

Pubblicazioni
Centro Studi per la Pace
www.studiperlapace.it

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI BRESCIA
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA IN GIURISPRUDENZA



TESI DI LAUREA

**L'ORDINE DEL SUPERIORE E LO STATO DI
NECESSITA' DERIVANTE DA MINACCIA NEL
DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE**

RELATORE:
PROF. FRANCESCO VIGANO'

CORRELATORE:
DR. LUCA MASERA

LAUREANDO:

LORENZO VALTORTA
MATRICOLA N. 032748

ANNO ACCADEMICO 2000/2001

Indice-sommario

CAPITOLO I

IL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

1.	Introduzione	1
2.	Lo sviluppo dinamico del diritto penale internazionale	2
2.1.	Premessa	2
2.2.	La Comunità internazionale degli Stati e le sue leggi	3
2.3.	Dalla metà del XIX Secolo alla prima guerra mondiale	6
2.4.	Tra le due guerre mondiali	9
2.5.	Dalla seconda guerra mondiale alla guerra fredda	13
2.5.1.	I processi	17
2.5.2.	Gli sviluppi successivi ai tribunali internazionali di Norimberga e Tokyo	21
2.6.	Dalla guerra fredda ai giorni nostri	26
2.7.	I tribunali ad hoc per la ex-Jugoslavia e per il Ruanda	28
3.	Il problema delle fonti del diritto penale internazionale	32
3.1.	Le fonti del diritto penale internazionale complessivamente considerate	32
3.1.1.	I trattati	39
3.1.2.	Il diritto internazionale consuetudinario	44
3.1.3.	I principi generali di diritto	46
3.2.	Alcune conclusioni	50
4.	Il sistema di esecuzione del diritto penale internazionale	52

CAPITOLO II

L'ORDINE DEL SUPERIORE

1.	Introduzione: le <i>defences</i> nel diritto penale internazionale _____	60
2.	L'obbedienza all'ordine del superiore: il fondamento giuridico della defence e le posizioni della dottrina _____	69
3.	L'ordine del superiore negli statuti e nei giudizi dei tribunali internazionali _____	79
3.1.	Il periodo antecedente ed immediatamente successivo alla nascita del diritto penale internazionale _____	79
3.2.	Il periodo successivo alla prima guerra mondiale _____	85
3.3.	Il periodo successivo alla seconda guerra mondiale _____	93
3.3.1.	Gli statuti di Norimberga e Tokyo e la centralità della problematica relativa all'obbedienza ad ordini superiori _____	93
3.3.2.	L'art. 8 dello statuto del tribunale di Norimberga _____	98
3.3.3.	I giudizi sui crimini commessi durante la seconda guerra mondiale _____	102
3.3.3.1.	Il processo alle Einsatzgruppen _____	104
3.3.3.2.	Il processo ad Erhard Milch _____	110
3.3.3.3.	Il processo a Wilhelm Von Leeb e a tredici altri _____	112
3.3.3.4.	Il processo ad Adolf Eichmann _____	115
3.3.3.5.	I processi italiani per l'eccidio delle Fosse Ardeatine: il caso Kappler ed il caso Priebke _____	121
3.4.	Gli statuti ed i giudizi dell'ITCY e dell'ITCR _____	143
3.5.	L'ordine del superiore come circostanza attenuante _____	148
3.6.	Gli ultimi sviluppi _____	166

CAPITOLO III

LO STATO DI NECESSITA' DERIVANTE DA MINACCIA

1.	Introduzione	177
2.	Le condizioni di applicabilità della <i>defence</i> di <i>duress</i> nel <i>case-law</i> in materia di crimini di guerra e di crimini contro l'umanità	182
3.	L'ambito di applicazione della <i>defence</i> di <i>duress</i> nel <i>case-law</i> in materia di crimini di guerra e di crimini contro l'umanità	189
3.1.	La <i>defence</i> di <i>duress</i> ed i crimini commessi durante la prima guerra mondiale	196
3.2.	La <i>defence</i> di <i>duress</i> ed i crimini commessi durante la seconda guerra mondiale	198
3.2.1.	Il caso Holzer	200
3.2.2.	Il caso Jepsen	203
3.2.3.	Il caso Wulfang e K.	206
3.2.4.	Il caso Stalag Luft III	208
3.2.5.	Il caso Bernardi e Randazzo	211
3.2.6.	Il caso Srà ed il caso Mesetti	214
3.2.7.	Il caso Einsatzgruppen	217
3.2.8.	Il caso S. e K.	219
3.2.9.	Il caso Feurstein	221
3.2.10.	Il caso K. e L.	224
3.2.11.	Il caso Eichmann	228
3.2.12.	Il caso Priebke	230
3.3.	La <i>defence</i> di <i>duress</i> ed i crimini commessi nell'ex-Jugoslavia ed in Ruanda	233
3.3.1.	Premessa	233
3.3.2.	Il caso Erdemovic	236

Publicazioni Studi per la Pace

www.studiperlapace.it

3.3.2.1.	I fatti	236
3.3.2.2.	L' <i>iter</i> processuale del caso Erdemovic	239
3.3.2.3.	Le statuizioni dell' Appeals Chamber sull'applicabilità della defence di duress ai crimini di guerra e contro l'umanità	252
3.4.	Conclusioni sull'ambito di applicazione della defence di duress	264
4.	Gli ultimi sviluppi: lo statuto dell'International Criminal Court	269

Lorenzo Valtorta
Ordine del superiore e stato di necessità derivante da minaccia nel diritto penale internazionale

PUBBLICAZIONI
www.studiperlapace.it

CAPITOLO I

IL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

1. Introduzione. – 2. Lo sviluppo del diritto penale internazionale. – 3. Il problema delle fonti nel diritto penale internazionale. – 4. Il sistema di esecuzione del diritto penale internazionale.

1. Introduzione

Il diritto penale internazionale può ragionevolmente essere considerato come una disciplina nuova e complessa.

Disciplina nuova, trattandosi del prodotto di un processo evolutivo che solo recentemente ha raggiunto risultati ed ha statuito principi condivisi in modo pressoché unanime, ed essendo oggetto di un'evoluzione che, ancor oggi, non può dirsi conclusa. Disciplina complessa, in virtù dell'articolato sistema di fonti, sovrapposte e concorrenti, da cui trae origine, nonché in ragione del duplice sistema di esecuzione (diretta e indiretta) che lo caratterizza. Demandando ad un momento successivo l'analisi dei tratti di questa complessità, è opportuno analizzare preventivamente il processo evolutivo del diritto penale internazionale.

2. Lo sviluppo dinamico del diritto penale internazionale

2.1. Premessa

Il diritto penale internazionale si è sviluppato lungo due binari distinti e, al tempo stesso, paralleli. Da un lato, la sua crescita è stata sospinta dall'evolversi del pensiero giuridico che ha saputo superare concezioni a lungo dominanti e fortemente contrastanti con la nascita di un sistema di diritto penale internazionale. Dall'altro, la sua crescita è stata segnata, passo per passo, dagli impegni assunti e dalle istituzioni originate dagli Stati, nell'intento di vietare determinate condotte criminose e di punirne gli eventuali autori.

Quelle che potremmo rispettivamente definire “la dinamica del pensiero giuridico” e “la dinamica storica” si sono districate parallelamente nel tempo, ma con ritmi e con una spinta innovativa non sempre di pari intensità.

Come chiavi di lettura, nonché come momenti fondamentali, di questi due percorsi evolutivi si può evidenziare come la *dinamica del pensiero giuridico* abbia superato i limiti derivanti da una stretta interpretazione del principio di sovranità dei singoli Stati e sia approdata a una definizione del concetto di responsabilità penale individuale di diritto internazionale, e come *la dinamica storica* sia, invece, passata attraverso la definizione e il divieto delle condotte che costituiscono

crimini internazionali ed attraverso l'istituzione degli organi giurisdizionali competenti a giudicare in ordine alle relative violazioni.

Si è precedentemente accennato al fatto che le due dinamiche non hanno sempre avuto un'eguale forza innovativa. Si avrà infatti modo di sottolineare come, talvolta, in occasione di determinati accadimenti storici (come ad es. i processi di Norimberga e Tokyo), non ci fosse una precisa corrispondenza tra i principi, ivi affermati ed applicati, e il livello di teorizzazione degli stessi da parte della dottrina prevalente. Allo stesso modo, peraltro, seppur nella prospettiva inversa, è accaduto che di fronte alle mature istanze della dottrina internazionalistica (e al diffuso sentire collettivo), la nascita delle istituzioni necessarie apparisse tardiva e che i principi generalmente condivisi non trovassero concreta applicazione.

Le ragioni di queste discrasie e di tali alterne vicende possono essere comprese solo attraverso un'analisi congiunta dei due fattori dinamici.

2.2. La Comunità internazionale degli Stati e le sue leggi

La nozione di diritto internazionale, nella sua accezione moderna inizia a svilupparsi in coincidenza con l'affermarsi della moderna figura di Stato che, sorta dalle rovine del pluralismo istituzionale medioevale, trova la sua compiuta espressione nelle monarchie assolute dei secoli XVII e XVIII.

In tale fase iniziale, e per lungo tempo, le dottrine e le politiche internazionalistiche hanno risposto esclusivamente a problemi ed esigenze di un particolare gruppo di soggetti: gli Stati.

Non casualmente, invero, con il termine comunità internazionale si è sempre fatto riferimento alla comunità dei governanti e non dei governati, all'insieme di Stati-organizzazione e non di Stati-comunità, ad una società costituita da un insieme di soggetti originari e sovrani.

Una siffatta comunità, che presenta i connotati di una società paritaria, può essere regolata, in mancanza dei presupposti giuridici e istituzionali per una produzione eteronoma delle regole di comportamento, soltanto dal principio dell'autonomia. Esso, infatti, è l'unico strumento idoneo a produrre regole precettive vincolanti per soggetti *superiores non recognoscentes*, in quanto prevede la partecipazione degli stessi destinatari delle norme alla formazione delle norme medesime, che saranno tenuti ad osservare.

In tale campo il principio di autonomia si estrinseca in due strumenti normativi fondamentali che sono la *consuetudine* e l'*accordo*, ove la prima, costituita da un comportamento costante ed uniforme accompagnato dalla convinzione della obbligatorietà del comportamento stesso, si differenzia dal secondo per il carattere generale delle regole che da essa traggono origine. Tali regole invero si rivolgono a tutti i soggetti, anche a quelli che eventualmente non abbiano partecipato al procedimento formativo, mentre quelle di origine convenzionale hanno efficacia tra i soli soggetti stipulanti.

Avendo presente tale quadro di riferimento, è comprensibile come il primo ostacolo frappostosi alla formazione di norme di diritto internazionale penale sia stata la presunta inidoneità delle stesse a vincolare i comportamenti individuali. In tale prospettiva, infatti, le norme di diritto internazionale si rivolgono unicamente agli Stati-organizzazioni e sono idonee a dettare norme prescrittive circa i comportamenti da questi tenuti, ma non sono in grado di raggiungere i singoli individui, che degli Stati sono sudditi e ai quali solo gli Stati d'appartenenza, in virtù della propria *sovranità*, possono imporre o vietare determinate condotte.

Il superamento di questo limite fondamentale, per il raggiungimento di un sistema normativo che a livello internazionale si occupi delle condotte dei singoli individui e delle relative conseguenze giuridiche, è stato il risultato di un lungo processo evolutivo. Tale processo evolutivo, che ha preceduto la nascita di un diritto penale internazionale e di una giustizia penale universale, da un punto di vista storico è segnato dal succedersi di periodi distinti, caratterizzati da differenti spinte motivazionali e da diversi obiettivi. Possiamo in proposito distinguere almeno quattro momenti fondamentali: un primo periodo, che intercorre tra la metà del XIX Secolo e la prima guerra mondiale; un secondo periodo, che si interpone tra le due guerre mondiali; un terzo, che si pone dalla fine della seconda guerra mondiale fino alla guerra fredda; infine, un quarto periodo, che dalla fine della guerra fredda giunge fino ai nostri giorni.

2.3. Dalla metà del XIX Secolo alla prima guerra mondiale

Durante la seconda metà del XIX Secolo l'attività di produzione normativa convenzionale di diritto bellico si incrementò in modo esponenziale. Con essa gli Stati contraenti precisavano e fissavano per iscritto le norme che gli stessi riconoscevano essersi già formate a livello consuetudinario.

Tali norme, da taluno definite come “diritto internazionale umanitario dei conflitti armati”, erano volte a tutelare le vittime della guerra, a limitarne le conseguenze disumane e a costruire una dimensione giuridica della guerra stessa.

Tra i trattati più significativi di questo periodo si possono ricordare:

- la Dichiarazione di Parigi sulla guerra marittima del 16 aprile 1856;
- la Dichiarazione di Pietroburgo sulla limitazione dell'uso dei proiettili esplosivi, del 1868, con la quale, vietando l'uso di proiettili esplodenti di peso inferiore a 400gr., si intendeva impedire inutili sofferenze alle vittime;
- le Convenzioni sugli usi e le leggi di guerra della Prima Conferenza di Pace dell'Aia del 1899 e le 14 Convenzioni sugli usi e le leggi di guerra della Seconda Conferenza di Pace dell'Aia del 1907. Tali convenzioni contenevano prevalentemente norme relative alla condotta delle operazioni militari anche se, soprattutto nel preambolo della Quarta

Convenzione, erano espresse alcune norme umanitarie che anticipavano in molti aspetti le Convenzioni ginevrine;

- le Convenzioni di Ginevra, la prima delle quali fu firmata il 22 Agosto del 1864 (per poi venir rinnovata nel 1906, nel 1929 ed, infine, nel 1949). Esse rappresentano uno dei primi esempi di codificazione degli strumenti di *humanitarian law*. Fra i principi fondamentali su cui esse si basano vi è la protezione dei feriti, indipendentemente dalla loro provenienza, e la neutralizzazione di tutte le persone coinvolte nell'aiutare i feriti (da ciò ebbe origine il movimento internazionale della Croce Rossa).¹

Tale produzione convenzionale consentì di affermare l'esistenza di alcune norme di diritto sostanziale consuetudinario tese a qualificare come crimini un certo numero di violazioni del diritto bellico.

È chiaro tuttavia come i maggiori sforzi, in questo contesto storico, fossero concentrati sul tentativo di creare solide basi giuridiche sulle quali fondare la responsabilità degli Stati, più che degli individui.

Fino al primo conflitto bellico mondiale, insomma, l'attività diplomatica continuò ad essere esclusivamente rivolta allo *jus belli* degli Stati, senza prendere in considerazione la possibilità di prevedere anche una responsabilità penale individuale di diritto internazionale.

¹ I testi completi di questa convenzioni possono essere consultati in BASSIOUNI, *International Criminal Law Convention*, pp.289 e ss.

Fu, comunque, proprio sul finire del XIX Secolo che emersero i primi contorni, sia pur sfumati, dei crimini internazionali e, in particolare fu grazie alla vasta attività convenzionale di diritto bellico, che la dottrina si trovò obbligata a risolvere il nocciolo duro del problema del diritto internazionale penale: la diretta applicabilità delle norme di diritto internazionale agli individui.

In una comunità formata da Stati-organizzazione non sembrava infatti potervi essere posto per una responsabilità degli individui, ai quali non era riconosciuta all'interno della stessa comunità alcuna soggettività. L'attribuzione di diritti e obblighi agli individui sulla base di norme di diritto internazionale generale avrebbe potuto erodere il concetto stesso di sovranità nazionale ponendo le premesse per il riconoscimento di limiti giuridici, imposti da fonti eteronome, alle potestà statuali nei confronti degli stessi sudditi dello Stato.

Le prime risposte della dottrina internazionalistica, soprattutto nei paesi di *civil law*, furono unanimemente negative, comprensibilmente rivolte a contenere i primi deboli tentativi di dare effettività ad un sistema internazionale di giustizia penale e ad evitare la nascita e lo sviluppo di una rivoluzione ideologica culturalmente non condivisa dall'opinione allora dominante.

Così si può citare, esemplificativamente, Levi, che nel 1929 affermava:

*“L’inesistenza di un diritto internazionale penale deriva anche dal vigore del sillogismo: il diritto internazionale fonda obbligazioni solo tra gli Stati, le norme penali regolano la condotta degli individui, quindi se la norma è penale non è internazionale, o viceversa”*².

