del principio nulla poena sine lege e la

decisione del Tribunale penale militare.

Lo statuto del Tribunale di Norimberga disciplina agli articoli 27, 28 e 29 la

condanna, con la previsione espressa della pena di morte e di quella detentiva

"as shall be determined by it to be just", del diritto a privare i condannati di

quanto rubato e saccheggiato in guerra e con la possibilità del Control Council

della Germania di ridurre la durata della punizione ma non di incrementarne la severità.

Nel corso del processo la difesa più volte sollevò l'eccezione della violazione

del principio nulla poena sine lege poiché, con riguardo ai comportamenti vietati in guerra della IV Convenzione dell'Aja, né la convenzione li qualificava come criminali (e quindi soggetti a giudizio penale) né essa prevedeva alcuna pena mentre con riferimento ai crimini contro la pace gli

accusati avevano agito secondo le regole del diritto internazionale pubblico, che mette in gioco solo le responsabilità degli stati. Per tale ragione nessuna delle sanzioni civili previste dai trattati internazionali (corrispondenti alla perdita dei benefici collegati alla ratifica del trattato, come per il patto Briand-Kellog), di portata collettiva, poteva essere applicata alle persone fisiche. In forza della interpretazione restrittiva, sosteneva la difesa, gli imputati dovevano essere assolti. La sentenza, che rifletteva la preoccupazione dei giudici di giustificare la propria competenza, ribadì che le potenze firmatarie avevano "fatto assieme ciò che ciascuna di queste poteva fare separatamente" e che "la facoltà di sanzionare il diritto tramite la creazione di giurisdizioni speciali è una prerogativa comune a tutti gli stati" (11). Fu più volte sottolineata in motivazione la volontà della Corte di rispettare il principio nullum crimen, nulla poena sine lege così che la lista dei crimini di guerra non doveva superare né le disposizioni proibitive della consuetudine e della legge internazionale né le disposizioni repressive dei codici penali. Inoltre le sole sanzioni applicabili avrebbero dovuto essere quelle comminate dai codici criminali, dai codici penali e da quello di giustizia criminale. Con riguardo ai "grandi criminali di guerra", si sostenne, questi principi dovevano essere applicati con grandi restrizioni:

- 1) "alla competenza territoriale del Tribunale Militare internazionale si aggiunge una competenza universale. Gli stati che l'hanno creata non rappresentano gli interessi delle nazioni vittoriose. Essi sono i gestori d'affari della comunità internazionale";
- 2) "gli accusati non hanno compiuto di persona i fatti costituenti i crimini di guerra. Essi non ne sono i promotori, gli istigatori, ... gli autori morali";
- 3) "ne consegue che il principio di legalità dei delitti e delle pene comporta, a riguardo degli accusati di questa natura, una certa elasticità. Così le sanzioni vanno lasciate all'apprezzamento del tribunale" (12).

Le atrocità dei crimini commessi e la responsabilità quali autori morali, promotori, istigatori dei crimini di guerra, contro la pace e l'umanità, fece concludere per la condanna di 19 imputati, uno esclusivamente per crimini contro l'umanità, gli altri per crimini di guerra e contro la pace: 12 furono

giustiziati mediante impiccagione, 3 furono condannati all'ergastolo; 4 a pene detentive (13).

3. I tentativi per via convenzionale di tipicizzare le pene: l'estraneità della pena di morte e dell'ergastolo al diritto internazionale dei diritti umani.

Gli articoli 15 del Patto internazionale del '66 e 7 della Convenzione Europea riaffermano il diritto della certezza della pena, la quale deve essere predeterminata in astratto rispetto alla commissione del fatto reato. E' un diritto assoluto, inderogabile che - come si è visto nei precedenti paragrafi - si collega non solo con il principio della divisione dei poteri e della limitazione dell'arbitrio del giudice ma con i limiti minimo e massimo della pena che lo stato di diritto non deve superare. Il problema di fondo sorge poiché il diritto internazionale, pur avendo individuato una serie di imperativi penali internazionali diretti non agli stati bensì agli individui (crimini contro le leggi umanitarie, il genocidio, la tortura, l'apartheid), non ha mai quantificato la pena corrispondente al reato demandato agli ordinamenti interni il compito di colta in volta di indicare la pena "adeguata". Ciò non toglie efficacia al precetto giuridico poiché, in forza delle regole della giurisdizione universale (assoluta o facoltativa) potrebbe essere sufficiente che la sanzione sia quantificata, alternativamente, dallo stato competente per territorio o per cittadinanza dell'autore del crimine e della vittima o, infine, da quello ove l'agente si trovi (se per il reato non v'è l'obbligo di giudicare, vi è pur sempre quello di estradare).

Così ragionando non si può escludere che il colpevole possa scegliere il paese più indulgente per il delitto che lui ha commesso (14), ma il principio della certezza della pena potrebbe risultare comunque rispettato. Sotto un'altra angolazione, invece, quella che rinviene il fondamento del divieto di retroattività nella conoscibilità della sanzione da parte del colpevole, che deve essere in grado di valutare la anti-giuridicità e le conseguenze del proprio comportamento, la pena deve essere predeterminata perlomeno nello stato del forum commissi delicti. In attesa che entri in vigore l'auspicabile codice cui la ILC, su mandato dell'Assemblea Generale, sta lavorando dal 1946, il diritto internazionale

dovrebbe almeno stabilire i limiti massimi della pena, oltre i quali viene meno la dignità umana.

A tale proposito va richiamata la Risoluzione n.95 del dicembre 1946 della Assemblea Generale delle N.U. la quale, se confermava i principi della Carta del

Tribunale di Norimberga e le responsabilità individuali accertate in sentenza,

con meno onore ha avallato nel contempo la decisione di punire con la pena di

morte i grandi criminali di guerra.

La vergognosa storia delle pene, e del pensiero giuridico che l'ha sostenuta condividendo le responsabilità con il potere politico, ha da allora proseguito

la sua marcia argomentando di volta in volta la giustizia della pena capitale

con la giusta retribuzione, la difesa sociale, la necessità di amputare dalla società l'organo infetto.

Né la Convenzione Europea del 1950 né il Patto internazionale sui diritti civili

e politici del '66 hanno invertito la tendenza: i rispettivi articoli 2 e 6 prospettano infatti il diritto alla vita come un diritto condizionato.

In entrambi la pena di morte non viene considerata come arbitraria privazione

della vita, purchè la condanna sia resa da un tribunale competente (!!).

E' solo per merito di un forte ed organizzato movimento internazionale di opinione, A.I., che nel diritto internazionale e nella giurisprudenza sono filtrati i concetti di dignità assoluta dell'uomo colpevole, qualunque atto egli

abbia commesso, e di trattamento inumano e degradante.

Sono stati così adottati due protocolli addizionali, uno alla Convenzione Europea (il n.6, entrato in vigore col 1° marzo del 1985) ed uno al Patto (Secondo Protocollo opzionale 15 dicembre 1989) (15) che hanno abolito la pena

di morte, pur con clausola di riserva per i paesi che intendono non sopprimere

quella prevista per atti commessi in tempo di guerra.