Non stupisce dunque che, negli anni antecedenti la seconda guerra mondiale, solo pochi studiosi condividessero le istanze dirette alla creazione di un sistema di giustizia penale internazionale. L’opinione dominante, sul versante penalistico, è perfettamente sintetizzata dal Manzini:

*“Una norma di diritto internazionale non può mai considerarsi obbligatoria per i soggetti di uno Stato e correlativamente non si può avere un reato contro il diritto internazionale. Il designare come delicta iuris gentium quei reati che sono repressi dalla maggioranza degli Stati equivale a rievocare un fantastico diritto naturale...(ossia) affermare l’esistenza di reati naturali”*³.

2.4. Tra le due guerre mondiali

Subito dopo la fine della prima guerra mondiale, la Commissione sulla Responsabilità degli Autori della Guerra e sulla applicazione delle sanzioni per le Violazioni delle leggi e degli usi di Guerra⁴, istituita il

² LEVI, *In tema di diritto internazionale*, in *Riv.Dir.Int.*, 1929, p.4.

³ MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano secondo il codice del 1930*, vol.I, 1933, p.137.

⁴ *American Journal of International Law*, 1920, vol.14, p. 95.

25/1/1919, nell'ambito della Conferenza di Pace di Parigi, propose l'istituzione di un Tribunale Speciale Internazionale, dunque di un organo istituito *ad hoc*, al fine di giudicare (si noti bene!) *i cittadini* dei soli "Imperi Centrali" "*per le violazioni delle leggi di guerra e delle leggi dell'Umanità*".

La proposta tuttavia venne respinta. Si preferì fondare la Società delle Nazioni ed istituire un Tribunale Speciale Internazionale per giudicare il solo Imperatore Guglielmo II⁵, con l'accusa di violazioni contro la morale internazionale e contro l'intangibilità dei trattati, e, al contempo, istituire più tribunali militari competenti a giudicare tutti gli altri soggetti ritenuti responsabili di crimini di guerra.

Il *Kaiser*, però, non venne processato perché l'Olanda, ove questi si era rifugiato, ne negò l'estradizione. Alla domanda di estradizione rivolta dagli Alleati, l'Olanda rispose di non essere vincolata da un trattato di pace di cui non era firmataria e precisando che il proprio diritto interno non consentiva l'estradizione di un soggetto per la violazione di norme internazionali. Competente su tali violazioni, inoltre, secondo il governo olandese, avrebbe dovuto essere un tribunale internazionale imparziale. La posizione dell'Olanda non si modificò, nonostante le forti pressioni esterne. Era il 1920⁶.

⁵ Istituzione sancita nel *Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Germany*, Versailles 28/6/1919, art.227.

⁶ Per un'analisi ed un resoconto specifico della vicenda può consultarsi NAPPI, *Il processo all'ex Kaiser ed ai grandi delinquenti di guerra*, in *Riv.Dir.Proc.Pen.*, 1919, pp.81 e ss.

Gli Alleati avanzarono un'altra richiesta, questa volta nei confronti della Germania, per ottenere la consegna dei suoi ufficiali, ma essa rispose che non avrebbe dato esecuzione agli articoli del Trattato di Versailles relativi alla consegna dei cittadini tedeschi accusati di crimini di guerra, dichiarandosi tuttavia disposta a perseguire di fronte alla Corte Suprema di Lipsia coloro dei quali era stata richiesta l'extradizione. Per motivi eminentemente politici gli Alleati ritennero legittima la richiesta della Germania, riservandosi di valutare la buona fede della magistratura tedesca nell'applicazione della giustizia e astenendosi, conseguentemente, dall'intervenire nel procedimento.

Le persone accusate furono dunque giudicate dalla autorità giudiziaria tedesca: ci furono quasi 900 imputati, ma la maggioranza restò latitante e nulla si fece per arrestarli; solo 45 furono processati e la quasi totalità venne assolta. Solamente dodici persone furono ritenute responsabili di violazioni del diritto internazionale umanitario e condannati a pene mitissime, ben presto interamente condonate⁷.

Nel periodo in esame si ebbero inoltre tre eventi degni di nota.

- a) Nel 1920 fu istituito dalla società delle Nazioni un Comitato di giuristi per la Corte Permanente di Giustizia Internazionale, incaricato di redigere lo statuto di un siffatto organismo. Nel 1923, il Comitato raccomandò alla Società delle Nazioni la creazione di un'alta corte di giustizia internazionale competente a giudicare *“i delitti contro l'ordine pubblico internazionale e*

⁷ SOCINI, *Crimini e Criminali di Guerra*, in Nss.Dig.It., 1964, Vol. V, p.6.

contro la legge universale delle nazioni”, ma la proposta è respinta perché giudicata prematura.

- b) Nel 1928 venne stipulato il Trattato Generale di Rinuncia alla Guerra come Strumento di Politica Nazionale.
- c) Nel 1935, da una ricerca ormai nota come la *Harward Research*⁸, venne rilevata l’esistenza, pressoché comune a tutti gli Stati e dagli stessi reciprocamente riconosciuta in via consuetudinaria, di quattro criteri di giurisdizione extraterritoriale. In base ad essi uno Stato può affermare la propria giurisdizione su di un singolo fatto, ovunque questo sia stato commesso, anche al di fuori dei confini nazionali:
- 1) sulla base delle conseguenze verificatesi al suo interno, per un fatto commesso al suo esterno (principio di territorialità);
 - 2) sulla base della nazionalità e/o della residenza dell’autore del reato (principio di nazionalità);
 - 3) sulla base di un pericolo cui un fatto commesso al suo esterno espone gli interessi vitali per la sua integrità (principio di protezione);
 - 4) sulla base della nazionalità della persona offesa (principio della personalità passiva).

La *Harward Research* individuò, inoltre, un ulteriore criterio di collegamento tra la giurisdizione penale di uno Stato e i fatti commessi

⁸ *Harward Research in International Law, Jurisdiction with Respect to Crime*, in *29 American Journal of International Law*, supp.1935, p. 435.

al suo esterno, chiamato *principio di universalità*, basato sulla particolare gravità di determinati reati, che qualunque Stato aveva diritto di perseguire, ovunque commessi. Si faceva riferimento a reati particolarmente efferati, idonei a turbare la coscienza dell'individuo medio e, quindi, collegati a qualsiasi comunità territoriale.

Il principio dell'universalità della giurisdizione penale, tuttora vigente, copre l'area dei c.d. *crimina iuris gentium*, cioè dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, i quali, dall'Accordo di Londra del 1945, sono solitamente distinti, secondo una tripartizione, in crimini di guerra, crimini contro la pace e crimini contro l'umanità⁹.

2.5. Dalla seconda guerra mondiale alla guerra fredda

L'Accordo di Londra, stipulato da Stati Uniti, Gran Bretagna, Unione Sovietica e dal governo provvisorio francese, e denominato *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, istituì il tribunale di Norimberga e rappresentò un significativo punto di evoluzione per il diritto penale internazionale convenzionale.

Le tragiche ferite inferte dalla seconda guerra mondiale all'umanità riproposero con forza il tema di una giustizia penale internazionale. Al termine del conflitto, infatti, fu promulgata la Carta del Tribunale

⁹ Vedi CONFORTI, *Diritto Internazionale*, 1997, p. 205

Militare Internazionale¹⁰, annessa al trattato di Londra del 8 luglio 1945. Con essa venne creato il Tribunale Militare speciale Internazionale, avente sede a Norimberga, competente a giudicare i cittadini delle nazioni sconfitte in guerra i quali si fossero macchiati di crimini contro la pace, crimini di guerra o di crimini contro l'umanità.

L'anno successivo (1946) venne promulgata la Carta di Tokyo¹¹ con la quale si istituì il Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente.

Nella *Charter of the International Military Tribunal, annexed to the London Agreement*, del 8 Agosto 1945 e, in modo simmetrico, nella *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, firmata a Tokyo il 19 Gennaio del 1946, sono raccolte disposizioni che regolano:

- a) la costituzione del tribunale (insediamento, presidenza, composizione, sedute, votazioni, *quorum*, assenze);
- b) la giurisdizione del tribunale (giurisdizione sulle persone e reati perseguiti, conseguente specificazione delle fattispecie di *crimes against peace, war crimes, crimes against humanity*);
- c) i principi generali applicati dal tribunale (responsabilità dei Capi di Stato e degli alti funzionari governativi, regime dell'obbedienza ad ordini superiori, procedimento in contumacia, regolamento di procedura);

¹⁰ *Charter of the International Military Tribunal*, meglio nota come *London Charter*. Il testo del trattato può essere consultato in BASSIUNI, *International Criminal Law Convention*, pp. 179-182.

¹¹ *Charter of the International Tribunal for the Far East*. Il testo completo può essere consultato in BASSIUNI, *International Criminal Law Convention*, pp. 193 e ss..

- d) la procedura per un giusto processo in favore degli imputati;
- e) i poteri del tribunale e la condotta processuale;
- f) il giudizio e la sentenza¹².

Ora, partendo dal presupposto che le norme dello statuto del tribunale di Norimberga hanno fatto da paradigma per la stesura dello statuto del tribunale di Tokyo e, di conseguenza, soffermando maggiormente l'attenzione sul primo che non sul secondo, è evidente che da alcune di tali norme si possono trarre indicazioni utili all'analisi dei singoli giudizi svoltisi di fronte alle due corti.

È indubbiamente un dato normativo fondamentale quello relativo alla competenza; quattro furono i capi d'accusa rivolti agli imputati, così suddivisi:

- *Count One: common plan of conspiracy and aggressive war*;
- *Count Two: crimes against peace*;
- *Count Three: war crimes*;
- *Count Four: crimes against humanity*.¹³

In particolare, può offrire un valida chiave di lettura delle risultanze processuali anche la specificazione che gli stessi statuti dei tribunali diedero dei reati perseguiti in quelle sedi.

Per *conspirazione e crimini contro la pace* intesero la direzione, la preparazione, lo scatenamento e lo svolgimento di una guerra d'aggressione o di una guerra in violazione dei trattati, delle garanzie e

¹² I testi dei due statuti possono essere consultati in BASSIUNI, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 1992, pp. 582 e ss. e pp. 612 e ss.

¹³ BASSIUNI, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 1992, p. 582

degli accordi internazionali, o la partecipazione ad un piano concertato, o ad un complotto, per il compimento di uno qualsiasi degli atti precedentemente elencati.

Furono considerati *crimini di guerra* la violazione delle leggi e delle usanze di guerra. Queste violazioni comprendono: l'assassinio, i maltrattamenti, la deportazione per lavori forzati, o per ogni altro fine, di popolazioni civili da o verso territori occupati, l'assassinio o maltrattamento di prigionieri di guerra o di naufraghi, l'esecuzione di ostaggi, il saccheggio di beni pubblici o privati, la distruzione immotivata di città e di villaggi o la devastazione non giustificata da esigenze militari.

Infine, vennero qualificati come *crimini contro l'umanità* l'assassinio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e tutti gli atti inumani commessi contro le popolazioni civili, prima o durante la guerra, o le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi, in esecuzione o in connessione con qualsiasi altro crimine rientrante nella competenza del tribunale.

È importante sottolineare il fatto che tanto lo statuto del tribunale di Norimberga, quanto lo statuto del tribunale di Tokyo, riconoscevano sostanzialmente, anche se non espressamente, l'esistenza di cinque principi regolanti la responsabilità penale individuale di diritto internazionale, i quali rappresentarono una vera svolta rispetto alle esperienze precedenti. Questi i principi:

- 1) Chiunque è responsabile, e punibile, per aver commesso atti che costituiscono crimini previsti dal diritto internazionale.
- 2) La responsabilità dell'autore di un atto, costituente un crimine internazionale, non è esclusa per il solo fatto che la legge nazionale non preveda la punibilità dell'atto stesso.
- 3) L'aver agito come Capo di Stato, o funzionario pubblico, non costituisce un'esimente o un'attenuante per l'autore dei suddetti crimini.
- 4) L'aver agito in esecuzione di un ordine del Governo o di un superiore non costituisce esimente, ma può essere considerata come circostanza attenuante se lo richiedono le esigenze di giustizia.
- 5) Ogni persona accusata di un crimine internazionale ha diritto ad un processo equo.

2.5.1. I processi

In esecuzione degli accordi e sulla base dei principi suddetti, a Norimberga furono processati 22 criminali di guerra nazisti.

Bisogna precisare che il Tribunale si occupava solo dei comportamenti tenuti dai vertici degli apparati governativi e di quelli militari, nonché degli istigatori di tali crimini.¹⁴

Dei 22 accusati, 15 furono condannati a morte per impiccagione, 3 furono condannati all'ergastolo e 3 furono assolti.

Le quattro potenze occupanti (Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti e Unione Sovietica) autorizzarono poi altri processi da istituire nelle rispettive zone di occupazione. Gli Stati Uniti fecero svolgere, sempre a Norimberga, altri 12 processi. Tali processi videro alla sbarra altri 177 imputati, tra i quali medici responsabili degli esperimenti sugli esseri umani, giuristi che avevano fornito la base giuridica giustificativa degli obiettivi ideologici nazisti, funzionari del ministero degli esteri tedesco che avevano sviluppato i piani di aggressione, industriali ed ancora molte altre figure che avevano collaborato attivamente col regime nazista. Di queste 177 persone, 35 vennero assolte. Altri processi si svolsero in altre zone della Germania occupata, così come nei paesi che avevano subito l'occupazione tedesca.

Il Tribunale di Tokyo, invece, si occupò di 25 criminali di guerra giapponesi, vertici politici e militari, i quali furono tutti condannati.

¹⁴ Il processo di Norimberga, da un lato, apertosi il 14 Novembre del 1945 e conclusosi il 31 Agosto del 1946, vide alla sbarra degli imputati i più alti gerarchi della Germania nazista (da Goering, numero due del regime dopo Hitler, a Hess, ufficialmente designato da Hitler come successore del Fuhrer, dopo Goering); nel processo di Tokyo, dall'altro lato, che si svolse tra il 3 Maggio 1946 e il 4 Novembre 1948, furono invece giudicate le più alte autorità civili e militari dell'Impero Giapponese (dal generale Hideki Tojo, Premier e ministro della guerra, a Kaya Okinori, ministro delle finanze).

Di essi, 7 furono condannati a morte, 16 all'ergastolo e 2 a pene detentive temporanee.¹⁵

Appare certo che, essendosi svolti i processi ed essendo state eseguite le sentenze, a Norimberga e Tokyo si affermò e si concretizzò per la prima volta il principio della responsabilità individuale per gli atti ritenuti inaccettabili dalla coscienza, e ancor più dal diritto internazionale.

Nello stesso periodo, sul versante della definizione delle condotte criminose, si susseguirono importanti convenzioni.

Il 9 Dicembre 1948 fu adottata la Convenzione sulla Prevenzione e la Punizione del Crimine di Genocidio¹⁶ e, in una prospettiva più ampia, venne adottata il 10 dicembre dello stesso anno la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo¹⁷. Nel 1949 vennero aperte alla firma le quattro Convenzioni di Ginevra, sul cui contenuto ci si è già brevemente soffermati.

Inoltre, dopo le vicende processuali di Norimberga e Tokyo si avviò una tendenza rivolta in modo chiaro alla formazione di una corte

¹⁵ Restano tuttora intatti i dubbi sulla imparzialità e sulla legittimità di quei giudizi. A fomentare perplessità in tal senso non sono solo le proteste indignate delle autorità tedesche e giapponesi, o la generica, seppur veritiera osservazione, che si trattò di tribunali imposti dai vincitori ai vinti, ma sono le parole contenute nell'opinione dissenziente del giudice indiano Pal che, votando per l'assoluzione di tutti gli imputati, evocò come tutte le nazioni avrebbero dovuto condividere le stesse responsabilità, in quanto alcuni dei crimini, che in quelle sedi si giudicarono, erano stati commessi anche dall'altro fronte. Un'eguale intensità ebbero anche le parole (rilasciate ad un autorevole quotidiano di New York) che pronunciò Henry Bernard, giudice francese del tribunale di Tokyo: "*Lo Statuto del Tribunale non era fondato su alcuna regola di diritto esistente nel momento in cui le infrazioni furono commesse*".

¹⁶ Il testo completo può essere consultato in BASSIUNI, *International Criminal Law Convention*, pp. 247 e ss..

¹⁷ Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n.217(III).

internazionale permanente. Diversi episodi ne sono esplicita testimonianza.

Nel 1947 la Francia propose formalmente, attraverso il proprio rappresentante presso la Commissione di Sviluppo del Diritto Internazionale (organismo delle Nazioni Unite), la creazione di una siffatta corte. Nel 1948 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite diede alla Commissione di cui sopra il mandato di studiare la possibilità dell'istituzione della Corte Permanente e di discutere una codificazione delle violazioni contro la pace e la sicurezza.

Questo clima di favore verso una la nascita di un sistema di giustizia penale internazionale mutò improvvisamente sul nascere della c.d. guerra fredda. Allo scopo pratico di evitare che i lavori della Commissione giungessero ad un risultato utile nel breve termine, vennero estrapolati dal mandato alla stessa conferito, prima, la definizione del crimine di aggressione e, quindi, l'elaborazione dello statuto della Corte¹⁸. Iniziò così un lungo gioco di rimandi che testimonia come, negli anni della guerra fredda, la carenza di volontà politica non si manifestò mai apertamente, ma attraverso il ricorso alla tecnica dilatoria della parcellizzazione, in capo a più commissioni, dei mandati per la redazione del testo. Questo metodo rese concretamente inutili tutti gli sforzi per raggiungere un risultato utile.

¹⁸ Affidati rispettivamente al Comitato per la Definizione dell'Aggressione e al Comitato sulla Giurisdizione Penale Internazionale.

2.5.2. Gli sviluppi successivi ai tribunali internazionali di Norimberga e Tokyo

È evidente come l'evoluzione del diritto penale internazionale dovesse passare, necessariamente, attraverso il superamento del limite rappresentato da una stretta interpretazione del principio di sovranità nazionale ed attraverso il riconoscimento della responsabilità individuale di diritto penale internazionale.

Furono proprio i processi di Norimberga e Tokyo a costringere la dottrina a discutere *sub specie juris* gli accadimenti. Da quel momento, in particolare nei paesi di *common law*, si andò sviluppando una dottrina che dalla legittimità di quei processi ha tratto la conseguenza dell'esistenza di un sistema di giustizia penale internazionale, inteso come idoneo a creare nel singolo individuo diritti e obblighi, senza necessità di mediazione da parte degli Stati¹⁹.

Diversa, però, fu la reazione nei paesi di *civil law*, i quali, pur non ripetendo nei perentori toni antecedenti la guerra un drastico rifiuto, non riconobbero come esistente un siffatto sistema. In Italia argomentava il Massa:

“La dottrina italiana, partendo da una visione realistica del problema, esclude i concetti di reato iuris gentium e di diritto penale internazionale. Infatti, a prescindere dal fatto che soggetti di diritto internazionale sono soltanto gli Stati...allo stato non esiste né la norma

¹⁹ BASSIOUNI, *International Criminal Law*, New York 1986/1987.

sanzionatoria di diritto internazionale, né l'organo giurisdizionale che tale norma possa applicare"²⁰.

Era il 1964. Nel 1962 Sperduti aveva chiaramente esplicitato le medesime perplessità affermando che:

“Si dice che oltre alle azioni umane proibite e punite da norme di diritto penale interno per esigenze di carattere internazionale, esistano azioni umane direttamente proibite dal diritto internazionale e che quest'ultima specie di azioni costituisce la categoria dei crimini internazionali. In realtà la società internazionale non è ancora dotata di organi attraverso i quali essa sia in grado di affermare la propria autorità sugli individui. Sono di nuovo gli stati ad agire sugli individui in virtù del rispettivo ordinamento interno, sebbene sulla base di norme entrate a far parte del diritto interno mediante processo di adattamento al diritto internazionale. Un fatto lesivo degli interessi dell'umanità e dunque della Comunità Internazionale dovrebbe essere punito con l'intervento di organi della stessa comunità. Il problema di una più soddisfacente teorizzazione dei crimini internazionali è strettamente legato ad uno sviluppo dell'organizzazione sociale internazionale, tale da comprendere organi di vera giurisdizione sopranazionale"²¹.

²⁰ MASSA, *Diritto penale internazionale*, in *Nss.Dig.It.*, vol. V, 1964, pp. 337 e ss.

²¹ SPERDUTI, *Enciclopedia del Diritto, Crimini Internazionali*, vol. XI, 1963, pp. 337 e ss.

Più possibilista appariva, nei confronti della problematica, Mantovani nel 1979:

“Non può ammettersi una giustizia penale internazionale fino a che il diritto penale internazionale non sia stato codificato, i reati internazionali e le relative pene non siano stati definiti da una legge anteriore al loro compimento e soprattutto non si arrivi a costituire un organo internazionale di giustizia penale per accertare i suddetti reati. Fuori dagli entusiasmi e dagli scetticismi non si può neppure negare che il diritto penale internazionale corrisponde a una diffusa esigenza morale dei popoli”²².

Nonostante i dissensi espressi dalla dottrina internazionalistica, soprattutto continentale, dev'essere trattato come un dato certo il fatto che il concetto di responsabilità penale individuale di Diritto internazionale emerse con forza dalle Carte di Norimberga e Tokyo.

Il Tribunale di Norimberga aveva precedentemente affermato che:

“I crimini contro il diritto internazionale sono commessi da uomini, non da entità astratte, e, solo punendo gli individui che commettono quei crimini, le prescrizioni di diritto internazionale possono essere fatte rispettare”.

²² MANTOVANI, *Diritto Penale*, 1979, pp. 859 e ss.

Senza voler analizzare gli aspetti tecnici caratteristici della responsabilità penale individuale di diritto internazionale, è opportuno interrogarsi su quali siano le possibili giustificazioni di una siffatta affermazione, sotto il profilo del pensiero giuridico.

È un dato fondamentale il fatto che i diversi sistemi penali del mondo riconoscano, tutti, il concetto di responsabilità individuale per la violazione di norme incriminatrici. Di conseguenza si può affermare che la responsabilità penale individuale è un principio generale del diritto sia secondo il diritto penale interno, sia secondo quello internazionale.

Ebbene, poiché la differenza tra diritto penale interno e diritto penale internazionale concerne essenzialmente la fonte, e non i principi generali del diritto applicabile, ne consegue che se il diritto internazionale accoglie il principio della responsabilità individuale, allora le norme che lo compongono sono applicabili anche ai singoli individui.

Evidentemente, il problema rimanda alla reale natura del diritto penale internazionale e al quesito se le sue fonti gli consentano di penetrare lo “scudo” della sovranità nazionale dei singoli Stati. A tale dilemma può, oggi, darsi una risposta positiva: le fonti di diritto penale internazionale consentono una simile penetrazione, secondo l’efficacia propria della specifica fonte normativa da cui derivano i precetti: convenzione, consuetudine o principi generali.

Se poi il diritto penale internazionale possa imporre tali prescrizioni normative direttamente, ovvero attraverso la mediazione degli Stati, è un problema diverso che riguarda le tecniche di esecuzione dello stesso.

Ma, al di là delle tecniche di esecuzione, negli statuti istitutivi dei due tribunali internazionali *ad hoc* per l'ex-Jugoslavia e per il Ruanda si trova sancito a chiare lettere il principio della responsabilità penale individuale (artt.7 e 23 dello statuto dell'ITCY e artt.6 e 22 dello statuto dell'ITCR)²³.

Altre affermazioni dello stesso principio si rinvencono nel Progetto del 1996 della Commissione di Diritto Internazionale per un Codice dei Crimini Contro la Pace e la Sicurezza dell'Umanità (art.2), nonché nello statuto dell'*International Criminal Court* all'art.25.

Queste affermazioni statutarie, unitamente all'evoluzione giuridica contemporanea, ampiamente dimostrano che sono oggi generalmente condivisi ed indiscussi, sia il principio della responsabilità penale individuale di diritto internazionale, sia il potere di quest'ultimo di dare esecuzione diretta, o indiretta, al principio stesso.

Quale dei due sistemi di esecuzione possa rendere più effettivo il funzionamento del sistema di diritto penale internazionale è problema reale ed attuale, così come l'importanza, a tal fine, della nascita di un organo giudicante permanente. Ma è proprio l'attualità di questi problemi, sui quali si interroga costantemente la dottrina

²³ Il testo degli Statuti può essere consultato in BASSIUNI, *International Criminal Law Convention*, pp. 251 e ss per l'ITCY e pp.258 e ss. per l'ITCR.

internazionalistica, che ci testimonia come l'esistenza di un sistema penale internazionale, che di tali problemi rappresenta un *pruis* logico, sia ormai un dato generalmente accolto, se non indiscusso, anche sotto il profilo del pensiero giuridico.

2.6. *Dalla guerra fredda ai giorni nostri*

Bisognava però attendere la fine della guerra fredda per ottenere una forte e definitiva accelerazione verso la nascita di un organismo giurisdizionale internazionale, permanente e competente in materia di crimini internazionali.

Nel 1989 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite compatta il mandato originario della Commissione per il Diritto Internazionale, richiedendo alla stessa di esaminare anche le questioni relative all'istituzione della Corte.

Dopo due successivi rinnovi del mandato²⁴, nel 1992, l'Assemblea Generale richiede alla Commissione la redazione di un progetto di Statuto della Corte.

Nel 1993 l'Assemblea conferma il mandato e fissa per il luglio 1994 il termine per ultimare il progetto.

Nel 1994, nel termine fissato, la Commissione conclude il progetto, lo trasmette all'Assemblea Generale e ne chiede l'invio ad una

²⁴ Risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n.45/51 del 20/11/90 e n.46/54 del 9/12/91.

Conferenza Diplomatica per l'approvazione²⁵. L'Assemblea Generale, tuttavia, non giudica del tutto idoneo il progetto e crea un Comitato Speciale per discutere nuovamente la questione e successivamente istituisce un Comitato Preparatorio²⁶.

Parallelamente ai lavori ufficiali, nel 1995, si riunisce a Siracusa una Conferenza Internazionale con oggetto l'esame del progetto del 1994. L'esito dei lavori è l'adozione del c.d. "Progetto Siracusa"²⁷.

Nel 1996 si rinnova il mandato del Comitato Preparatorio per gli anni 1997 e 1998. Il Comitato, grazie anche all'apporto contenutistico del "Progetto Siracusa", conclude positivamente i suoi lavori.

Il progetto viene direttamente trasferito alla Conferenza Diplomatica dei Plenipotenziari per l'istituzione della Corte Penale Internazionale, convocata a Roma dal 15 giugno al 17 luglio del 1998, su richiesta dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Il 17 luglio 1998 la Conferenza Diplomatica approva il progetto con 120 voti favorevoli, 7 contrari e 21 astenuti.

Lo Statuto della Corte, ivi approvato, viene quindi trasferito a New York, presso la Segreteria Generale delle Nazioni Unite ed aperto alla ratifica da parte degli Stati. È stato previsto che l'istituzione della Corte avverrà quando lo Statuto sarà ratificato da almeno 60 Stati. Attualmente

²⁵ Report of the International Law Commission on its Forty-Sixth Session, Draft Statute for an ICC, 2 maggio-22 luglio 1994.

²⁶ Risoluzione dell'Assemblea Generale delle N.U. n50/46 del 11/12/1995..

²⁷ Siracusa Draft. Il nome ufficiale del testo è: "1994 International Law Commission Draft Statute for an ICC with Suggested Modification by a Committee of Experts" ed è stato pubblicato nel 1998 dall'Association International de Droit Pénal.

lo Statuto è stato firmato da 140 Paesi, i quali con la firma hanno dimostrato l'intento di avviare i procedimenti interni di ratifica, ma entro il termine previsto per le ratifiche, i.e. il 31 dicembre 2000, solo 48 Stati hanno assolto tale compito²⁸. Tra questi figura l'Italia²⁹.

2.7. I tribunali ad hoc per la ex-Jugoslavia e per il Ruanda.

Le alterne vicende che hanno portato alla formazione dello Statuto dell'ICC non sono state le uniche rilevanti degli anni novanta.

Infatti, i due tribunali istituiti *ad hoc* per i crimini commessi nell'ex-Jugoslavia e in Ruanda hanno segnato un importante progresso ed hanno offerto un fondamentale contributo alla chiarificazione dei confini e dei contenuti del diritto penale internazionale. Entrambi sono stati istituiti con risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite: la risoluzione n. 827 del 25 maggio 1993 per l'ITCY e la risoluzione n. 955 del 8 gennaio 1994 per l'ITCR.

Ampie discussioni si sono svolte intorno alla legittimazione giuridica dell'attività istitutiva svolta in tali casi dal Consiglio di sicurezza. Ci si è interrogati in particolare su quale norma del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite si fondino le citate risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Secondo lo stesso Tribunale per l'ex-Jugoslavia,

²⁸ Dati forniti dagli organi di comunicazione delle Nazioni Unite, sito internet ufficiale <http://www.un.org>, aggiornati al febbraio 2002.

²⁹ L'Italia ha proceduto alla ratifica dell'Accordo di Roma, istitutivo della Corte penale internazionale, con legge 12 luglio 1999, n. 232, pubblicata in un supplemento ordinario n. 135/L alla *G.U.* 19 luglio 1999, n. 167, unitamente ad una traduzione non ufficiale del testo dello Statuto, a cui successivamente si farà riferimento nel citarne le disposizioni.

il fondamento dovrebbe rinvenirsi nell'art.41 della Carta, trattandosi di una misura atipica non implicante l'uso della forza, mentre, in dottrina, taluni ritengono preferibile ricondurre l'istituzione dei due tribunali all'art. 42 che disciplina le misure implicanti l'uso della forza³⁰.

Va ad ogni buon conto sottolineato anche il fatto che l'istituzione non ha suscitato alcuna contestazione d'ordine giuridico nella generalità degli Stati³¹.

Sotto il profilo della struttura, l'ITCY è composto da due camere di prima istanza, di tre giudici ciascuna, e di una camera d'appello di cinque giudici, che vi siedono a titolo individuale. Esso funziona in base ad uno Statuto, allegato alla risoluzione istitutiva del Consiglio di sicurezza, ed in base ad un Regolamento che lo stesso Tribunale si è dato.

Per quanto invece riguarda la competenza, lo Statuto elenca i crimini rientranti nella competenza del Tribunale. Si tratta: delle gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 (art. 2), delle violazioni delle leggi e dei costumi di guerra previsti dalla IV

³⁰ Sul tema vedi GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità*, 2001 p. 206

³¹ Ciò tuttavia non significa che l'istituzione dei due tribunali sia stata un meta raggiunta facilmente. Infatti, analizzando le vicende interne al Consiglio di sicurezza che portarono all'istituzione dei due tribunali ad hoc, emerge il carattere compromissorio che la duplice istituzione ebbe. In seno al Consiglio di sicurezza, gli Stati Uniti si erano dimostrati favorevoli ad un intervento armato per sedare i conflitti (nella ex-Jugoslavia), mentre altri Paesi, tra cui Russia e Cina si erano dichiarati contrari a qualunque tipo di intervento. Quando dagli Stati Uniti, dove nel frattempo l'idea di un intervento militare aveva perso parte del suo iniziale consenso, pervenne al Consiglio la proposta di istituire un tribunale per i crimini di guerra, Cina e Russia non si opposero, rappresentando quest'ultima una soluzione molto meno problematica rispetto ad un intervento militare e al tempo stesso, per quanto riguarda il governo di Pechino, un'occasione per migliorare la propria reputazione a livello internazionale nei confronti della questione dei diritti umani. Sul tema vedi NEIER, *La legge della guerra*, 1999, pp.173 e 174.

Convenzione dell'Aja del 1907 (art. 3), del crimine di genocidio (art. 4), dei crimini contro l'umanità (art. 5).

Struttura e competenza dell'ITCR sono state delineate sul modello di quelle previste per l'ITCY e, dunque, la specificazione delle une può considerarsi valida anche in relazione alle altre.

Attualmente, trascorsi quasi due lustri dall'istituzione, l'attività dei due tribunali può essere riassunta nei termini seguenti:

I) per quanto riguarda l'ITCY:

- 66 imputati sono comparsi di fronte al tribunale dal giorno della sua istituzione; di queste 66 persone:
- 20 sono attualmente allo stadio predibattimentale;
- 8 sono attualmente allo stadio dibattimentale;
- 1 è in attesa della sentenza,
- 15 sono state condannate in primo grado ed è in corso il giudizio d'appello;
- 11 hanno ricevuto una sentenza definitiva di condanna e sono state trasferite per scontare la pena:
- 5 sono state giudicate non colpevoli;
- 3 sono state prosciolte dai rispettivi capi d'accusa;
- 3 sono decedute.