Parallelo al processo visibile della Convenzione si è sviluppato un importante

filone della giurisprudenza della Corte Europea la quale ha progressivamente

ridotto il margine di discrezionalità dei legislatori nazionali sulla natura della condanna.

Così nel caso Soering C/RU dd. 7.7.1979 la Corte ha ritenuto contraria alla Convenzione Europea la estradizione di persona che incorra nella pena di morte nel paese che la reclama (nella fattispecie gli USA avevano richiesto all'Inghilterra, che non aveva ratificato il VI° Protocollo, l'extradizione) poiché con riguardo al periodo molto lungo da trascorrere nel braccio della morte, alla posizione personale del condannato (che aveva appena superato i 18 anni) ed al suo stato mentale, l'extradizione lo avrebbe esposto ad un trattamento contrario all'art.3 della Convenzione Europea. La Corte Europea dei diritti dell'uomo è intervenuta anche rispetto alle pene corporali, ritenute altrettanto degradanti per la violazione dell'art.3 della Conv. (fu il caso Tyrer del 25.4.1978, un ragazzo minorenni dell'isola di Man, appartenente alla Corona Britannica, condannato alla frusta) ed all'ergastolo. Nel caso Thynne, Wilson e Gunnel, c/RU-CEDH del 25.10.1990 è stata ritenuta illegittima la pena perpetua inflitta in Gran Bretagna a criminali considerati pericolosi e mentalmente instabili perché condizionata al loro stato di salute, con maggior fermezza, la Commissione Europea dei diritti dell'uomo nel caso Kotella c/Paesi Bassi del 6.5.1978 ha considerato l'ergastolo incompatibile con il contenuto dell'art.3 della Conv. Eur.: la pena perpetua va considerata un trattamento degradante se non sono tipicizzate precise possibilità di scarcerazione anticipata. Si tratta a questo punto di verificare quali soluzioni sono state adottate per il Tribunale penale internazionale e quali ulteriori scelte avrebbero potuto essere assunte, senza con questo violare il principio della certezza e della predeterminazione della misura della pena rispetto alla commissione del fatto.

4. La pena nell'articolato del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia: il confronto fra gli schemi di statuto ed il contenuto dell'art.24.

Poiché nessuna delle norme internazionali che hanno progressivamente positivizzato una serie di imperativi penali a carico degli individui, quantifica la entità della pena, è sorto il problema del rispetto del principio

nulla poena sine lege con riguardo ai reati tipizzati nello statuto del Tribunale.

Il progetto francese (16) lasciava al Tribunale stesso la determinazione della

pena (esclusivamente detentiva) fornendo solo alcuni criteri di quantificazione:

l'art. VII stabiliva che spettasse ai giudici individuare la durata della carcerazione secondo il principio di "proportionalità" e "individualisation", fissazione che avrebbe dovuto essere congiuntamente motivata e sorretta da una

precisa valutazione delle circostanze attenuanti ed aggravanti.

Tale soluzione presta il fianco non solo alle critiche rivolte al Tribunale di Norimberga ma viola apertamente i principi del diritto internazionale positivizzati successivamente alla sentenza del 1946.

Di tale problematica si è fatto carico il progetto italiano (17) che, sottolineata la necessità di rispettare il principio nullum crimen/nulla poena

sine lege, ha indotto la commissione a prevedere l'applicazione delle sanzioni

stabilite dalla legge penale dello stato del locus commissi delicti (necessariamente di uno degli stati nati dalla dissoluzione della ex-Jugoslavia

per le previsioni stabilite all'art.1 sulla competenza della corte).

Nel caso in cui il principio non avesse potuto operare - per l'ipotesi ad esempio, che il fatto fosse stato commesso in un luogo non soggetto alla sovranità di alcuno stato - la commissione del Governo italiano prevedeva l'applicazione delle sanzioni stabilite dalla legge dello stato del quale l'autore era cittadino o, in subordine, vittima.

Sia il progetto francese che quello italiano escludevano la applicazione della

pena di morte in coerenza ad un principio entrato a far parte del patrimonio

giuridico europeo.

L'articolato del Tribunale penale internazionale ha accolto in prevalenza i suggerimenti dello schema italiano: considerata la competenza per le sole violazioni commesse nel territorio della ex-Jugoslavia, è stato stabilito che le

pene possano essere esclusivamente privative della libertà personale e che la

loro quantificazione vada rapportata "to general practice regarding prison sentences in the courts of the former Jugoslavia" (art. 24 c.1).

Il riferimento dovrebbe quindi essere al codice penale adottato dalla Repubblica

Federale Socialista Jugoslava nel 1976 (incorporato successivamente nei codici

penali di Croazia e Bosnia-Herzegovina) il quale quantifica per ogni crimine i

minimi ed i massimi di pena ma non può escludersi che la norma voglia dire

qualcosa di più: il richiamo alla giurisprudenza formatasi su quel codice e pertanto ad un criterio fonte di possibile arbitrio e discriminazione. Si

penzi

al processo condotto dal Tribunale Militare di Sarajevo nel marzo 1993 contro

militari serbi, condannati alla pena di morte per genocidio, ripetute violenze

carnali, omicidio, processo che non ha garantito alcun rispetto dei diritti della difesa.

Il comma 2 dell'art.24 prevede che la pena debba essere determinata tenendo

conto della gravità del reato e delle circostanze soggettive e quindi delle eventuali mitigazioni dovute al fatto che il colpevole abbia commesso il crimine

su ordine del Governo o del superiore (art.7 comma 4). Tale fatto non lo esclude

da responsabilità, potendo e dovendo egli rifiutare di eseguire il comando in

forza di un precetto superiore (rinvenibile nel diritto internazionale generale), ma può attenuare la durata della sanzione.

Nell'articolato è stata esclusa l'applicazione della pena di morte ma, sotto il

profilo dei nuovi orientamenti della giurisprudenza e degli organismi internazionali (18), la decisione di non prevedere anche la pena perpetua dell'ergastolo avrebbe potuto introdurre un forte segnale di umanizzazione della

repressione penale, non vietata dal principio nulla poena sine lege poiché - per

uniformità di giudizio della dottrina penale - il divieto di retroattività non è

applicabile alle disposizioni favorevoli al reo.

Sicuramente sono prevalse ragioni di opportunità e la volontà di ricerca del

massimo consenso fra gli stati le cui politiche, a differenza della giurisprudenza comunitaria, tendono ad aumentare il campo della competenza e della gravità delle sanzioni.

L'art.24 non ha invece previsto alcuna forma di condanna al risarcimento del danno subito dalle vittime, sollecitato in particolare da Amnesty International (19) ma tale istituto potrebbe essere introdotto attraverso le regole procedurali che il Tribunale è tenuto ad adottare ai sensi dell'art.15 dello Statuto. In questo senso si è espressa anche la Risoluzione 827 del 25 maggio 1993 del C.d.S., che ha istituito il Tribunale Internazionale.

In tale prospettiva l'articolo 24, ultimo comma, ha disciplinato la confisca e la condanna alla restituzione di ogni provento ricavato dalle attività criminali.

L'auspicata introduzione, attraverso le norme di funzionamento della Corte, della condanna al risarcimento non troverebbe ostacolo alcuno al principio del divieto di retroattività poiché quest'ultimo è limitato ai soli istituti penali e non a quelli civili eventualmente disciplinati ed inseriti nel processo penale.

Precisati i principi di riferimento e completato il quadro descrittivo, si tratta ora di formulare un giudizio conclusivo sul rispetto della massima nullum crimen nulla poena sine lege da parte del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia.

CONCLUSIONI

Nel suo fondamentale scritto "Dei delitti e delle pene", Cesare Beccaria affermava che "non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa".

Tale preoccupazione è quella che ha sollecitato l'indirizzo della ricerca per verificare se, a far tempo dal processo di Norimberga ai grandi criminali di guerra, il sistema internazionale abbia progressivamente costruito una griglia di diritti - del colpevole e della vittima - talmente radicati da impedire che

l'uomo diventi anziché un fine, il mezzo attraverso il quale la politica criminale opera nel campo della prevenzione generale. Nell'introduzione si è sottolineato con forza come l'unica legittimazione di esistenza dello strumento penale sia la tutela dei diritti umani fondamentali dell'uomo i quali definiscono i contenuti del precetto imperativo ed i limiti di ricerca della verità "approssimativa" del processo poiché "non è giustificato offendere né con i delitti né con le punizioni" i diritti umani. Ne consegue che il principio cardine "nullum crimen nulla poena sine lege" acquista caratteristiche che vanno al di là della originaria finalità del rispetto della divisione dei poteri per espandersi, sul piano della pena, nella ricerca dei livelli minimi e massimi della punizione e, in quello del delitto, nel campo della irretroattività della norma, della tassatività della descrizione della fattispecie e della necessaria offensività del comportamento proibito rispetto ad un bene meritevole di protezione.

A fronte della necessità di circoscrivere limiti e contenuti del diritto penale, si è inoltre verificato come nel diritto internazionale dei diritti umani e nel diritto internazionale umanitario questa istanze abbiano trovato positivo riconoscimento attraverso, da un lato, gli articoli 15 del Patto sui diritti civili e politici e 7 della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo (i quali a loro volta trovano negli articoli 7, 11 e 28 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo le loro radici e negli articoli 4 del Patto e 15 della Convenzione europea il loro rafforzamento) e, dall'altro, nella progressiva positivizzazione di comandi penali internazionali destinati anche agli individui. Il sistema della c.d. giurisdizione universale obbligatoria (come nelle Convenzioni di Ginevra ed in quella sulla tortura) e facoltativa (Convenzione contro il genocidio e l'apartheid) ha inoltre spezzato il vincolo tra l'individuo e lo stato in forza del quale la punizione del colpevole dipendeva in via esclusiva dal recepimento delle norme internazionali nell'ordinamento giuridico interno: oggi il responsabile di un crimine contro il diritto umanitario può essere soggetto alla cattura ed alla condanna da parte di uno

stato terzo rispetto al proprio, anche nell'ipotesi in cui il comportamento da lui tenuto sia considerato lecito dal proprio ordinamento penale. Ci si è posti il problema se questa universalità della repressione, in particolare quella del diritto umanitario che è collegata al principio aut dedere aut iudicare, possa essere considerato un sistema funzionale alla repressione dei crimini perpetrati contro le popolazioni civili nella ex-Jugoslavia. La tendenziale e progressiva sovrapposizione del diritto umanitario con il diritto internazionale dei diritti dell'uomo in tempo di pace, per avere il primo progressivamente introiettato norme a protezione dei diritti umani di tutte le popolazioni (art.3 comune a tutte le Convenzioni di Ginevra) consentirebbe una repressione efficace ed estesa tale da ricomprendere il risarcimento delle vittime, ai sensi dell'art. 146 della IV Convenzione di Ginevra. La funzionalità di tale sistema dipende dalla sussistenza di due condizioni: la prima è la reale ed effettiva indipendenza del potere giudiziario, che gli consenta di promuovere l'azione penale nonostante la volontà del potere politico, generalmente contrario ad attivare tale meccanismo e la seconda è la raccolta di dati ed informazioni sul reato che permettono non solo di iniziare il procedimento ma di portarlo a termine con soddisfazione. Le organizzazioni non governative ed i movimenti pacifisti jugoslavi potrebbero fornire quei supporti probatori e quel sostegno alla azione delle vittime che è stato loro negato in sede internazionale. In questo quadro di riferimento si possono comparare l'esperienza storica di Norimberga con i principi e gli istituti contenuti nello statuto del Tribunale internazionale per la ex-Jugoslavia. Oltre ad una fondamentale diversità rispetto alle modalità di creazione della giurisdizione (l'uno attraverso un accordo fra le potenze uscite vittoriose nella seconda guerra mondiale e l'altro per mezzo di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, quale misura da adottare per mantenere e ristabilire la pace internazionale), intercorrono - con riguardo al

principio di stretta legalità e certezza della pena - profonde differenze che

possono essere così sintetizzate:

a) non stante gli sforzi dei giudici di Norimberga di rinvenire nel diritto internazionale precedente alla costituzione del Tribunale l'esistenza di precisi

comandi penali che stabilissero regole di comportamento per gli individui, la

sentenza ha violato il principio di irretroattività, che già all'epoca era positivizzato in molte costituzioni sotto più profili: da un lato nessun trattato di pace e

nessuna legge convenzionale o consuetudinaria di guerra tipizzava i divieti descrivendo con precisione le condotte e, dall'altro, il diritto internazionale

preesistente, se poneva degli obblighi, li indirizzava in via esclusiva agli stati. Il crimine contro l'umanità non aveva precedenti né nel diritto interno né in

quello internazionale ed inoltre risultava per definizione vincolato alla connessione con i crimini contro la pace ed i crimini di guerra.

La nozione implicava quindi la punizione soltanto di quei comportamenti "che

erano direttamente lesivi degli interessi degli altri stati (o perché connessi a

guerre di aggressione o a piani per lo scatenamento di una guerra nei confronti

dei combattenti o di civili nemici)" (1).