Attualmente sono incriminate 80 persone, delle quali:

- 43 sono state arrestate e poste in custodia cautelare;
- 6 sono state arrestate e provvisoriamente rilasciate;

- 31 restano latitanti.

Fino a questo momento, quindi, sono state emesse 16 sentenze, definitive, in grado d'appello, e 15 sentenze di primo grado.

II) per quanto invece concerne l'ITCR:

- 58 persone, accusate di aver partecipato al genocidio in Ruanda, sono state arrestate. Tra queste vi sono *leaders* politici, *leaders* militari, alti funzionari di governo, ma anche altre figure come medici, uomini d'affari ed esponenti di spicco del mondo dei *mass-media*;

di queste 58 persone:

- 8 sono state condannate a pene detentive, 5 delle quali all'ergastolo. Di tali sentenze 3 sono definitive (tra le quali quella all'ergastolo dell'ex primo ministro J. Kambanda), mentre le altre sono in corso d'appello.
- 1 è stata prosciolta dalle accuse a suo carico;
- 8 sono attualmente sotto processo;
- 41 sono in attesa di processo³².

³² I dati riportati sono tratti dai siti web ufficiali dell'ITCY (<http://www.un.org/itcy>) e dell'ITCR (<http://www.un.org/itcr>), aggiornati al febbraio 2002.

3. Il problema delle fonti del diritto penale internazionale.

3.1. Le fonti del diritto penale internazionale complessivamente considerate

Nel paragrafo precedente abbiamo descritto il progressivo sviluppo del diritto penale internazionale. La formazione del diritto penale internazionale, come sistema giuridico, non può che essere stata il frutto di un'attività di produzione normativa. Il diritto penale internazionale è, infatti, un insieme di norme poste in essere da diversi formanti, gli stessi che, complessivamente considerati, costituiscono il sistema delle fonti del diritto penale internazionale.

Il sistema delle fonti del diritto penale internazionale si presenta articolato e complesso.

Gli elementi di complessità di tale sistema non derivano dal fatto che il diritto penale internazionale, quale branca del diritto internazionale, tragga origine da fonti diverse rispetto a quelle da cui scaturisce il diritto internazionale stesso. Le fonti del diritto penale internazionale, infatti, non solo sono le medesime del diritto internazionale, ma oltretutto operano secondo le stesse modalità³³.

A complicare l'approccio nei confronti delle fonti di diritto penale internazionale sono, piuttosto, la natura e le caratteristiche delle norme

³³ BASSIUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 1999, pp.1-5

che da questo sistema si originano, le quali, essendo norme di natura penalistica, presentano connotati peculiari.

Un ulteriore elemento di complessità, al quale è opportuno fare riferimento in via autonoma e preliminare, è legato alle difficoltà di coordinamento e di interpretazione delle norme che compongono il corpo del diritto penale internazionale. Infatti, il diritto penale internazionale è una disciplina costituita da aspetti penali e procedurali di diritto internazionale ai quali si affiancano aspetti sostanziali e procedurali di diritto interno³⁴.

Esistono quindi, tra i formanti del diritto penale internazionale, fonti di diritto internazionale e fonti di diritto interno; queste fonti, insieme considerate, sono tra loro complementari, anche se spesso si sovrappongono originando non poche difficoltà interpretative, derivanti dal coordinamento di norme che, essendo talune di formazione internazionale ed altre di matrice interna, presentano caratteristiche peculiari ed eterogenee³⁵.

Volendo a questo punto individuare quali siano le fonti del diritto penale internazionale, possiamo fare riferimento ad una serie di disposizioni. Si tratta delle norme, contenute negli statuti istitutivi dei

³⁴ Il giudice Cassese, in un'opinione individuale e dissenziente espressa nel giudizio della Appeals Chamber del Tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia nel caso *The Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, 7 ottobre 1997, IT-96-22, qualifica il diritto internazionale penale come "prodotto della decantazione progressiva dei concetti e delle regole penali interne", "frutto di una 'decantazione' ed 'amalgama' caratterizzata dalla sua unicità e differenziata dai diritti penali interni".

³⁵ BASSIUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 1999, pp.1-5

vari tribunali internazionali, con le quali gli stessi statuti disciplinano la legge applicabile da quella determinata corte.

In tal senso potremmo citare le norme, in materia di diritto applicabile, dello statuto del tribunale di Norimberga, dello statuto del tribunale di Tokyo, dello statuto dell'ITCY, dello statuto dell'ITCR, ed ancora, dello statuto dell'International Criminal Court.

Tra queste disposizioni, nell'indicazione delle fonti del diritto penale internazionale, è opportuno fare riferimento all'art.21 dello statuto dell'*International Criminal Court*, in quanto si tratta del dato normativo più recente. Così dispone la norma:

“1. The Court shall apply:

(a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence;

(b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict;

(c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.

2. The Court may apply principles and rules of law as interpreted in its previous decisions.

3. The application and interpretation of law pursuant to

this article must be consistent with internationally recognized human rights, and be without any adverse distinction founded on grounds such as gender as defined in article 7, paragraph 3, age, race, colour, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or other status. „³⁶

Il primo comma dell'art. 21 contempla innanzitutto (lettera a) l'applicabilità dello statuto stesso, e ciò risponde all'intento codificatorio con il quale è stato redatto lo statuto di Roma.

Quindi, prevede (lettera b) l'applicabilità delle fonti classiche del diritto internazionale: il diritto convenzionale dei trattati ed il diritto consuetudinario, seppure questo non sia menzionato espressamente in tali termini.

Alla lettera c), i principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, compresa, ove occorra, la normativa interna degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione sul crimine sono contemplati come una fonte indipendente, ma sussidiaria, rispetto alle altre.

Il secondo comma chiarisce invece che la Corte *può* prendere in considerazione la propria giurisprudenza. Ciò non corrisponde alla

³⁶ Il testo dello statuto dell'ICC, insieme ad ampie disquisizioni relative alla sua formazione e alla storia del diritto penale internazionale, può essere consultato in *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale*, a cura di REALE, 2000, oppure sul sito ufficiale delle Nazioni Unite (<http://www.un.org>).

regola del precedente a carattere obbligatorio di *common law*, ma piuttosto alla prassi continentale.³⁷

L'aspetto forse più innovativo riguarda il terzo comma, il quale dispone che l'applicazione e l'interpretazione del diritto deve essere compatibile con i diritti dell'uomo ed in particolare con i principi fondamentali di non discriminazione.

In tal modo lo Statuto sembra voler elevare i diritti dell'uomo al rango più alto delle fonti, anche se appare preferibile interpretare l'assunto, più semplicemente, nel senso di una conferma del ruolo e dell'importanza dei diritti umani nel diritto internazionale vigente.

Dalla lettura dell'art.21 appare inoltre evidente il fatto che le fonti del diritto penale internazionale siano le medesime del diritto internazionale; si tratta di una coincidenza che trova conferma nell'art.38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia³⁸. La norma in questione, infatti, prevede le stesse fonti menzionate dall'art.21; l'unica variante è rappresentata dalla lettera d) che richiama la dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni, come mezzo ausiliario per

³⁷ ASCENSIO, DECAUX et PELLET, *Droit International Pénal*, 2000, pp. 56-57.

³⁸ L'art. 38 dello statuto dell'International Court of Justice dispone infatti che: "1. *The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c) the general principles of law recognized by civilized nations; d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.* 2. *This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto*".

determinare le norme giuridiche. L'assenza di un simile riferimento nell'art. 21 è una di quelle peculiarità che caratterizza il diritto penale internazionale anche sotto il profilo delle fonti e, dunque, della produzione normativa. Infatti, le opere degli studiosi più illustri non potrebbero mai, nemmeno in via sussidiaria, essere fonte di norme penalistiche senza che sia violato il principio fondamentale del *nullum crimen sine lege*.

Abbiamo già precisato che i formanti del diritto penale internazionale, insieme considerati, possono essere qualificati come un sistema di fonti.

L'aspetto sistematico si lega indubbiamente al rapporto gerarchico esistente tra le stesse fonti. È, infatti, il rapporto gerarchico, che consente di comporre le fonti in un sistema e che domina l'operare dinamico delle stesse.³⁹ Ciò avviene anche nel diritto penale internazionale e la stessa formulazione linguistica dell'art.21 dello statuto *dell'International Criminal Court* consente di cogliere quale sia l'ordine gerarchico tra le fonti considerate.

La norma specifica, infatti, che la corte applicherà, in primo luogo, le norme contenute nello statuto istitutivo della stessa. In secondo luogo, nel caso in cui una particolare materia non sia disciplinata dallo statuto di Roma, l'ICC applicherà le norme, ad essa relative, contemplate in altri trattati internazionali. Laddove neppure il diritto internazionale convenzionale sia in grado di colmare la lacuna la corte guarderà al

³⁹ MARTINES, *Diritto Costituzionale*, VIII ed., 1994, pp.74.

diritto consuetudinario e, quindi, anche al *case-law* internazionale rilevante in materia⁴⁰. Infine, ove non esistano né norme scritte a livello internazionale, né norme consuetudinarie e non sia neppure possibile ricavare una regola applicabile dalla prassi giurisdizionale, allora la corte applicherà i principi generali ricavati dalla normativa interna dei vari sistemi giuridici mondiali. Un limite a questo ricorso è rappresentato dal fatto che i principi, così dedotti, non devono essere in contrasto con lo statuto e con il diritto internazionale.

Uno schema solo parzialmente simile è quello previsto dagli statuti dell'ITCY e dell'ITCR, nei quali si dispone che i due tribunali *ad hoc* sono competenti a giudicare sulle gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949, sulle violazioni delle leggi e dei costumi di guerra, sugli atti di genocidio e sugli altri crimini contro l'umanità. Ad eccezione del genocidio, del quale vengono indicati, sia pur genericamente, quali azioni lo concretizzino, di tutte le altre condotte criminose rientranti nella giurisdizione dei due tribunali non è data alcuna definizione e, dunque, le Corti, di fronte ad un caso concreto, altro non faranno che applicare le norme di diritto convenzionale e consuetudinario in materia. Il richiamo alle Convenzioni di Ginevra è espresso, ma è evidente, ad esempio, che nel giudicare un caso di tortura,

⁴⁰ La corte guarderà direttamente al *case-law* in quei casi in cui, data la particolare natura della materia, non sia possibile che su di essa si sia creata una regola consuetudinaria.

quindi di un crimine contro l'umanità, gli organi del tribunale faranno riferimento alla convenzione sulla tortura del 1984.⁴¹

Dopo aver valutato le fonti del diritto penale internazionale in chiave sistematica possiamo avanzare delle considerazioni relative a ciascun formante.

3.1.1. I trattati

I trattati rappresentano il *nocciolo duro* del diritto penale internazionale⁴². Rispetto alla consuetudine ed ai principi generali, i vantaggi legati alla produzione convenzionale sono evidenti: chiarezza, precisione, carattere esplicito a livello di interpretazione e, indubitabilità dell'impegno delle parti, in tema di esecuzione.

Bisogna tenere inoltre in considerazione che i trattati godono di un'alta legittimazione essendo necessario, in quasi tutti gli Stati, per la loro ratifica, un voto dell'assemblea legislativa.

Di maggior interesse è il fatto che i trattati, anche se non sono stati universalmente ratificati, possono contribuire alla chiarificazione del diritto esistente e possono costituire il punto di partenza per giungere ad uno sviluppo della consuetudine.

Lo strumento convenzionale presenta, tuttavia, dei limiti ad esso intrinseci: l'efficacia dei trattati è spesso limitata, da una lato, dal fatto

⁴¹ Si vedano in proposito gli artt. 2,3,4,5 dello statuto dell'ITCY e gli artt.2,3,4 dello statuto dell'ITCR. I testi completi dei due statuti possono essere consultati sulle pagine web dei siti ufficiali dei due tribunali (www.un.org/itcy e www.un.org/itcr).

⁴² BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 1999, pp.51

che gli stessi trattati si limitano a dettare dei principi ampi che non si prestano ad un'applicazione diretta e, dall'altro lato, dal fatto che gli Stati non contraenti non sono vincolate dalle convenzioni internazionali di cui non sono firmatari.

Per quanto concerne il primo profilo problematico, nell'ambito del diritto penale internazionale, solo una vasta opera di codificazione potrebbe ovviare a tale limite. Lo Statuto dell'ICC rappresenta il tentativo di creare un simile strumento, ed anche se esso precisa, all'art.6, che le sue definizioni del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra non valgono che ai fini dello statuto stesso, e, all'art. 10, che *“nessuna delle disposizioni del presente capitolo deve essere interpretata come limitante in qualunque modo quelli che sono le regole del diritto internazionale esistente o in formazione (...)”*, ebbene, ciò non toglie il fatto che le definizioni dello statuto possano avere una grande influenza nello sviluppo del diritto penale internazionale consuetudinario⁴³.

Per quanto invece concerne l'altro problema, concernente la vincolatività dei trattati stessi per gli Stati non contraenti, quello che sembrerebbe essere un argomento paradossale, data la natura specifica degli accordi internazionali quali fonti di diritto internazionale particolare, che come tali vincolano solo gli Stati-parte, è, invece, un tema di grande risalto ed importanza.

⁴³ ASCENSIO, DECAUX et PELLET, *Droit International Pénal*, 2000, pp. 60

Se fosse rigidamente interpretato il principio dell'efficacia vincolante solo tra gli Stati firmatari, considerando che il *nocciolo duro* del diritto penale internazionale ha origine pattizia, allora, in teoria, non si potrebbe ritenere legittimo l'intervento di soggetti terzi, a seguito di gravi violazioni, in quegli Stati che non abbiano preso parte alle Convenzioni istitutive degli obblighi umanitari. In altri termini, secondo questo orientamento, i cittadini di quegli Stati che non abbiano ratificato le convenzioni a tutela dei diritti umani nei conflitti armati non potrebbero incorrere nella violazione di alcun obbligo in materia.

In realtà, la recente prassi internazionale dimostra un'inversione di tendenza in merito; si è, in altri termini, messa in discussione la natura esclusivamente convenzionale delle norme di diritto umanitario⁴⁴. La stessa Corte Internazionale di Giustizia ha in più casi dichiarato la natura consuetudinaria delle norme in questione. Un esempio è stato fornito dal parere della Corte del 28 Maggio 1951, avente ad oggetto la Convenzione per la Prevenzione e la Repressione del Crimine del Genocidio, in cui si afferma che *“i principi della Convenzione sono riconosciuti dalle nazioni civili come vincolanti per gli Stati, indipendentemente da qualsiasi obbligo convenzionale”*.

Ciò significa che le Nazioni Unite ritengono che il genocidio metta sotto *shock* le coscienze del genere umano e che esso sia contrario alla legge morale ed allo spirito delle Nazioni Unite stesse; la Convenzione, quindi, sancisce dei principi riconosciuti dalle nazioni civili come

⁴⁴ ASCENSIO, DECAUX et PELLET, *Droit International Pénal*, 2000, pp. 62

obblighi per gli Stati anche in assenza di un vincolo convenzionale. Questo giustifica il motivo per il quale l'atto in questione sia ora diffusamente e correttamente considerato di diritto consuetudinario.

Volendo ricercare un'ulteriore conferma di quanto si è affermato nella recente prassi internazionale, si può far riferimento al Rapporto della Commissione di Esperti sul Ruanda, in cui si afferma che anche se lo Stato in questione non avesse ratificato la Convenzione per la Prevenzione e la Repressione del Crimine di Genocidio “*è ormai universalmente riconosciuto dalla Comunità Internazionale il carattere di jus cogens della norma che proibisce il genocidio[...]*”.

Si potrebbe, infine, far riferimento allo Statuto del Tribunale Penale Internazionale per la ex-Jugoslavia in cui si precisa che l'azione dello stesso debba esplicarsi esclusivamente nei confronti della violazione di norme di diritto internazionale umanitario “*which are beyond any doubt part of customary law*”.