I gravi crimini contro l'umanità erano quindi crimini contro il diritto internazionale e non contro le popolazioni in quanto tali.

b) Le responsabilità erano limitate ai criminali dai paesi dell'Asse e quindi non ogni delitto contro l'umanità o contro le regole convenzionali della guerra

doveva essere punito: la scriminante correva sulla appartenenza geografica

dell'agente cosicché gravissimi delitti non solo restarono impuniti ma non furono nemmeno considerati tali (come, ad esempio, i bombardamenti degli Alleati

su Dresda e l'atomica su Hiroshima).

c) La sentenza di Norimberga (e parallelamente quella di Tokyo nonché tutte

quelle che furono pronunciate dalle Corti Nazionali) si concluse con la condanna

alla pena capitale di una parte degli imputati. Ciò che prevalse fu il criterio

della prevenzione generale della società: la punizione esemplare avrebbe dovuto impedire il ripetersi di simili atrocità ma le massicce violazioni dei diritti umani che vengono perpetrate costantemente in molte parti del mondo ne confermano la inefficacia.

Le prospettive del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia sono diverse: da un lato è stato verificato che tutti gli imperativi penali hanno un riscontro in norme precedentemente contenute nel diritto positivo interno e internazionale e dall'altro che essi riguardano indubitabilmente l'individuo e le sue responsabilità, non le responsabilità dello stato. Le fattispecie incriminatrici sono risultate corrispondenti al criterio della sufficiente determinatezza della descrizione del comportamento vietato e, soprattutto, sono agganciate al principio di effettiva lesività dell'atto. Per meglio spiegare le ragioni di tale ultima affermazione, la nozione di crimine contro l'umanità risulta nello statuto non più vincolata alle altre due categorie di delitti per cui la norma vieta l'atto disumano in quanto tale: oggetto della protezione penale diventa finalmente l'uomo ed i suoi diritti, anziché i diritti degli Stati. Altrettanto può dirsi con riguardo alle fattispecie disciplinate dagli articoli 2, 3 e 4. Sotto il profilo della certezza della pena, si è visto nell'ultimo capitolo, lo statuto del Tribunale ha solo parzialmente recepito i criteri di "necessità" e "dignità della persona" connessi al principio "nulla poena sine lege": è vero che, sulla scia

Non della pratica degli stati bensì della evoluzione del diritto convenzionale, risulta espressamente esclusa la pena capitale, ma anche l'ergastolo viola il diritto dell'uomo alla dignità, ad una pena che non abbia l'esclusivo scopo della prevenzione della collettività e che abbia come fine la riabilitazione sociale (articolo 1° Patto sui dir. civ. e pol.). Tale funzione appare compromessa dalle condanne perpetue.

Con riguardo all'esecuzione della pena va nuovamente sottolineato come la sorveglianza del Tribunale sull'espiazione delle condanne attiverà una necessaria attività di controllo sui regimi penitenziari dei paesi dove le detenzioni saranno scontate: attraverso la supervisione ci sarà una verifica della conformità ad un modello di trattamento rispettoso dei Diritti Umani. Con riguardo, infine, alla responsabilità penale, questa non risulta circoscritta dalla nazionalità dell'agente poiché qualunque persona, di qualunque stato, che abbia pianificato, istigato, ordinato, commesso uno dei crimini previsti dagli articoli 2-3-4-5, sarà considerata individualmente responsabile (art. 7). Teoricamente la norma, che non trova limite alcuno nelle responsabilità politiche (art. 7 comma 2) potendo essere messo sotto processo anche un capo di stato o di governo, ha una potenzialità che travalica i confini della Jugoslavia e che è in grado di mettere in discussione la liceità penale delle condotte di capi di governo o alti funzionari stranieri che non hanno impedito, ad esempio, il commercio di armi verso le zone del conflitto (il comma 3 dell'art. 7 configura la responsabilità per omissione).

A conclusione di un quadro giuridico nel complesso positivo in quanto rispettoso dei diritti dell'uomo, anche dell'uomo colpevole che si è volontariamente posto al di fuori della legalità, va fatto un accenno alle potenzialità contenute nel principio della responsabilità penale personale: il quarto comma dell'art. 7, sulla scia della strada aperta dal processo di Norimberga, non esclude da colpa l'individuo che ha eseguito l'ordine del superiore. Ciò significa positivizzare il dovere giuridico di disobbedire alle leggi o agli ordini ogni qual volta sia in gioco la violazione di diritti umani penalmente tutelati. E' un argomento ricco di implicazioni giuridiche, poiché riguarda non solo i rapporti fra diritto interno e diritto internazionale dei diritti umani, fra il diritto umano alla obiezione di coscienza e quello di resistenza, ma apre grossi interrogativi pedagogici perché l'uomo deve imparare a "disobbedire". Insegnava Don Milani ai suoi ragazzi di Barbiana: " non posso dire ai miei

ragazzi che l'unico modo di amare la legge è obbedirla. Posso solo dire che essi dovranno tenere in tale onore le leggi degli uomini da osservarle quando sono giuste (quando cioè sono la forza del debole). Quando invece vedranno che non sono giuste (quando cioè sanzionano il sopruso del più forte) essi dovranno battersi perché siano cambiate" (2).
L'obbedienza, concludeva don Milani rivolto ai giovani, "non è ormai più una virtù, ma la più subdola delle tentazioni, che non credano di potersene fare scudo né davanti agli uomini né davanti a Dio, che bisogna che si sentano ognuno l'unico responsabile di tutto".
E' una sollecitazione forte, che apre un ulteriore spazio di riflessione sul diritto penale dei diritti umani.

Nota dell'autrice:

Il testo fu elaborato immediatamente dopo la costituzione del Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nell'ex Jugoslavia e pertanto non è stato possibile il confronto tra opinioni che l'argomento trattato avrebbe richiesto.
Lorenza Cescatti

NOTE (divise per parti della tesi)

Introduzione

- 1) L. Ferrajoli "Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale" Laterza, 1990, pag. 68-69

- 2) Ferrajoli, cit. pag. 81 e 83

- 3) L. Ferrajoli, cit. pag. 330

- 4) L. Ferrajoli, cit. pag. 331

- 5) L. Ferrajoli, cit., pag. 69

- 6) Il testo dell'articolato, la Ris. 827 e tutte le altre che l'hanno preceduta nonché le risoluzioni del Parlamento europeo sono riportate nel "Dossier ex-Jugoslavia: le guerre e la comunità internazionale" Università Internazionale delle Istituzioni dei Popoli per la Pace, 1993.

7) Sulla legittimità o meno dell'istituzione del Tribunale Internazionale per decisione del C.d.S. anziché per accordo internazionale, vedasi Bernardini

A. "Il Tribunale penale internazionale: considerazioni giuridiche" e "Alcune riflessioni su un Tribunale ad hoc per la ex-Jugoslavia" di Lattanzi F., entrambi gli articoli si trovano in "I diritti dell'Uomo. Cronache e battaglie", n.1+1993 pag. 15 e segg.) Ulteriori notizie e riflessioni sul Tribunale si trovano in P. Akkavan "Punishing War Crimes in the former Yugoslavia: a critical Juncture of the New World Order" in H.R. Quarterly, 1993, pag. 262; A.I. "Memorandum to the United Nations: the question of justice and fairness in the international war crimes tribunal for the former Yugoslavia", 1993; Bassiouni C. "Draft Statute International Tribunal", A.I.D., 1993; Obradovic K. "Il conflitto jugoslavo ed il problema della responsabilità per omissione degli stati contraenti delle convenzioni del diritto umanitario", *Questione giustizia*, 1993; Ungari P. "Il tempo è venuto" e Vassalli G. "Diritti dell'uomo e diritto internazionale penale", entrambi in "I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie", 1-1993.

Primo capitolo:

- 1) F. Bricola "Il II e III comma dell'art. 25" in *Commentario alla Costituzione* a cura di Scialoja-Branca, Zanichelli, 1981, pag. 232.

- 2) Report of the International Law Commission on the work of its forty-fourth session 4 maggio-24luglio 1992 (UNGA supplement n.10 A/47/10) paragrafi 451-492-493-494. Con riguardo al progetto di un codice di crimini individuali contro la pace e la sicurezza dell'umanità rielaborato (rispetto alla prima stesura del 1954) nel 1991, vedasi UN. Doc.A.: CN.4/L. 464/ADD.4, 1991 mentre per il Draft Articles on State responsibility - che nell'art. 19 individua le gravi violazioni alle obbligazioni internazionali dello stato - vedasi UN-DOC. A/CN.4/sez.A/1976/Add.1, PL.2

- 3) G. Fiandaca, E. Musso "Diritto penale. Parte generale", Zanichelli, 1985, pag.31.

- 4) Corte Cost. sent. 96/1981 in *Giust. Cost.* 1981, I, 808

- 5) Stiamo parlando delle finalità che un sistema astratto di punizione deve

prevedere e non della necessità che la fine della pena debba corrispondere al "ravvedimento" del detenuto, principio contrario, fra il resto, alle fondamentali garanzie di libertà di pensiero e di coscienza. Rieducare non va inteso nel senso di inculcare i valori di una società totalitaria bensì di dare la possibilità di comprendere quelli di una collettività pluralista, mettendo al centro della funzione necessariamente costrittiva della pena non la prevenzione

della comunità, bensì l'uomo e la sua dignità

6) Bricola, cit., pag. 274

7) F. Bricola voce "Teoria generale del reato" in Noviss. Dig. It., pag. 51.

8) Il testo della Carta del Tribunale di Norimberga dell' 8.8.1945 e del Tribunale di Tokio del 1.9.1945, sono riportati in Am. Journ. Int's Law, Volume

39, 1945, Supplement, pag.257 e segg. Il processo di Norimberga si chiuse l'1

ottobre 1946 con la condanna alla pena capitale di 12 accusati su 22, a pene

detentive per altri 7 ed alla dichiarazione di criminalità di tre organizzazioni

nazional-socialiste.

9) Procès des grands criminels de guerre, Jugement, pag. 230.

10) L'art. 50 dello statuto della Corte Internazionale di Giustizia prevede:

"The decision of the Court has no binding force except between the parties and

in respect of the particular case".

11) H. Ehard in "The Nuremberg Trial against The Major war criminals and

International Law", in Am. Journ. Int's Law, 1949, Vol. 43, pag. 223 e segg.

Riporta le affermazioni sull'argomento del Prosecutor americano il quale sostenne che una delle ragioni per le quali questo era un Tribunale militare

invece che una normale Corte di giustizia consisteva nell'"evitare gli effetti che crea un precedente che avviene nella giurisdizione ordinaria.

12) Quadri, Diritto internazionale pubblico, Liguori ed., pag. 423 e segg.

13) Con riguardo ai crimini contro l'umanità può essere ritrovato un primo

generico riferimento al termine nel preambolo della Convenzione dell'Aja n. IV

del 1907 sulle leggi e consuetudini di guerra (che nel testo non definisce poi

il termine) e nella dichiarazione di condanna del 28 maggio 1915 di Francia, Gran Bretagna e Russia nei confronti del governo turco responsabile del massacro della minoranza armena. Sul punto L.S. Sunga, *Individual Responsibility in Internationale Law for Serious Huma Rights Violations*, 1992.

14) Tale fu la tesi del Prosecutor americano che è riportata per esteso da H.

Ehard, cit.

15) Tali argomentazioni, riportate in H. Ehard, cit., sono quelle del Prosecutor inglese. Quello sovietico sostenne che lo statuto del Tribunale possedeva forza assoluta e che pertanto non era applicabile il divieto di retroattività (espressamente escluso dall'ordinamento dell' Urss) mentre quello francese affermò la giurisdizione della corte sulla riorganizzazione nella legge internazionale del principio territoriale in vigore negli stati sovrani. Poiché ogni nazione può punire i crimini commessi sul suo territorio ed è dovere dello stato considerare come crimine le condotte degli uomini che perpetrano violazioni della legge internazionale, mancando uno stato germanico, il Tribunale di Norimberga stava agendo come curatore della sovranità tedesca.

16) H. Ehard, cit., pag. 235, riporta le considerazioni più salienti di questo passaggio della sentenza.

17) H. Donnedieu De Vabres "Le proce se Noremberg devant les principes modernes du droit penal international", in *Recueil des Cours*, 1947, pag. 489 e segg.: l'autore, che fece parte della Corte, trascrive fedelmente l'argomento svolto in motivazione del Tribunale il quale sottolineò come l'aggressore ben

conosceva il carattere odioso della invasione, senza preavviso, dello stato vicino, infischiandosene degli impegni assunti con i trattati solenni. Così gli imputati sapevano che la guerra di aggressione è messa al bando dalla legge di tutti gli stati del mondo, Germania compresa, poiché nel 1927 una risoluzione della assemblea della società delle nazioni aveva solennemente affermato che "la guerra di aggressione è un crimine internazionale". Lo stato tedesco si era ritirato dalla Società delle Nazioni solo successivamente, nel 1933.

18) Il Trattato di Versailles del 28/6/1919 all'art. 227 prevedeva la costituzione di un Tribunale speciale per processare l'imperatore Guglielmo II di Hohenzollern per "l'offesa suprema contro la morale internazionale e la santità dei trattati" avendo ordinato l'invasione del Belgio. A seguito del rifiuto della Olanda di estradare Guglielmo II e della contrarietà formulata dagli Usa sulla responsabilità dei capi di stato, l'imperatore non venne

processato. Va sottolineato che la responsabilità personale di Guglielmo II era

però collegata alla organizzazione dell'impero tedesco.

19) Il tribunale citò come precedente il caso Quirin c. Usa, deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti la quale riconobbe responsabile l'agente di nazionalità tedesca che sbarcò su suolo americano per compiere atti di sabotaggio contrari alla legge delle nazioni.

20) H. Ehard, cit., pag. 235

21) Donnedieu, cit., pag. 19 e segg.

22) Tale paragrafo della motivazione viene riportato nella sua interezza da S.