Si può dunque ritenere che le regole di diritto internazionale umanitario, applicabili ai conflitti armati internazionali, siano espressione del diritto consuetudinario. Ciò soddisfa anche il principio del *nullum crimen sine lege* in quanto i tribunali internazionali vengono così ad applicare regole di diritto internazionale che sono, al di sopra di ogni possibile dubbio, parte del diritto consuetudinario.⁴⁵

⁴⁵ SIMMA, ALSTON, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, General Principles*, *Austr. Y.B.I.L.*, vol. 12, 1992, 82-108

Nel fenomeno appena descritto si può leggere una sorta di “*consuetudinarizzazione*” di alcuni principi fondamentali espressi nel diritto internazionale dei trattati. Questo processo consente di superare il problema relativo all’adesione di alcuni Stati, ma non di tutti, alle varie convenzioni internazionali e di applicare, quindi, le norme in esse contenute anche agli stati non firmatari.

Potrebbe, invece, essere descritto come “*crystallizzazione*” del diritto consuetudinario il fenomeno inverso⁴⁶. Si tratta di un fenomeno che, storicamente, ha interessato tutte le grandi regole che formano il blocco essenziale del diritto penale internazionale. Lo strumento attraverso il quale la *crystallizzazione* è stata posta in essere è l’accordo internazionale. In tal senso si possono menzionare la Dichiarazione di Parigi sulla guerra marittima del 1856, la Dichiarazione di Pietroburgo sulla limitazione dell’uso di proiettili esplosivi del 1868, le Convenzioni sugli usi e le leggi di guerra dell’Aia del 1899 e le Convenzioni di Ginevra del 1864 rinnovate nel 1906, nel 1929 ed infine nel 1949, le quali precisarono e fissarono per iscritto le norme di diritto bellico già formatesi a livello consuetudinario.

Furono i processi di Norimberga e Tokio ad offrire l’*imprimatur* per una seconda stagione di tale processo di *crystallizzazione*. Gli Statuti dei due tribunali, aventi origine convenzionale, avevano elencato per la prima volta, fissandoli in uno strumento internazionale, quali fossero i crimini contro l’umanità, contro la pace e i crimini di guerra, ossia quelle

⁴⁶ ASCENSIO, DECAUX et PELLET, *Droit International Pénal*, 2000, pp. 23-24.

condotte criminose che la comunità universale rigettava ed intendeva perseguire e punire, nonché il fondamentale principio della responsabilità individuale degli autori degli stessi crimini.

Dopo le statuizioni dei due tribunali, l'oggetto dell'attività convenzionale internazionalistica si focalizzò intorno alla definizione delle condotte criminose. A tale riguardo rappresentano degli episodi significativi la stipulazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di Genocidio, avvenuta il 9 dicembre del 1948, e, in tempi a noi più vicini, la stipulazione della Convenzione contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 10 dicembre 1984.

3.1.2. Il diritto internazionale consuetudinario

La consuetudine internazionale è superiore al diritto convenzionale quanto a campo d'applicazione, essendo applicabile a tutti gli Stati.

Ad esso, tuttavia, manca la chiarezza e la certezza proprie del diritto convenzionale, le quali sono caratteristiche di importanza capitale in riferimento al principio fondamentale del *nullum crimen sine lege*.

La teoria del diritto consuetudinario ha subito nell'ultimo secolo un'importante evoluzione e si trova tuttora in corso di cambiamento⁴⁷. Come è noto, il diritto consuetudinario "classico" rappresenta il risultato di un'osservazione dei comportamenti effettivi tenuti dalla maggior parte degli Stati (*diurnitas*), divenuti consuetudine nel momento in cui si è

⁴⁷ ASCENSIO, DECAUX et PELLET, *Droit International Pénal*, 2000, p.61

avuta la convinzione da parte degli Stati stessi del carattere obbligatorio dei loro comportamenti (*opinio iuris ac necessitatis*).

Nella comunità internazionale attuale, è in particolare il concetto di *diurnitas* ad essere mutato: più che riguardare gli effettivi comportamenti degli stati, esso riguarda l'attività diplomatica degli stessi. Attualmente, non si va lontani dal vero col dire che il diritto consuetudinario deriva per lo più dalle dichiarazioni, più o meno ufficiali, degli Stati, dalla dottrina e, in modo ancor più sorprendente, dall'opinione pubblica⁴⁸.

Ciò consente di osservare un distacco, sorto nell'ambito dei diritti dell'uomo, del diritto internazionale dai comportamenti effettivi degli Stati. Ci si trova di fronte ad un diritto internazionale che, sulla scorta di una crescente opinione pubblica e delle dichiarazioni non sempre ufficiali degli Stati considera, certe condotte criminose come vietate dal diritto consuetudinario, con efficacia *erga omnes*, mentre molte di quelle stesse condotte non sono, nei comportamenti effettivi, praticamente osteggiate dagli stessi Stati.⁴⁹

È naturale chiedersi se questo mutamento debba considerarsi come un dato negativo. Una risposta può essere rinvenuta nella decisione dell'*Appeals Chamber* dell'ITCY nel caso *Tadic*; tale sentenza racchiude una vasta analisi della questione dei rapporti tra fonti convenzionali e consuetudinarie, nel diritto penale internazionale. La Corte evoca una ragione per la quale, in tema di diritti dell'uomo, è preferibile affidarsi

⁴⁸ DUPUY, *Coutume sage et coutume sauvage, la Communauté Internationale, Milanges offerts à Charles Rousseau*, 1974, pp. 75 e ss.

⁴⁹ ASCENSIO, DECAUX et PELLET, *Droit International Pénal*, 2000, pp. 60

più alle dichiarazioni ufficiali che non ai comportamenti effettivi: la difficoltà di ottenere il rispetto del diritto umanitario su un territorio. Queste le parole dell'*Appeals Chamber*:

*“Allorché si valuti la formazione delle regole consuetudinarie o dei principi generali, conviene rendersi conto che il carattere intrinseco di questo ambito si fonda essenzialmente su elementi quali le dichiarazioni ufficiali degli Stati e sulle decisioni giudiziarie”.*⁵⁰

Non è un azzardo affermare che la consuetudine si sia avvicinata concettualmente ai principi generali, essendosi rinunciato al requisito della pratica effettiva ed essendosi conferito centralità alle dichiarazioni ufficiali.⁵¹

3.1.3. I principi generali di diritto

Il carattere di fonte indipendente dei principi generali di diritto secondo l'art.21 dello Statuto dell'*International Criminal Court* non è più discusso. La lettera c) dello stesso art.21 non esprime un concetto nuovo: i *“principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”* erano stati riconosciuti come fonte del diritto internazionale dall'art. 38

⁵⁰ *Prosecutor v. Dusho Tadic, Case No. IT-94-1-AR 72, 2 October 1995, para.83*

⁵¹ A tal proposito si può notare come la stessa Corte d'appello dell'ITCY utilizzi le nozioni di principi generali e di diritto consuetudinario in modo praticamente intercambiabile.

lett. c) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia⁵², e già in base all'art. 15 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici di New York del 16 dicembre 1966⁵³, nonché dall'art. 7 n. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950⁵⁴, su tali principi risultava possibile fondare finanche la sussistenza di fattispecie di crimine internazionale non altrimenti previste⁵⁵.

Nuova è piuttosto l'ampiezza del loro utilizzo da parte dei costituiti e costituendi Tribunali penali internazionali, con un correlato esteso utilizzo della comparazione fra diritti penali⁵⁶.

⁵² In ordine alla esatta natura e valenza di tali principi generali sussiste un ampio dibattito che vede in campo le più diverse opinioni: si veda CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1995, 42 ss. In materia cfr. anche, fra i molti, LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londra, 1927; GAJA, *Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, 1986, 533 ss.

⁵³ Cui l'Italia ha dato attuazione con l. 25 ottobre 1977, n. 881, in supplemento ordinario alla G.U. 7 dicembre 1977, n. 333, ove è pubblicata anche una traduzione non ufficiale del trattato, in base alla quale il richiamato art. 15 dispone: «Nessuno può essere condannato per azioni o omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Nulla, nel presente articolo, preclude il deferimento a giudizio e la condanna di qualsiasi individuo per atti od omissioni che, al momento in cui furono commessi, costituivano reati secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni».

⁵⁴ Cui l'Italia ha dato attuazione con l. 4 agosto 1955, n. 848, in G.U. 24 settembre 1955, n. 221. L'art. 7 della Convenzione, "Nullum crimen sine lege", al n. 2 recita: «Il presente articolo non ostacolerà il giudizio o la condanna di una persona colpevole d'una azione o d'una omissione che, al momento in cui è stata commessa, era ritenuta crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

⁵⁵ E questo, d'altronde, costituisce fra l'altro un importante argomento a favore della competenza in certo senso retroattiva dei Tribunali penali internazionali *ad hoc*.

⁵⁶ Cassese, in un'opinione individuale e dissenziente espressa nel giudizio della Appeals Chamber del Tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia nel caso *The Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, 7 ottobre 1997, IT-96-22, qualifica il diritto internazionale penale come "prodotto della decantazione progressiva dei concetti e delle regole penali interne", "frutto di una 'decantazione' ed 'amalgama' caratterizzata dalla sua unicità e differenziata dai diritti penali interni".

Al riguardo si veda VIRGILIO, *Verso i principi generali del diritto criminale internazionale*, in ILLUMINATI, STORTONI, VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, Torino, 2000, 65 ss.

Infatti, laddove l'insieme delle fonti del diritto internazionale, relativamente ad una data materia, delinea un quadro normativo composto, da un lato, da poche linee portanti di norme pattizie – magari non omogenee fra loro – e, dall'altro, da uno scarso consolidamento di disposizioni consuetudinarie, si apre allora un ampio spazio riservato ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, con la conseguente attribuzione alla giurisprudenza internazionale di una funzione inevitabilmente primaria e di fatto creatrice di diritto.

Il ricorso ai principi generali comporta l'impiego diretto o indiretto di modelli o di istituti sviluppati in altri ordinamenti. Indiretto quando si creano norme giuridiche ispirate a disposizioni altrove vigenti; diretto quando si colmano lacune di un sistema giuridico con il richiamo e la valutazione comparatistica di principi generali di altri ordinamenti.

Il diritto penale internazionale sta percorrendo quest'ultima via con un'ampiezza, imposta dalle esigenze della sua rapida crescita, che non ha molti precedenti e che risulta ora in certa misura canonizzata dal disposto

dell'art. 21 dello Statuto della Corte penale internazionale⁵⁷, con il suo riferimento ai principi generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo come fonte terziaria del diritto applicabile dalla Corte⁵⁸.

Esiste inoltre un altro aspetto problematico derivante da un largo ricorso ai principi generali nel diritto penale internazionale. Da tale largo impiego dei principi generali di diritto conseguono prospettive un tempo impensabili, come la possibilità che norme internazionali, desunte dagli ordinamenti interni, possano trovare applicazione anche negli ordinamenti interni in deroga alle norme esistenti e con esse contrastanti. Ciò può accadere in ordinamenti che, come quello italiano, prevedono un

⁵⁷ *Statute of the International Criminal Court*, A/CONF.183/9, aperto alla sottoscrizione degli Stati in Roma il 17 luglio 1998, sottoscritto, alla data ultima prevista dall'art. 125 dello Statuto stesso, il 31 dicembre 2000, da 139 Stati, fra cui -in extremis- Stati Uniti d'America ed Israele. Entrerà in vigore il mese successivo al momento del deposito del sessantesimo strumento di ratifica. Sui lavori e sulle difficoltà incontrate dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite sull'istituzione di una Corte penale internazionale v. BASSIUNI (ed.), *The Statute of the International Criminal Court. A Documentary History*, New York, 1999; nonché DONAT-CATTIN, *Lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale: riflessioni a margine della Conferenza diplomatica dell'ONU*, in *La Comunità int.*, 1998, 703 ss. Sulla Corte penale internazionale cfr.: DEL VECCHIO, *Corte penale internazionale e giurisdizione internazionale nel quadro di crisi della sovranità degli Stati*, in *La Comunità internazionale*, 1998, 630 ss. Fra i primi commenti allo Statuto cfr. CASSESE, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, in *European Journal of International Law*, 1999, 144 ss; LATTANZI, SCHABAS. *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, 1999, 212 ss.; LATTANZI (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. I, Baden-Baden, 2000.

L'Italia ha proceduto alla ratifica dell'Accordo di Roma, istitutivo della Corte penale internazionale, con legge 12 luglio 1999, n. 232, pubblicata in un supplemento ordinario n. 135/L alla *G.U.* 19 luglio 1999, n. 167, unitamente ad una traduzione non ufficiale del testo dello Statuto, a cui successivamente si farà riferimento nel citarne le disposizioni. Sulla ratifica e sull'adattamento all'ordinamento interno in Italia cfr. BENVENUTI, *Italy, Implementation of the ICC Statute in National Legislation, Constitutional Aspects*, in C. Kreß, F. Lattanzi (eds.), *op. cit.*, 123 ss.

⁵⁸ Per un primo commento di tale importante disposizione si vedano gli scritti di McAULIFFE DE GUZMAN, in TRIFFETERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, 435 ss; e di CARRACCILO, *Applicable Law*, in LATTANZI, SCHABAS., *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, 1999.

adattamento automatico con rango di norme costituzionali ad ogni norma generale di diritto internazionale.

Tramite l'art. 10 della nostra Costituzione, che introduce un principio d'adattamento automatico, le norme internazionali generalmente riconosciute, fra cui rientrano i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, debbono, infatti, essere osservate anche all'interno del nostro ordinamento, con la conseguente illegittimità costituzionale di eventuali disposizioni legislative interne contrastanti. Il punto appare indiscusso, e la Corte Costituzionale ha avuto modo di confermarlo con riferimento ai “principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili”⁵⁹.

3.2. Alcune conclusioni

Non è senza una certa sorpresa che si constata come i tribunali internazionali siano riusciti, partendo da una regolamentazione incompleta, a produrre notevoli risultati attraverso l'applicazione del diritto penale internazionale. Sarebbe errato, tuttavia, ritenere che ciò sia stato possibile unicamente grazie all'applicazione del diritto esistente e non grazie ad uno sviluppo progressivo del diritto penale internazionale.

Così appare oggi che, cinquant'anni dopo la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, lo sviluppo di un diritto che regoli non

⁵⁹ Cfr. Corte Costituzionale, 18 aprile 1967, n. 48; e Corte Costituzionale, 8 aprile 1976, n. 69, entrambe in materia di limiti del principio del *ne bis in idem*, anche se in detti casi la Corte ha poi in concreto escluso la sussistenza di un contrasto della normativa interna con i principi generali di cui veniva invocata l'applicazione.

solo i diritti e i doveri degli Stati, ma anche e sempre più i diritti e i doveri degli individui su scala universale, è possibile attraverso mezzi tradizionali e generalmente riconosciuti, quali i trattati, la consuetudine ed i principi generali.

Emerge inoltre una sempre più ampia considerazione dei principi generali, sia di diritto nazionale sia di diritto internazionale, principi che fanno apparire un consenso tra i diritti interni, più o meno espresso, su quali siano i valori fondamentali della comunità internazionale.

In ciò risiede il più importante contributo del diritto penale internazionale al diritto internazionale generale.

4. Il sistema di esecuzione del diritto penale internazionale.

Abbiamo precedentemente avuto modo di osservare come il diritto penale internazionale abbia trovato, nelle vicende storiche che ne hanno conosciuto la concreta applicazione, due modalità possibili e distinte di esecuzione: quella diretta e quella indiretta.

Un sistema ideale e compiuto di *esecuzione diretta* dovrebbe comprendere non solo un organo giudicante, ma dovrebbe essere un sistema penale di giustizia costituito di tutte le componenti che si possono individuare nei sistemi di giustizia penale interni. Dovrebbe dunque contemplare gli strumenti idonei ad un'indagine, ad un procedimento, ad una decisione, a delle sanzioni e all'esecuzione delle stesse⁶⁰.

I Tribunali di Norimberga e Tokyo hanno rappresentato degli esempi di sistema di esecuzione diretta, ma essi restano dei precedenti isolati nella storia del diritto e nulla di simile è stato da allora ricreato. In tal senso è importante rilevare come lo stato di occupazione in cui si trovavano i paesi sconfitti, nei quali questi processi si sono posti in essere, abbia agevolato il superamento di alcuni degli ostacoli che si frapponevano, e tutt'oggi si frappongono, ad un effettivo sistema di esecuzione diretta (basti pensare all'utilizzo delle forze armate presenti sul territorio per eseguire gli arresti o per ricercare elementi d'indagine o di prova).⁶¹

⁶⁰ BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 1999, pp.185.