Glaser in "Aperçu sur l'origine et le développement du droit international penal"

in Droit International penal Conventionnel, Bruxelles, 1970, pag. 80

23) Nel Trattato di Versailles del 1919 la Germania aveva riconosciuto il diritto delle Potenze Alleate di processare le persone accusate di aver commesso

crimini contro le leggi e gli usi di guerra. Le pressioni politiche della società tedesca portarono in seguito alla decisione degli Alleati di non eseguire gli artt. 228 e 229 del Trattato a condizione che la Germania conducesse a giudizio una lista di 901 criminali di guerra. La corte di Leipzig

assolse, dopo un processo sommario, 808 degli accusati e condannò altri 13

imputati a pene molto miti che non furono eseguite. Tutti, infatti, fuggirono

all'estero, con pubbliche congratulazioni. Sul punto L.S. Sunga, cit., pag. 22 e

segg.

24) L'elasticità della interpretazione del principio di legalità era per la Corte consentita dal fatto che gli accusati non avevano compiuto di persona i

fatti costituenti crimini di guerra: ne erano i promotori, gli istigatori, gli autori morali e, per tale ragione, dovevano essere trattati con maggiore severità. Donnedieu, cit., pag. 512.

25) La parola umanità ha un doppio senso: crimine contro l'umanità ha il significato di crimine contro il genere umano mentre la versione tedesca traduce

umanità con "sentimento umano".

Tale categoria di crimini successivamente a Norimberga ha, per ovvie ragioni,

avuto i maggiori sviluppi, impensabili all'epoca del processo (cfr.

Donnedieu,

cit., pag. 520 e segg.).

- 26) Il testo letterale viene riportato da Donnedieu, pag. 525, 526.
- 27) Sul punto si confronti A. Cassese "violenza e diritto nell'era nucleare", Laterza, 1986.
- 28) Per un approfondimento vedasi Donnedieu, cit., da pag. 532 a pag. 541.
- 29) L'art. 6 u.c. è il seguente: "Leaders, organizers, istigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan on conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in exection of such plan".
- 30) F. Pocar "La dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo fonte di un nuovo diritto internazionale" in "I diritti umani a 4° anni dalla dichiarazione Universale", Università di Padova, Cedam, 1989.
- 31) Vedasi, più approfonditamente, sulla valenza di supercostituzione mondiale dei diritti umani, A. Papisca "I diritti umani come supercostituzione mondiale", negli atti del Seminario permanente di ricerca sulla pace, Istituto internazionale Maritain, aprile 1993 (ined.) ed in genere la rivista Pace, diritti dell'uomo e dei popoli, Cedam.
- 32) Papisca A., cit., pag. 9-10.
- 33) L'art. 99 della III Convenzione di Ginevra 12/8/1949 stabilisce: "Nessun prigioniero di guerra potrà essere perseguitato o condannato per un atto che non sia esplicitamente represso dalla legislazione della Potenza detentriche o dal diritto internazionale vigente il giorno in cui l'atto è stato commesso". Nel 1° Protocollo aggiuntivo del 1977 all'art. 75 (garanzie fondamentali) par. 4 lett. b) e c) si legge: "Nessuna condanna sarà pronunciata e nessuna pena sarà eseguita nei confronti di una persona riconosciuta colpevole di un reato connesso con il conflitto armato, se non in virtù di una sentenza pronunciata da un tribunale imparziale e regolarmente costituito, che si conformi ai principi generalmente riconosciuti di una procedura regolare comprendente le seguenti garanzie: ...lett. b) nessuno potrà essere condannato per un reato se non in base ad una responsabilità penale individuale;

c) nessuno potrà essere accusato o condannato per azioni od omissioni che non costituivano reato secondo il diritto nazionale o internazionale applicabile al momento della loro commissione. Non potrà essere del pari applicata una pena più grave di quella che era applicabile al momento del reato. Se, dopo la commissione del reato, la legge prevede la applicazione di una pena più lieve, il reo dovrà beneficiarne.

L'art. 6 del II° Protocollo aggiuntivo del 1977 disciplina l'azione penale e le condanne di reati connessi ai conflitti armati. I punti b) e c) sono identici a

quelli previsti dal sopra ricordato art. 75.

34) G. Barile, cit., pag. 25

35) Il Parlamento Europeo ha adottato la Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali con risoluzione 12.4.1989 che all'art.21 prevede quanto

segue: "Nessuna responsabilità può essere attribuita per azioni od omissioni non

censurabili secondo il diritto vigente nel momento in cui sono state commesse".

36) Nel Documento finale della Conferenza di Copenhagen sulla Dimensione Umana il punto 5.18 stabilisce che "nessuno sarà accusato, processato o condannato per un reato penale non previsto da una legge che ne definisca gli elementi con chiarezza e precisione".

37) Le conferenze sulla dimensione Umana della CSCE a Copenhagen del 29.6.1990

(riportata in "Diritti dell'uomo, cronache e battaglie", n.1-1990) e a Mosca del 4.10.1991 (in Riv. Pace diritti dell'uomo diritti dei Popoli" n.3-1991)

impegnano gli stati a circoscrivere lo stato di pubblica emergenza e stabiliscono

misure che regolano la proclamazione, la notificazione, il tempo di durata, le

garanzie giuridiche necessarie a mantenere lo stato di diritto e il vincolo degli

strumenti internazionali "per quanto riguarda i diritti ai quali non si può derogare" "in modo tale da salvaguardare l'effettivo esercizio di questi diritti".

38) A. Papisca, "I diritti umani come supercostituzione mondiale", cit.

39) J. Oraa' "Human Rights in States of Emergency in International Law", Oxford,

1992, pag. 124 e segg. - 260 e segg.

- 40) J. Oraa', cit., individua nelle convenzioni due categorie di diritti inderogabili nello stato di emergenza: i quattro sopra specificati da un lato e la lista dei diritti che non sono in ogni caso a rischio nelle situazioni eccezionali ipotizzate. Fra questi ultimi il diritto alla libertà di pensiero ed opinione, quello del riconoscimento della libertà giuridica dell'individuo, quello del divieto di imprigionamento per inadempimento contrattuale. La presenza di quest'ultima lista indebolisce il concetto della non-derogabilità che sarebbe meglio compreso se le convenzioni prevedessero un pacchetto ristretto ma significativo di diritti intoccabili e se fosse prevista una machinery internazionale di controllo.
- 41) Sul punto vedasi altresì T. Meron "Human Rights Law - Making in The United Nations", Oxford, 1986.
- 42) Per una approfondita disamina sulle interrelazioni fra diritti umani e diritto umanitario, vedasi Y. Dinstein "Human Rights in Armed Conflict: International Humanitarian Law" in Human Rights in International Law, edited by T. Meron, Oxford.
- 43) Per tutti G. Barile, cit.
- 44) E' vero che le Risoluzioni della Assemblea, anche se assunte alla umanità, non possono essere considerate fonte diretta del diritto ma è indubbio che possano rappresentare un fatto storico determinante la nascita di norme di diritto internazionale generale.
- 45) Tali affermazioni sono riportate virgolettate nel testo di L.S. Sunga, cit., pag. 28-29.
- 46) Il testo è contenuto in Riv. Dir. Int. 1986, pag. 350.
- 47) Recentemente l'Assemblea Generale delle N.N. ha riconosciuto nella pratica sistematica delle sparizioni forzate un atto avente natura di crimine contro l'umanità, affermandolo espressamente nel Preambolo alla Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate, adottata con risoluzione 47/133 del 18 dicembre 1992. Da questo non può - al momento - inferirsi la codificazione di un reato internazionale individuale.
- 48) Vedasi la Tavola delle ratifiche contenute in "International Human Rights - Documents and Introductory Notes" di Ermacora, Novak, Tretter, Vienna, 1993.
- 49) Tale lo definiva anche la Risoluzione 96 (I) della Assemblea Generale

dell'11.12.1946

50) Così L.S. Suga, cit., pag.67 nota8, che riferisce sui lavori preparatori della Convenzione.

51) Vi è in proposito discordanza fra il testo inglese e quello francese. Il primo prevede che le persone saranno punite "whether they are constitutionally

responsible rulers, public officials or private individuals"; il secondo invece afferma "qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers". Sulle diverse conseguenze, vedasi N. Ronzitti, voce "Genocidio",

Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, 1969 a pag.577. Il testo inglese impone un obbligo

minore rispetto a quello francese poiché, se per determinare la responsabilità di

un capo di stato bisogna aver riguardo alle disposizioni costituzionali, potrebbe

accadere che un capo di stato sia da considerare irresponsabile e se commette un

atto di genocidio non possa essere considerato colpevole. La conseguenza è che lo

stato sul cui territorio il crimine è stato commesso non è obbligato a punirlo.

52) Va a tale proposito menzionato il parere consultivo della Corte Internazionale di Giustizia la quale il 28.5.1951 dichiarò che sono inammissibili riserve

incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione.

53) E' l'opinione di N. Ronzitti, cit. e di F. Lattanzi "Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale", Giuffrè, 1983.

54) Fra questi L.S. Sunga, cit., e lo studio dello Speciale Rapporteur E. Daes

sullo "Status of the Individual and Contemporary International Law: Promotion, Protection and Restoration of Human Rights at National, Regional and International Levels", United Nations, 1992 (Centro per i Diritti Umani di Ginevra).

55) Tali conclusioni sono state rafforzate dalla Corte Internazionale di Giustizia nella sentenza Barcellona Traction (54) la quale, in ragione della importanza

dei diritti coinvolti, ha ritenuto che il divieto di commettere atti di genocidio sia

una obbligazione erga omnes, così come tutti i principi e le regole che riguardano i diritti umani (Barcellona Traction Case, J.C.S., Rep. 1970).

56) Tale è l'interpretazione della 6° Commissione nel suo Rapporto alla Assemblea Generale (cf. Lattanzi, cit., pag. 388).

57) F. Lattanzi, cit., pag. 389.

58) L'art.2 della Convenzione include nel termine apartheid le politiche e le misure di segregazione e discriminazione praticate in Sud Africa aventi lo scopo di stabilire o mantenere una dominazione da parte di un gruppo sopra un altro

gruppo razziale ed include ogni attività, anche legislativa, per dividere la popolazione "along racial lines by the creation of separate reserves and ghettos".

59) L'ampio numero dei soggetti responsabili e la vastità delle ipotesi di violazione che rendono difficile differenziare le politiche attive da quelle di mera

acquiescenza e da quelle, infine, passive di apartheid potrebbe dal luogo a violazioni del principio di stretta legalità poiché all'accusa viene lasciata in tal modo ampia discrezionalità nella selezione degli individui da portare a giudizio.

60) Alcuni autori, fra i quali A. Cassese, ritengono che il principio di jus cogens non riposi esclusivamente sugli articoli 53,64, 66 della Convenzione di

Vienna sui trattati ma che possa sorgere attraverso successive prese di posizione degli stati relativamente a specifiche norme imperative. Egli ritiene

che "si sia formata una norma consuetudinaria secondo la quale certe norme

internazionali (poste a mezzo di trattati multilaterali o del processo consuetudinario) posseggono una forza giuridica speciale, che si concreta nel

proibire norme ad essa contrarie, con la conseguenza che, se tali norme vengono

nondimeno create, esse sono nulle". Così la portata universale del divieto di

discriminazione razziale, nonostante la mancata ratifica della Convenzione contro l'apartheid del Sudafrica, è considerato principio universale di jus cogens poiché anche quest'ultimo stato non ha obiettato nulla al momento della

sua formazione. Cassese A. "Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo",

Il Mulino, 1984, pag. 200-202.

61) I rapporti annuali di Amnesty International se mostrano che la pratica della

tortura è tuttora diffusa e praticata in modo sistematico in molte parti del mondo, evidenziano altresì come nessun paese accusato di gravi violazioni al

diritto alla dignità fisica e psichica dell'uomo - se contesta la veridicità dei fatti - non mette in discussione, in astratto, l'obbligo al rispetto. Un'ulteriore conferma del valore cogente del diritto può essere ritrovato nel citato Barcelona Traction Case della Corte Internazionale di Giustizia, la quale riconosce che i diritti umani

fondamentali costituiscono obbligazioni erga omnes e come tali considerati

dalla comunità internazionale nel suo complesso.

62) Ci si riferisce in particolare al caso Filartiga contro Paraguay (sentenza 30.6.1980, International Legal Material 1980, pag.969) nel quale i giudici

statunitensi hanno affermato la ammissibilità della azione intentata per danni da cittadini del Paraguay per essere stato il loro parente torturato a morte

da un ispettore generale di polizia paraguaiano, in Asucion. I magistrati hanno

motivato la propria tesi richiamando il principio della libertà da tortura che è un

diritto fondamentale protetto dalla legge internazionale. Nella misura in cui i

diritti fondamentali dell'uomo sono definiti e universalmente condannati, la loro

protezione spetta anche al potere giudiziario. Questa sentenza non costituisce un precedente in materia di giurisdizione penale in quanto l'azione intentata

dai parenti di Filartiga si fondava sull' Alien Tort Statute del 1789, che consente di citare in giudizio davanti alle corti statunitensi stranieri che siano resi

colpevoli di un illecito rilevante dal punto di vista del diritto internazionale. L'aver

ricondotto la tortura alla categoria degli atti che costituiscono una "violazione del

diritto internazionale" rende interessante la decisione poiché si conferma la qualificazione della tortura come crimine internazionale.

63) Graser, cit., pag.83

64) Analoghe gravi infrazioni sono previste rispettivamente dagli artt. 5°/I°,

51/II°, 130/III° Convenzione.

65) I dati sono riportati nel "Memorandum to the United Nations: The question of

justice and fairness in the international war crimes tribunal for the former Yugoslavia" di Amnesty Internationale, aprile 1993 (AI. Index: Eur 48/02/93) pag.12 nota 12.