⁶¹ BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 1999, pp.187

Diversamente, l'istituzione dell'ITCY e dell'ITCR, avvenute rispettivamente nel 1993 e nel 1994, ad opera del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, non ha rappresentato una cessione volontaria della propria sovranità da parte degli Stati, in quanto essa è avvenuta nell'esercizio dei poteri riconosciuti allo stesso Consiglio di sicurezza dalla Carta delle Nazioni Unite. Inoltre, la competenza dei due tribunali è limitata sul piano geografico, su quello temporale e quanto all'oggetto.

Essi, dunque, non sono sistemi in grado di provvedere all'esecuzione diretta, perché si affidano agli Stati per arrestare e per ottenere la consegna delle persone accusate, per ricevere mutua assistenza giudiziaria e per dare esecuzione alle loro sentenze.

È opportuno sottolineare che, sebbene gli obblighi derivanti dall'ITCY e dall'ITCR siano giuridicamente vincolanti per tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite, l'effettiva esecuzione dei provvedimenti dei due tribunali è, tuttavia, subordinata all'adozione da parte del Consiglio di Sicurezza di apposite risoluzioni sanzionatorie⁶².

La Corte Penale Internazionale (ICC), che avrebbe potuto essere modellata sugli esempi di Norimberga e di Tokyo, è stata invece disegnata, similmente all'ITCY e all'ITCR, come un organo internazionale, istituito a mezzo di trattato, che è dotato di un meccanismo di esecuzione analogo a quello dei due tribunali *ad hoc*. Inoltre, gli obblighi

⁶² BASSIUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 1999, pp.187 e BASSIUNI, *Policy Consideration in Inter-State Cooperation in Criminal Matters, in procedures for a New Transnational Criminal Law*, A.Eser & O.Logodny eds., 1992

di cooperare con la Corte e di assisterla si rivolgono solo a quegli Stati che siano parti della convenzione che l'ha originata. La Corte si affida alle stesse modalità e tecniche di cooperazione inter-statuale predisposte, in materia penale, per dare esecuzione alle prescrizioni relative ai crimini internazionali. Queste modalità, sebbene indipendenti l'una dall'altra, costituiscono un insieme complementare e sono: l'extradizione, il trasferimento dei detenuti, il sequestro e la confisca dei proventi illeciti derivanti da reato, il riconoscimento delle sentenze penali straniere e il trasferimento dei procedimenti penali.⁶³

Contrariamente ai sistemi di esecuzione diretta, il sistema di *esecuzione indiretta* si affida ai sistemi giudiziari interni. Esso si fonda sul dovere degli Stati di procedere o estradare, *aut dedere aut iudicare*.

Sugli Stati grava il dovere di dare esecuzione, secondo il diritto interno, agli obblighi che derivano dal diritto penale internazionale⁶⁴.

Un tale dovere è subordinato, però, alla natura giuridica vincolante della fonte dell'obbligo. Pertanto, se l'obbligo deriva da un trattato, sia multilaterale, sia bilaterale, esso è giuridicamente vincolante, ma solo per gli Stati firmatari, mentre se scaturisce dal diritto internazionale generale, esso vincola tutti gli Stati. Sappiamo tuttavia che, nell'ambito del diritto penale internazionale, sono giunti ad un simile stadio di

⁶³ BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 1999, pp.188. e BLAKSLEY, *Comparing the ad hoc Tribunal for Crimes Against Humanity in the Former Yugoslavia and the Project for an International Criminal Court by the international Law Commission*, in *Rev. Int. Dr. Pén.*, 1996, p.139.

⁶⁴ BASSIOUNI & WISE, *Aut Dedere Aut Iudicare: the Duty to Prosecute or Extradite in International Law*, 1995.

sviluppo soltanto i crimini internazionali, i quali, considerati espressamente di *ius cogens*, attivano obblighi vincolanti per tutti gli Stati.

Tali crimini sono: l'aggressione, il genocidio, i crimini contro l'umanità, l'*apartheid*, i crimini di guerra, la pirateria, la schiavitù e la tortura.

Il sistema di esecuzione indiretta, come già accennato, dipende dalla *capacità* dei sistemi di giustizia penale interni di compiere indagini, arrestare, procedere e giudicare le persone accusate, che siano soggette alla loro giurisdizione, e di punire quelle ritenute colpevoli.

Questo sistema dipende, evidentemente, anche dalla *volontà* degli Stati di cooperare, in buona fede e in modo efficace ed imparziale, attraverso l'extradizione e la mutua assistenza giudiziaria, con quegli altri Stati che stiano svolgendo indagini o cercando di arrestare persone indagate o condannate.⁶⁵

In realtà, però, i fondamentali assunti sopra ricordati del *aut dedere aut iudicare*, restano tuttora qualcosa di inespresso nel diritto penale internazionale, non esistendo alcuna convenzione internazionale che imponga tali requisiti. Tale situazione può considerarsi lacunosa e addirittura sorprendente se si considera che, già nel 1626, Hugo Grotius aveva postulato un siffatto concetto, nei termini di *aut dedere aut punire*, come espressione di *civitas maxima*.⁶⁶

⁶⁵ BASSIUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 1999, pp.190-91.

⁶⁶ GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis*, lib.II, cap. XXI, sez. III e IV, in *Classic of International Law*, SCHOTT ed., 1995, p.526-29 (traduzione italiana in *Ind. Pen.*, 1996, p.241).

La massima *aut dedere aut iudicare*, nella quale taluni individuano dei doveri commutativi ed altri alternativi, pone gli Stati di fronte ad una scelta doverosa, obbligata. Eppure, sino a questo momento, non è stato riconosciuto con certezza che un tale dovere sussista per i crimini internazionali che non siano riportabili al livello di *ius cogens*.

Inoltre, uno dei principali problemi posti dal principio di *aut dedere aut iudicare* è relativo al fatto che esso risulta privo di un contenuto espresso.

Per adempiere in modo efficace a questi obblighi, gli Stati si affidano al diritto processuale internazionale che si basa su modalità e tecniche di cooperazione inter-statuale. Qualsiasi obbligo giuridico, tuttavia, è condizionato dalla misura e dal modo in cui queste modalità e tecniche di esecuzione sono state recepite nella rispettiva legge interna. Ne deriva che lo stesso obbligo di procedere o di estradare è subordinato a ciò che il sistema di giustizia penale interno di uno Stato consente, ed è in grado, di eseguire.⁶⁷

Ad ogni modo, le modalità di cooperazione inter-statuale, riprese anche nello statuto della ICC, sono quelle precedentemente menzionate, ossia:

- 1) estradizione;
- 2) mutua assistenza giudiziaria;
- 3) trasferimento dei detenuti;
- 4) sequestro e confisca dei proventi illeciti derivanti da reato;

⁶⁷ BASSIUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 1999, p.4 e p186.

- 5) riconoscimento delle sentenze penali straniere;
- 6) trasferimento dei procedimenti penali.⁶⁸

Le sei modalità citate sono il risultato di processi di elaborazione di diritto internazionale, di diritto regionale e di diritto interno. Il prodotto finale, tuttavia, differisce spesso nella tecnica e, talvolta, negli scopi, difettando così di specificità e di coerenza. Sarebbero necessarie sia un'integrazione di queste modalità, sia una opera di codificazione globale delle stesse, che, consentendone un uso tanto alternativo quanto cumulativo, ne garantiscano una maggiore efficacia.

Nella prassi si verifica però che pochi Stati compiono lo sforzo di utilizzare tutte le modalità di cooperazione esistenti, ed un numero ancora inferiore cerca di svilupparne di nuove⁶⁹.

Spesso i governi ritengono che i problemi in materia di estradizione e delle altre forme di cooperazione inter-statale derivino da approcci che tendono ad elevare le garanzie processuali della persona interessata, a scapito del procedimento. L'argomento non è del tutto privo di fondamento, ma il suo valore è limitato ad effetti occasionali e trascura quelle che sono le cause endemiche ed operative della problematica⁷⁰.

I lati deboli del sistema di esecuzione indiretta sono piuttosto legati al fatto che esso:

⁶⁸ Si vedano in proposito gli artt. 86, 88, 89, 90, 92, 94, 97, 101, 105 dello statuto dell'*International Criminal Court*. Il testo dello statuto dell'ICC, insieme ad ampie disquisizioni relative alla sua formazione e alla storia del diritto penale internazionale, può essere consultato in *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale*, a cura di REALE, 2000, oppure sul sito ufficiale delle Nazioni Unite (<http://www.un.org>).

⁶⁹ BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 1999, p197.

⁷⁰ BASSIOUNI, *Introduction to Proceedings of the International Conference on Extradition Held at International Institut of Higher Studies in Criminal Science*, in *Rev. int. dr. pén.*, 1991, nn.1-2

- impone agli Stati l'unico dovere di agire in conformità agli obblighi convenzionali;
- non prevede un controllo autoritativo degli Stati per assicurare l'aquiscenza;
- manca di un meccanismo per la composizione dei conflitti che insorgano fra gli Stati;
- non fornisce garanzie agli individui che siano oggetto di tali impegni di cooperazione tra Stati;
- è privo di un disegno globale universalmente valido;
- difetta di *standard* e di regole generali per l'elaborazione dei suoi divieti specifici;
- è privo di norme generali ed uniformi, applicabili alle disposizioni specifiche del sistema, per garantirne il rispetto da parte di coloro che si occupano dell'esecuzione⁷¹.

Tuttavia i problemi operativi, sebbene evidenti ed importanti, non rappresentano le cause più gravi dei problemi sistematici dell'esecuzione e dei meccanismi di cooperazione tra gli Stati. Molti Stati, infatti, privilegiano ancora trattati bilaterali e considerano l'extradizione e le altre forme di cooperazione come una conseguenza di questi trattati, la quale risente delle reciproche relazioni politiche. Così i governi riducono le barriere procedurali che si frappongono all'extradizione e alle altre

⁷¹ BASSIUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 1999, pp.205-06.

forme di cooperazione con le nazioni amiche, e le rafforzano con quelle nemiche.⁷²

L'extradizione e le altre forme di cooperazione divengono, quindi, processi di compromesso politico, mentre dovrebbero essere procedimenti giuridici, basati su di una *civitas maxima* internazionale, aliena da implicazioni politiche⁷³.

Da più parti si è levata la voce per un approccio, in funzione del quale le modalità in esame possano essere considerate parte di un processo giuridico internazionale integrato, oggettivo e politicamente neutro, in grado di rispettare gli *standard* internazionali di legalità e, al tempo stesso, la salvaguardia dei diritti umani nelle sue fasi giudiziarie ed amministrative.

È di fondamentale importanza comprendere, a tal fine, che la protezione dei diritti umani individuali non è, e non dovrebbe essere, in contrasto con l'efficacia del sistema.

⁷² BASSIOUNI, *Political Offende Exception*, 15 *Denv. J. Int'l & Pol'y*, 1987, p.255

⁷³ WISE, *Extradition: the hypothesis of a Civitas Maxima and the Maxim Aut Dedere Aut Iudicare*, in *Rev. Int. Dr.pèn*, 1997, p.109.

Lorenzo Valtorta
Ordine del superiore e stato di necessità derivante da minaccia nel diritto penale internazionale

PUBBLICAZIONI
www.studiperlapace.it

CAPITOLO II

L'ORDINE DEL SUPERIORE

1. Introduzione: le *defences* nel diritto penale internazionale. – 2. L'obbedienza all'ordine del superiore: il fondamento giuridico della *defence* e le posizioni della dottrina. – 3. L'ordine del superiore negli statuti e nei giudizi dei tribunali internazionali.

1. Introduzione: le *defences* nel diritto penale internazionale

Nel diritto penale internazionale, la terminologia giuridica prevalente è indubbiamente quella anglo-americana.

Il termine *defences* si presenta in tale contesto secondo una duplice accezione. Da un lato, in *senso ampio*, *defences* sono tutte le eccezioni che il collegio difensivo può sollevare durante un processo a carico del suo assistito.

In *senso stretto*, invece, il termine *defences* indica quell'insieme di cause che, se invocate e provate in sede giudiziale, possono condurre all'esonero dell'imputato dalla responsabilità penale.

Alle *defences* in senso stretto è dedicata una norma dello statuto dell'*International Criminal Court*, l'art.31, che è rubricato "*Grounds for excluding criminal responsibility*".

Prima di indicare quali siano le *defences* vigenti nel diritto penale internazionale, è opportuno premettere la considerazione che tali *defences*, quali *grounds for excluding criminal responsibility*, comprendono tanto quegli istituti che in alcuni ordinamenti interni rientrano nella categoria delle *excuse* (scusanti), quanto quelli che, in altri ordinamenti interni, rientrano nella categoria concettuale delle *justifications* (scriminanti).

Per comprendere quali siano le *defences* vigenti nel diritto penale internazionale occorre rivolgere lo sguardo al sistema delle fonti di tale branca del diritto internazionale. In particolare è opportuno soffermarsi su due formanti: i trattati ed i principi generali di diritto riconosciuti dai sistemi giuridici del mondo.

In realtà, per quanto concerne il diritto dei trattati, scorrendo gli statuti dei vari tribunali internazionali e le numerose convenzioni, si evince che, in tali atti di produzione normativa, le *defences* non sono quasi mai state oggetto di disciplina.

Soltanto la *defence* di obbedienza agli ordini superiori è stata, da Norimberga in poi, presa in considerazione in modo praticamente costante; essa riceve una disciplina nella Carta di Norimberga, in quella di Tokyo, nel Control Council Law No.10, nella convenzione sul genocidio e in altre fonti convenzionali.⁷⁴

⁷⁴ I testi di tali statuti e convenzioni possono essere consultati in A.A.V.V., *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law*, vol.II, part.1, 2000

Ad invertire questa tendenza, in ragione della quale oggi non potremmo rivolgerci al diritto convenzionale nella ricostruzione del quadro delle *defences* vigenti nel diritto penale internazionale, è intervenuto lo Statuto di Roma del luglio 1998, istitutivo dell'*International Criminal Court*.

L'importanza rivestita in tale ricostruzione dalle norme dello Statuto di Roma, data la loro unicità in materia, è evidente, anche se ancora oggi, l'ICC non è attiva. Lo Statuto stesso, infatti, non è ancora stato ratificato dal numero minimo necessario di Stati e le perplessità attorno alla effettiva nascita dell'*International Criminal Court* si sono di recente acuite in ragione delle resistenze manifestate dall'amministrazione Bush, la quale ha escluso la ratifica da parte degli Stati Uniti d'America.⁷⁵

È naturale interrogarsi sul valore esplicativo che possa attribuirsi ad una ricostruzione del quadro delle *defences*, vigenti nel diritto penale internazionale, fondata sulle norme dello statuto di una corte che non abbia raggiunto il numero sufficiente di ratifiche per entrare in vigore.

In realtà, lo Statuto dell'ICC, indipendentemente dallo stato attuale delle ratifiche, offre solide basi non solo argomentative, ma anche normative.

Dal punto dell'argomentazione giuridica è indubbio infatti che lo Statuto, anche se non ancora operante, rappresenti un ulteriore tassello nel processo di formazione del diritto penale internazionale. Non si può

⁷⁵ I dati relativi allo stato delle ratifiche possono essere consultati sul sito web ufficiale delle Nazioni Unite (<http://www.un.org>), nella sezione dedicata all'*International law*.

dubitare che la Carta firmata a Roma dai plenipotenziari sia il frutto di un grande lavoro giuridico e di un notevole sforzo codificatorio della materia in esame. In essa non solo è confluito il diritto penale internazionale fino allora conosciuto ed applicato, ma hanno trovato espressione normativa anche le linee evolutive dello stesso.

Per quanto riguarda l'aspetto normativo, invece, si deve tenere presente che, nel gioco dei formanti del diritto penale internazionale, i trattati rappresentano il c.d. *nocciolo duro* della materia; anche se non sono stati universalmente ratificati, i trattati possono non solo contribuire alla chiarificazione del diritto esistente, ma anche costituire il punto di partenza per giungere ad uno sviluppo della consuetudine.