66) P. Benvenuti "Sui limiti internazionali alla giurisdizione penale" Riv. Dir. Int. 1974, pag. 238. L'autore sottolinea come il diritto internazionale in vigore, pur non obbligando gli stati ad una attività repressiva qualora non abbiano un collegamento territoriale o personale con il crimine, autorizzi gli stati a tale attività repressiva sulla base di autonome decisioni o di obblighi internazionali. E' quanto prevede il "Judiciary Act" del 1789 negli USA, che ha trovato applicazione nel caso Filartiga già citato. Nel diritto internazionale

generale è entrato a far parte, con riferimento a tutti i crimini contro l'umanità,

la facoltà di porre in essere una attività di giurisdizione penale altrimenti vietata

per il principio generale della immunità organica.

67) D. Gallo "Nostalgia di Norimberga. Il problema della coercizione penale dei

crimini di guerra nel sistema previsto dalle quattro Convenzioni di Ginevra" in *Questione Giustizia* 2-1992 pag. 469 e segg.

68) Vedasi in proposito le difese della Serbia nel procedimento che la vede accusata di genocidio davanti alla Corte Internazionale di Giustizia (I.C.S. order

of 16 aprile 1993, Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide).

69) Gallo D., cit., pag.470.

70) A.I., Memorandum, cit. pag.15, a nota 18 elenca sei accordi dal 5.11.1991 al 22.5.1992.

71) T. Meron "The case for war crimes. Trials in Yugoslavia" in *Foreign Affairs*, Summer 1993, pag. 122 e segg.

72) F. Lattanzi, cit., pag. 391 la quale richiama - a favore della sua tesi - altri autorevoli giuristi.

73) Vedasi nello specifico il Rapporto Warburton commissionato dal Parlamento

Europeo ed il Rapporto di Amnesty International "Bosnia: Rapporto sulle violazioni dei Diritti umani", Ed. Sonda 1993. Più in generale sulle violenze connesse ad ogni attività militare, non necessariamente di guerra, A.I.

"Donne:

rapporto sulle violazioni dei Diritti Umani delle Donne" E. Sonda, 1991.

74) Si ricorda l'ampia e documentata attività promossa anche presso il Centro

Diritti Umani delle N.U. a Ginevra dai gruppi femministi europei, dalle donne

elette nel Parlamento Europeo, in quello Italiano e in moltissimi Consigli

Comunali perché il crimine dello stupro, da chiunque commesso, trovasse adeguato riconoscimento e tutela.

75) T. Meron "Rape as crime under international humanitarian law", in Am. Journ. Int's Law, 1993, Vol.87, 3.

76) T. Meron, ult. Cit. nota 22, riporta in tal senso il parere del Dipartimento di Stato americano, 27 gennaio 1993.

77) T. Meron, ult. Cit., a pag.427 e in nota 25 riferisce che lo stupro era inserito nella categoria dei crimini contro l'umanità nella formulazione prospettata al Segretario Generale dalla Conferenza Islamica, dalla Francia, dagli Stati Uniti e dall'Italia.

78) T. Meron, ult. Cit., pag. 428

79) V. Chiurlotto "Donne come noi. Marocchine 1944/Bosniache 199" in DWF, 1993, I, pag. 42 e segg.

80) Amnesty International "Bosnia: Rapporto sulle violazioni dei diritti umani", Ediz. Sonda 1993 riferisce gli stupri contro le donne appartenenti alla stessa etnia degli aggressori, "colpevoli" di aver aiutato il marito o amici appartenenti all'altro gruppo.

81) "Iniziativa sui crimini di guerra in Somalia" nel mensile "Guerra e pace", ottobre 1993, pag.43 il quale riporta le preoccupazioni del Comitato Internazionale della Croce Rossa, il quale nel giugno del 1993 ha fatto appello alle truppe ONU in Somalia di rispettare le norme internazionali umanitarie.

Secondo Capitolo

1) Hobbes, Leviatano p.257-242. La Costituzione francese del 1793 chiamò, ancora più radicalmente, atto arbitrario la legge penale retroattiva (art.14) e delitto ogni atto giudiziario che desse effetto retroattivo alla legge (art.15).

2) Ferrajoli "diritto e ragione...", cit., pag.375.

3) Ferrajoli, cit. pag. 375.

4) Vedasi i Rapporti Annuali di A.I.

5) Ferrajoli, cit., pag. 382.

6) Ferrajoli, cit., pag.392.

7) Ferrajoli, cit., pag.393.

8) Ferrajoli, cit., pag. 394. Fra la funzione esclusivamente

rieducatrice e quella esclusivamente retributiva della pena vi è tutta una gamma

intermedia di posizioni nel cui solco si collocano, pur con sfumature diverse,

sia F. Ferrajoli che F. Bricola, autori che hanno dato il massimo impulso a nuove teorie sul diritto che porgono al contro del sistema l'uomo.

9) Idem.

10) Idem.

11) Jugement, cit., pag. 230.

12) Donnedieu De Vabres, Le proces de Noremberg, cit. pag. 512-513 e pag. 554-555.

13) La sentenza di Tokyo comminò la pena di morte a 7 imputati, l'ergastolo a 16

e pene detentive a due.

14) Glaser, cit., pag.200.

15) Quest'ultimo alla data 31.3.1993 era stato ratificato da soli 26 stati, fra

i quali non è ricompresa la Jugoslavia. Per un approfondimento sulle iniziative

e problematiche sulla pena di morte a livello internazionale, cfr. varie "Executions: report of Special Rapporteur"; "Sofeguards guaranteeing the protection of the rights of those facing the Death Penalty (1984"; "Death Penalty" e "Capital Punishment" in Encyclopedia of Human Rights di E. Lawson,

U.N., 1991.

16)Doc. S/25266

17) Doc. S/25300

18) L'assemblea Generale con risoluzione 2 aprile 1991 (A/res/45/110) ha adottato le United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures,

conosciute come "The Tokyo Rules" per promuovere l'uso delle misure alternative

alla detenzione con l'intenzione di introdurre un bilanciamento fra i diritti umani del colpevole e quelli della vittima e nel contempo di coinvolgere la comunità nella gestione della giustizia criminale. Tale risoluzione può rappresentare l'avvio di un consenso internazionale alla riduzione dell'intervento penale che incide necessariamente anche sulla durata della pena

detentiva.

19) nel "Memorandum to the United Nations: ..." cit., viene espressamente richiesta la previsione di una condanna riparatoria, in accordo con la Dichiarazione della Assemblea Generale del 18 dicembre 1992 (UNGA Resolution

47/147) che ha riaffermato il diritto di coloro che hanno subito la c.d. pulizia

etnica di ricevere ristoro dei danni subiti.

Conclusioni

- 1) Cassese, "Il diritto contemporaneo", cit., pag.326.
- 2) Don Lorenzo Milani, "L'obbedienza non è più una virtù", LEF, pag.38 - pag.51.