La Carta approvata a Roma dalla conferenza dei plenipotenziari, infatti, ha sostenuto un rilevante sforzo codificatorio, non solo disciplinando il funzionamento della Corte ed offrendo una definizione chiara dei crimini rientranti nella sua competenza, ma procedendo altresì ad una codificazione della parte generale del diritto penale internazionale (artt.22 e ss.: "*General principles of criminal law*")⁷⁶.

Proprio nell'ambito di tali disposizioni normative (artt.31,32,33) si possono rinvenire gli elementi idonei a delineare il quadro delle *defences* generalmente riconosciute nel diritto penale internazionale.

Tali disposizioni prevedono:

Article 31: Grounds for excluding criminal responsibility.

⁷⁶ BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, 2000, p.217 e ss.

1. In addition to other grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute, a person shall not be criminally responsible if, at the time of that person's conduct:

(a) The person suffers from a mental disease or defect that destroys that person's capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct, or capacity to control his or her conduct to conform to the requirements of law;

(b) The person is in a state of intoxication that destroys that person's capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct, or capacity to control his or her conduct to conform to the requirements of law, unless the person has become voluntarily intoxicated under such circumstances that the person knew, or disregarded the risk, that, as a result of the intoxication, he or she was likely to engage in conduct constituting a crime within the jurisdiction of the Court;

(c) The person acts reasonably to defend himself or herself or another person or, in the case of war crimes, property which is essential for the survival of the person or another person or property which is essential for accomplishing a military mission, against an imminent and unlawful use of force in a manner proportionate to the degree of danger to the person or the other person or property protected. The fact that the person was involved in a defensive operation conducted by forces shall not in itself constitute a ground for excluding criminal responsibility under this subparagraph;

(d) The conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat,

provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided. Such a threat may either be:

- (i) made by other persons or*
- (ii) constituted by other circumstances beyond that person's control.*

Article 32: Mistake of fact or mistake of law

1. A mistake of fact shall be a ground for excluding criminal responsibility only if it negates the mental element required by the crime.

2. A mistake of law as to whether a particular type of conduct is a crime within the jurisdiction of the Court shall not be a ground for excluding criminal responsibility. A mistake of law may, however, be a ground for excluding criminal responsibility if it negates the mental element required by such a crime, or as provided for in article 33.

Article 33: Superior orders and prescription of law

1. The fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless:

- (a) The person was under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question;*
- (b) The person did not know that the order was unlawful; and*
- (c) The order was not manifestly unlawful.*

2. *For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful.*⁷⁷

Sulla base delle indicazioni derivanti da tali disposizioni normative possiamo tracciare un quadro delle *defences* vigenti nel diritto penale internazionale, il quale contempra:

- a) L'infermità;
- b) Lo stato di intossicazione;
- c) La legittima difesa;
- d) Lo stato di necessità derivante da minaccia o da altre circostanze;
- e) L'errore di fatto e l'errore di diritto;
- f) L'ordine del superiore gerarchico.

Se concentriamo l'attenzione sulle fattispecie del diritto penale internazionale ed in particolare sui crimini contro l'umanità, emerge immediatamente come non tutte le *defences* previste dallo statuto dell'*International Criminal Court*, così come non tutte quelle previste dai maggiori sistemi penali mondiali, siano concretamente applicabili a ciascuna fattispecie criminosa⁷⁸.

Tale indicazione, che possiede un'indubbia rilevanza nella ricostruzione dello schema delle *defences* in esame, dipende da due ragioni fondamentali.

⁷⁷ Il testo dello statuto dell'ICC, insieme ad ampie disquisizioni relative alla sua formazione e alla storia del diritto penale internazionale, può essere consultato in *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale*, a cura di REALE, 2000.

⁷⁸ MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello statuto della Corte Internazionale Penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000.

In primo luogo, se le cause di giustificazione di una condotta criminosa si fondano in larga misura sul principio del bilanciamento degli interessi, il riferimento a questo fondamentale canone difetta, invece, di fronte ai crimini considerati, perché i fatti contestati (genocidio, sterminio, eliminazione sistematica di intere comunità per ragioni razziali) non trovano, e non hanno storicamente mai trovato alcun controbilanciamento nell'interesse salvaguardato, che è solitamente assente o non paragonabile.

In secondo luogo, le ipotesi considerate non sono quasi mai generate da un pericolo imminente di un danno che sia grave quanto quello che si infligge commettendo un crimine contro l'umanità. In sostanza, manca la tradizionale situazione necessitante che potrebbe giustificare una reazione coartata o una difesa indispensabile al salvataggio proprio o altrui.

Le azioni nelle quali si concretano reati quali il genocidio, lo sterminio, gli stupri etnici o la schiavitù sessuale sono sempre punite a titolo di dolo intenzionale, proprio in quanto sono intrinsecamente caratterizzate da una preparazione crudele e meticolosa, da modalità d'esecuzione efferate, da un disprezzo calcolato dell'altrui persona. Sono inoltre azioni commesse in esecuzione di studiati piani di eliminazione e perpetrate su vasta scala.

In siffatti contesti non è dato individuare alcuna situazione necessitante e l'azione criminosa, dunque, è già intrinsecamente

incompatibile con situazioni che giustificerebbero il ricorso a *defences* quali la legittima difesa o lo stato di necessità⁷⁹.

Anche dal punto di vista storico, del resto, è possibile osservare come, a far data dal processo di Norimberga, le due più rilevanti eccezioni sollevate dai collegi difensivi circa la responsabilità penale degli imputati per crimini contro l'umanità, si siano basate sull'ordine del superiore, sullo stato di necessità derivante da minaccia (*duress*) e sull'alterazione della capacità di controllare la propria condotta e i processi di rappresentazione della realtà.

Nel proseguimento di questo studio concentreremo la nostra attenzione proprio sull'ordine del superiore e sullo stato di necessità derivante da minaccia.

Cercheremo di individuare quale sia il regime giuridico di questi due istituti per comprendere se essi possano o meno considerarsi, nell'ambito del diritto penale internazionale, come *complete defences*, in grado di esonerare dalla responsabilità penale un soggetto imputato per crimini di guerra, contro la pace o contro l'umanità.

⁷⁹ MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello statuto della Corte Internazionale Penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000.

2. L'obbedienza all'ordine del superiore: il fondamento giuridico della *defence* e le posizioni della dottrina.

Nel panorama del diritto penale internazionale, ed in particolare in materia di *defences*, è indubbio che l'obbedienza ad un ordine di un superiore abbia rappresentato un punto centrale di riflessione e di confronto tra culture e filosofie giuridiche eterogenee, capace di dividere le opinioni degli studiosi, oggi come in passato.

Ne è prova evidente non solo il fatto che, a far data dal processo di Norimberga, essa sia stata tra le *defences* più frequentemente eccepite dai colleghi difensivi, nell'ambito dei processi per crimini di guerra e contro l'umanità⁸⁰, ma anche il fatto che la questione relativa alla sua ammissibilità o inammissibilità non ha ricevuto risposte uniformi né dal divenire del diritto positivo né, più in generale, dalla dottrina giuridica.

Da un'analisi delle disposizioni normative che hanno disciplinato la *defence* in esame e della numerose opinioni espresse in dottrina, si può individuare una triplicità di orientamenti, sotto i quali pulsano diverse concezioni di filosofia del diritto.

Il *primo orientamento* è quello secondo il quale l'obbedienza agli ordini superiori scusa sempre il subordinato; tale orientamento propende,

⁸⁰ MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello statuto della Corte Internazionale Penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, p.261.

quindi, per l'incondizionata non punibilità del subordinato che esegua l'ordine illegittimo.

Secondo una simile prospettiva, gli ordini provenienti da un'autorità legittima sono per ciò stesso legittimi e, dunque, devono essere eseguiti. Chi li riceve non ha il diritto, e neppure il dovere, di sindacarne la legittimità; non può disobbedire e, pertanto, non può essere ritenuto responsabile per l'esecuzione dell'ordine stesso.

Ne deriva che, del reato che derivasse dall'esecuzione di un ordine criminoso, deve rispondere solamente il superiore che l'ha emanato.

È sottesa a una tale concezione una filosofia autoritaria dello Stato che presume l'assoluta legalità e legittimità di qualsiasi ordine provenga dall'autorità. Nella storia della filosofia del diritto, si ritrova un simile atteggiamento nel pensiero di Hobbes che, a tal proposito, scrisse⁸¹:

“Il re deve determinare ciò che è giusto e ciò che è sbagliato, e per questo motivo è erroneo l'argomento che (...) si sarebbe dovuto ubbidire al re solo nel caso in cui i suoi ordini fossero legali. Poiché prima della costituzione della pubblica autorità non esistevano legalità e illegalità, così come la loro essenza derivava da un comando, un'azione in sé non è né giusta né sbagliata. Legalità e illegalità derivano dalla legge del pubblico potere. Ciò che viene ordinato da un re legittimo è reso legittimo dal suo comando e ciò che egli proibisce è reso illegittimo dal suo proibirlo. Contrariamente, quando i singoli

⁸¹ HOBBS, *Elementa philosophica cive*, citato da KEIZER in *Military obedience*, 1978, pp.146-147.

cittadini pretendono loro stessi di giudicare ciò che è giusto e ciò che è sbagliato, essi vogliono rendersi uguali al re, contrastando la prosperità dello Stato. Il più antico dei comandamenti di Cristo dice: 'Non devi mangiare dall'albero della conoscenza del bene e del male'. Quando eseguo, perché ordinatomi, un'azione che è sbagliata per colui che me l'ha ordinata, non è il mio agire sbagliato, nel momento in cui colui che me l'ha ordinata è il mio maestro legittimo”.

Storicamente, con il consolidamento dei regimi democratici e l'accrescimento del ruolo della legge nelle società moderne, la tensione verso la legalità e la giustizia ha superato l'interesse per la pronta obbedienza e per la disciplina dei subordinati.

In questo periodo il problema della legalità degli ordini divenne centrale, suscitando importanti riflessioni di filosofia del diritto.

In uno Stato di diritto, infatti, l'autorità è subordinata alla legge e, dunque, anche l'obbedienza è subordinata alla legalità del comando. Ritroviamo tali principi nelle parole di Locke⁸²:

“La fedeltà non è altro che un'Obbedienza alla legge, se egli (il sovrano) la viola, egli non ha diritto di obbedienza, e nemmeno può reclamarla poi come persona pubblica investita con il potere della legge, e così egli deve essere considerato come Immagine, Spettro o rappresentante della Comunità e deve quindi agire attraverso il volere

⁸² Citato da KEIJZER in *Military obedience*, 1978, p.147.

della società, dichiarato dalla legge; quindi egli non ha Volere e Potere se non quello della legge”.

Nel solco tracciato da queste idee si sono sviluppati gli altri due orientamenti, normativi e dottrinali, circa la *defence* degli ordini superiori.

Il *secondo orientamento* è quello in ragione del quale l'obbedienza agli ordini superiori può scusare il subordinato, ma solo a determinate condizioni. Potremmo definire questa prospettiva come quella di una ammissibilità condizionata della *defence*.

In linea di principio, si afferma che gli ordini provenienti dall'autorità devono essere prontamente eseguiti, precisandosi inoltre che l'obbedienza è dovuta solo quando gli ordini stessi sono conformi alla legge. Laddove essi abbiano ad oggetto la commissione di un reato, il subordinato è, di regola, tenuto alla disobbedienza.

In realtà, questo secondo orientamento ha dato vita a disposizioni normative che, pur condividendo i principi di un'autorità subordinata alla legge e di un'obbedienza subordinata all'autorità, racchiudono delle *ratio* in parte eterogenee.

Consideriamo, a titolo esemplificativo, il §47 del codice militare tedesco e l'art.51 del codice penale italiano.

Il §47 del codice militare tedesco, che fu norma guida nei processi di Lipsia, prevede che:

*”Se l’esecuzione di un ordine militare porta alla violazione della legge criminale il superiore che ha impartito l’ordine sarà il solo responsabile. Comunque il subordinato che obbedisce condividerà la punizione se ha ecceduto l’ordine impartitogli o se avrebbe potuto rendersi conto che l’ordine concerneva un atto costituente reato civile o militare”.*⁸³

Tale disposizione esprime una regola generale secondo la quale, del reato derivante dall’esecuzione di un ordine illegittimo, risponde il solo superiore e, dunque, il subordinato è sollevato dalla responsabilità per il fatto commesso.

Questa regola generale subisce, tuttavia, un’importante eccezione: nel caso in cui il subordinato sapesse, o avrebbe dovuto sapere, dell’illegittimità dell’ordine eseguito, risponde del reato insieme al superiore.

Il quadro che ne deriva è, quindi, di una generale, ma non assoluta, ammissibilità della *defence*, la quale non può essere eccepita in determinate circostanze.

Diversamente, l’art.51 del codice penale italiano, che in virtù della legge 382/78 si applica anche ai reati militari, prevede che:

“L’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità.

Se un fatto costituente reato è commesso per ordine

⁸³ BASSIOUNI, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 1992 pp.421-422

dell'Autorità, del reato risponde il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.

Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo.

Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità”.

La regola generale che tale norma esprime è quella di una normale corresponsabilità del subordinato con il superiore gerarchico.

Infatti, dal momento che gli organi dello Stato sono subordinati alla legge, e non sono in alcun caso legittimati a violare le norme penali, l'ordine di commettere un fatto che costituisce reato non è vincolante e, di conseguenza, il subordinato che lo esegue non va esente da responsabilità.

L'ultimo comma dell'art.51 contiene un'eccezione alla regola ora indicata, nell'ipotesi in cui la legge non consenta al subordinato di sindacare la legittimità dell'ordine ricevuto. Questo divieto di sindacato si manifesta specialmente nei confronti dei militari ai quali è imposto, in modo particolarmente rigoroso, l'obbligo dell'obbedienza.⁸⁴

Tuttavia, quest'obbligo di obbedienza non è affatto incondizionato dal momento che l'art.4 della legge n.372 del 1978 ha espressamente

⁸⁴ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, quattordicesima ed., 1997, p.275

sancito il principio, già enunciato dalla dottrina, per cui l'obbligo medesimo cessa di fronte alla manifesta criminalità dell'ordine⁸⁵.

Pertanto, colui che esegue l'ordine manifestamente illegittimo non può eccepire la *defence* di obbedienza agli ordini superiori.

Ad ogni modo, nonostante il §47 del codice militare tedesco e l'art.51 del codice penale italiano esprimano delle scelte di politica legislativa in parte eterogenee, si deve tenere in maggiore considerazione il fatto che esse sono comunque espressione di un medesimo approccio alla *defence* in esame, la quale non può essere ammessa in modo generale ed incondizionato.

Il *terzo orientamento*, infine, è quello in virtù del quale l'obbedienza ad un ordine superiore non scusa *mai* il subordinato, ma può essere presa in considerazione ai fini di un'attenuazione della pena.

La *defence* è, quindi, ritenuta sempre inammissibile, senza alcuna eccezione o, in altri termini, l'obbedienza agli ordini superiori non può, in sé e per sé, costituire una *defence*; essa è solamente un elemento di fatto che *può* condurre a una mitigazione della pena.

⁸⁵ Prima del 1978, nell'ordinamento penale militare italiano, l'art.40 c.p.m.p. prevedeva la *normale responsabilità esclusiva* del superiore che ha dato l'ordine e la corresponsabilità dell'esecutore solo nel caso di esecuzione di un ordine manifestamente criminoso. L'art.22 della l. 382/78 sancisce l'abrogazione dell'art.40 c.p.m.p. espandendo la sfera di efficacia dell'art.51 del codice penale ai reati militari. L'art.51 c.p. sancisce, diversamente dall'art.40 c.p.m.p., la *normale corresponsabilità* di colui che esegue l'ordine illegittimo. La legge 382/78 segna un ulteriore ed importante passo in tema di obbedienza militare, sancendo all'art.4, comma 4, che "*Il militare al quale venga impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori*".

Questa prospettiva ha trovato espressione normativa, per la prima volta, nello statuto di Norimberga (art.8) e, successivamente, è stata riprodotta negli statuti degli altri tribunali internazionali (Tokyo, art.6; ITCY, art.7; ITCR, art.6), nonché in alcune importanti convenzioni, come quella sul genocidio.

L'art.8 dello statuto di Norimberga così dispone:

“Il fatto che l'accusato abbia agito in ossequio all'ordine del suo governo o di un superiore non lo esime da responsabilità, ma può essere preso in considerazione come circostanza attenuante, se il Tribunale accerta che ciò sia richiesto da motivi di giustizia”⁸⁶.

Tale orientamento appare evidentemente più rigido di quello analizzato in precedenza; è pertanto naturale chiedersene le ragioni.

La spiegazione più accreditata è quella che interpreta un simile irrigidimento della disciplina nell'ottica di un ampliamento della responsabilità di base,⁸⁷ posto in essere al fine di evitare, per i crimini perseguiti in quelle sedi (crimini di guerra, crimini contro la pace e contro l'umanità), che si verificchino fughe delle responsabilità verso l'alto.

⁸⁶ *Charter of the International Military Tribunal*, meglio nota come *London Charter*. Il testo del trattato può essere consultato in BASSIUNI, *International Criminal Law Conventions*, pp. 179-182 o anche in *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law*, AAVV, vol.I, Part 2.

⁸⁷ BASSIUNI, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 1992 pp.400.

Una seconda ragione è, invece, quella di aumentare l'efficacia deterrente, tenuto conto delle caratteristiche dei reati considerati.

Infatti, se si ha riguardo del fatto che tali crimini vengono commessi su vasta scala da una moltitudine di soggetti subordinati, allora si può ritenere che sollevare tutti costoro dalle proprie responsabilità, ammettendo la *defence* di obbedienza agli ordini superiori, non giochi a favore delle fondamentali finalità di prevenzione e deterrenza.

La mitigazione della pena, che discende direttamente, ma non automaticamente, dall'obbedienza agli ordini superiori testimonia la rilevanza giuridica non solo del fatto che il subordinato sia stato determinato ad agire dal suo superiore, ma anche di molti altri fattori che sono propri del contesto militare in cui i reati sono commessi. Appartengono, tra gli altri, a tali fattori, il fatto di aver agito per il timore di ricevere una punizione dal parte del superiore o per il timore di essere sottoposto a giudizio di fronte agli organi di giustizia militare. Ancora, possono essere valutati dal giudice ai fini della mitigazione della pena, l'abito mentale del soldato, improntato all'obbedienza ed alla disciplina, così come la particolare rigidità dell'educazione militare ricevuta dal subordinato⁸⁸.

I tre orientamenti fin qui descritti, rappresentanti tre diverse concezioni in tema di ammissibilità della *defence* di obbedienza agli

⁸⁸ Vedi Capitolo II, paragrafo 3.5.

ordini superiori, offrono indicazioni utili alla rilettura dell'intero sviluppo della *defence* medesima.

Nei paragrafi che seguiranno si cercherà di ripercorrere proprio l'evoluzione della *defence* dell'obbedienza agli ordini superiori tenendo come costante riferimento da un lato la disciplina che l'istituto ha ricevuto negli statuti dei tribunali internazionali e, dall'altro, le decisioni più significative in materia degli stessi tribunali.

3. **L'ordine del superiore negli statuti e nei giudizi dei tribunali internazionali.**

3.1. *Il periodo antecedente ed immediatamente successivo alla nascita del diritto penale internazionale.*

Gli studiosi non sono i soli a contribuire allo sviluppo della dottrina riguardante la difesa della obbedienza agli ordini superiori. Anche i tribunali militari e altre corti hanno contribuito all'avanzamento della dottrina della *defence* dell'obbedienza ad ordini superiori.

Forse la prima persona a sostenere la difesa degli ordini superiori davanti ad un tribunale fu Peter von Hagenbach nell'anno 1474⁸⁹.

Charles, Duca di *Burgundy*, nominò Hagenbach governatore dell'*Upper Rhine*, che includeva la città fortificata di Breisach. Sotto il comando di Charles, Hagenbach, con l'aiuto dei suoi seguaci, cercò di ridurre la popolazione di Breisach ad uno stato di sottomissione commettendo varie atrocità, tra cui omicidi, stupri, violenze e confische illegali.

Hagenbach alla fine fu imprigionato e accusato di avere “*calpestato le leggi di Dio e dell'uomo*”. Hagenbach inizialmente fece affidamento sulla difesa della “*obbedienza ad ordini superiori.*” Il suo avvocato affermò:

⁸⁹ SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts*, 1968, pp.462-466

“Hagenbach non aveva il diritto di discutere l’ordine che gli era stato ordinato di eseguire, e che era stato suo dovere obbedire. Non si sa, forse, che i soldati devono assoluta obbedienza ai loro superiori?”

Il tribunale respinse la linea difensiva di Hagenbach, ritenendolo colpevole e condannandolo a morte.

Un altro tentativo invocare la *defence* si ebbe in Inghilterra, dove nel 1660, dopo la restaurazione del re Carlo II, il comandante della guardia che aveva presieduto l’esecuzione di Carlo I, il Colonnello Axtell, fu accusato di tradimento e omicidio. Axtell si appellò al fatto di aver agito secondo ordini superiori, ma la corte respinse il suo appello in ragione del fatto che *“l’obbedienza ad un ordine illegale è per se stessa illegale”*.⁹⁰

In un caso americano del 1809, *United States v. Bright*⁹¹, la corte espresse chiaramente il suo punto di vista nella sentenza:

“In uno stato di guerra aperta e pubblica, dove prevale la legge militare, e la voce pacifica della legge militare è sommersa nel fragore delle armi, grande indulgenza deve necessariamente essere estesa alle azioni degli ufficiali subordinati, per gli atti compiuti nell’obbedienza agli ordini dei loro superiori. Ma nonostante ciò, l’ordine di un ufficiale superiore di togliere la vita ad un cittadino, o di invadere la santità della sua casa e di privarlo della sua proprietà, non potrebbe

⁹⁰ MCCOUBREY, *International Humanitarian Law*, 1990, p.219.

⁹¹ *United States v. Bright*, 24 F.Cas.1232 (C.C.D.: Pa.1809). No.14647.

proteggere l'inferiore dall'accusa di omicidio e di violazione dei diritti altrui nei tribunali regolari di questo Stato”.

Negli Stati Uniti si verificò un caso singolare durante la guerra del 1812.

Durante tale conflitto, il popolo degli Stati Uniti fu diviso negli atteggiamenti verso la guerra, e nel New England la marina degli Stati Uniti non era ben vista⁹².

Accadde che mentre la nave *Independence* era attraccata nel porto di Boston, un passante si rivolse con un linguaggio ingiurioso verso un marinaio di nome Bevans, il quale stava facendo la guardia alla nave. Bevans rispose puntando la sua baionetta verso l'uomo e facendo fuoco. Bevans fu accusato di omicidio e sostenne come difesa che ai marinai della *Independence* era stato ordinato di sparare a chiunque si fosse dimostrato irrispettoso nei loro confronti. Il processo si svolse davanti al giudice Joseph Story che istruì la giuria nel senso che tale ordine doveva essere considerato illegale e privo di senso, e che se dato ed eseguito, sia il superiore che il subordinato sarebbero stati colpevoli di omicidio; Bevans fu conseguentemente condannato⁹³.

Durante le guerre napoleoniche, una corte scozzese rifiutò la *defence* di obbedienza ad ordini superiori di un soldato che aveva sparato e ucciso un prigioniero francese. Nel caso di Ensign Maxwell, del 1813, la corte statui:

⁹² TAYLOR, *Nuremberg and Vietnam: an American Tragedy*, 1970, pp.43-44.

⁹³ *United States v. Bevans*, 24 F.Cas.1138 (C.C.D.: Mas.1816).No.14589.

*“Se un ufficiale dovesse comandare ad un soldato di andare per le strade e uccidere te o me, egli non sarebbe obbligato ad obbedire. Deve essere un ordine legale dato in riferimento alle circostanze nelle quali egli si trova; e perciò ogni subordinato ha una discrezione a disobbedire agli ordini contro le leggi conosciute dallo stato”.*⁹⁴

Un altro importante processo nello sviluppo della dottrina della *defence* di obbedienza ad un ordine del superiore fu instaurato nel 1866, dopo la guerra civile americana.

Al processo⁹⁵, l'imputato, il Maggiore Henry Wirz, fu accusato di aver commesso atrocità contro i prigionieri di guerra dell'*Union* presso la prigione di Andersonville. Wirz fu accusato davanti a una commissione militare composta da sei generali dell'*Union* e da due colonnelli. La commissione raccolse un'impressionante quantità di prove che mostravano che ai prigionieri dell'*Union* erano state date celle inadeguate, cibo inadeguato, ed acqua contaminata. Nonostante il generoso raccolto delle terre vicine, Wirz aveva allontanato gli agricoltori che offrivano aiuto. Inoltre, un corso d'acqua, che costituiva l'unica sorgente d'acqua, era stato contaminato non solo dai rifiuti umani, ma anche da cadaveri. Il risultato di simile attività fu che 14,000 prigionieri morirono prima della fine della guerra. Wirz si difese cercando di provare che il suo modo di amministrare il campo era conforme agli ordini del generale John H. Winder, l'ufficiale che era a

⁹⁴ BUCHANAN, *Reports of Remarkable Trias*, 1813, p.58.

⁹⁵ H.R. Execec.Doc.No.23, 40th Cong. 2nd Sess, p. 764.

capo di tutti i campi di prigionia della confederazione. La commissione lo dichiarò, *inter alia*, colpevole di omicidio, avendo violato le leggi e le usanze della guerra, e lo condanno all'impiccagione⁹⁶. Anche se non fu emessa nessuna sentenza formale, poiché si trattava di un processo militare, si può presumere che i giudici condividessero l'opinione espressa dal Presidente del Tribunale Militare, il quale affermò:

*“Un ufficiale superiore non può ordinare ad un subordinato di compiere un'azione illegale, e se il subordinato obbedisce ad un tale ordine e ne risultano conseguenze disastrose, sia il superiore sia il subordinato dovranno risponderne”*⁹⁷.

Un altro caso notevole è Regina v. Smith del 1900, relativo ad un soldato che, in esecuzione degli ordini ricevuti, uccise un nativo americano poiché non aveva adempito ad un dovere servile. Anche se la corte assolse il soldato, essa introdusse il test della manifesta illegalità dell'ordine, così disponendo:

“È mostruoso supporre che un soldato possa essere protetto se l'ordine è manifestamente illegale. Che, però, egli sia ritenuto sempre responsabile se obbedisce ad un ordine che non è strettamente legale è una proposta che la Corte non può accettare (...). Specialmente in tempo di guerra è richiesta un'obbedienza immediata (...). Credo sia

⁹⁶ TAYLOR, *Nuremberg and Vietnam: an American Tragedy*, 1970, pp.45-46.

⁹⁷ H.R. Exec. Doc. No. 23, 40th Cong. 2nd Sess, pag 773.

una regola valida quella per cui, se un soldato crede onestamente di fare il suo dovere obbedendo al comando del suo superiore, e se gli ordini non sono illegali in modo manifesto, tanto che egli sia in grado di capire la loro illegittimità, o avrebbe dovuto esserlo, il soldato semplice può essere esonerato dalla responsabilità attraverso la defence dell'obbedienza ad ordini di un suo superiore”⁹⁸.

I casi riportati, appartenenti ad epoche distinte, hanno, nella loro diversità, come minimo comune denominatore il fatto che l'eccezione sollevata dagli accusati di aver agito in esecuzione di un ordine superiore, non è valsa ad esentarli dalle loro responsabilità.

Le ragioni sulla base delle quali si è giunti a simili decisioni si fondano su argomentazioni eterogenee. Se nei casi più lontani nel tempo si fa riferimento alla gravità degli atti commessi, i quali, “*calpestando le leggi di Dio e degli uomini*”, non ammettono scuse, nei giudizi più recenti (come Regina v. Smith), invece, sono presi in considerazione elementi di fatto e di diritto ben più specifici e dettagliati. Tra questi fattori emergono la struttura gerarchica all'interno della quale l'ordine è stato impartito, l'importanza del rispetto della disciplina, la necessità militari, l'effettiva conoscenza della illegittimità dell'ordine da parte del subordinato, la conoscibilità di tale illegittimità, la manifesta criminalità dell'ordine.

⁹⁸ 17 S.C. (*Cape of Good Hope*, 1900), pp. 561-568.

Nei prossimi paragrafi si avrà modo di osservare come queste componenti del ragionamento giuridico, le stesse che hanno portato la dottrina su posizioni ben distinte, hanno ispirato, nel corso dell'ultimo secolo, disposizioni normative e decisioni giudiziali non solo difformi, ma talora contrastanti.

3.2. *Il periodo successivo alla prima guerra mondiale*

Il problema della “obbedienza agli ordini superiori” ha guadagnato significato internazionale contemporaneo durante i processi sui crimini di guerra che hanno seguito la prima guerra mondiale⁹⁹.

Appena conclusosi il conflitto, nel 1919, le nazioni vincitrici istituirono la c.d. *Commission on the responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties*. Tale commissione fu incaricata di svolgere indagini e di redigere un rapporto riguardante:

- 1) la responsabilità degli autori della guerra;
- 2) i fatti, costituenti violazioni delle leggi e delle consuetudini di guerra, commessi in cielo, in terra o in mare, dalle forze armate dell'Impero Germanico e dai loro alleati durante il conflitto;
- 3) il riconoscimento della responsabilità, per questi reati, in capo a membri delle forze armate nemiche, inclusi i membri del *General Staff* e gli altri soggetti comunque di alto grado;

⁹⁹ MULLINS, *The Leipzig Trials*, 1921, pp.99-133.

- 4) la costituzione e il funzionamento di un tribunale in grado di svolgere il processo per tali crimini;
- 5) ogni altra problematica che la Commissione ritenesse di dover prendere in considerazione;¹⁰⁰

La Commissione ebbe così modo di esprimersi anche sul tema della responsabilità individuale per i crimini di guerra e contro l'umanità e sulla problematica dell'obbedienza agli ordini di un superiore. Il punto di vista della Commissione è rilevante non solo ai fini della ricostruzione delle vicende storiche che portarono ai processi successivi alla prima guerra mondiale, ma anche come chiave di lettura degli stessi.

In particolare, la Commissione si espresse, anzitutto, a favore di un ampio riconoscimento della responsabilità individuale per i crimini suddetti nei seguenti termini:

“Tutte le persone appartenenti alle nazioni nemiche, indipendentemente da quanto alta possa essere la loro posizione, senza distinzioni di rango, inclusi i Capi di Stato, i quali siano stati responsabili di violazioni della legge e dei costumi di guerra o delle leggi dell'umanità, possono essere penalmente perseguiti”.

Secondariamente, proprio in tema di obbedienza ad ordini superiori la Commissione aggiunse:

¹⁰⁰ A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.1, pp.27-43.

“Noi vorremmo precisare che le autorità civili o militari non possono essere sollevate dalla responsabilità per il solo fatto che un’ autorità più alta dovrebbe essere imputata per lo stesso crimine. Spetterà alla corte decidere quando una eccezione di obbedienza agli ordini superiori sia sufficiente per assolvere la persona incriminata”.

Si è già avuto modo di ricordare che la Germania, nel Trattato di Versailles, riconobbe agli Alleati il diritto di perseguire gli autori dei crimini di guerra.¹⁰¹

Anche se il Trattato, originariamente, prevedeva che i processi si sarebbero dovuti svolgere nello Stato contro i cui cittadini erano stati commessi i crimini perseguiti, fu successivamente concesso che il *Reichgericht* tedesco, con sede a Lipsia, sarebbe stata la Corte che avrebbe presidiato questi casi.

Durante i processi di Lipsia, i due casi più notevoli, per ciò che concerne la questione dell’obbedienza agli ordini dei superiori, furono il c.d. *Dover Castle* e il c.d. *Llandovery Castle*, entrambi del 1922.

Nel caso *Dover Castle*, l’imputato, il Tenente Colonnello Karl Neuman, il comandante di un sottomarino tedesco, fu accusato di aver silurato il *Dover Castle*, una nave-ospedale inglese. L’imputato affermò di aver agito conformemente ad ordini che erano stati emessi dai suoi superiori navali, i quali sostenevano che le navi-ospedale alleate fossero usate per scopi militari, in violazione delle leggi della guerra.

¹⁰¹ NAPPI, *Il processo all’ex Kaiser ed ai grandi delinquenti di guerra*, in *Riv.dir.proc.pen.*, 1919, pp.81 e ss.

La corte di Lipsia assolse il tenente sostenendo:

“È un principio di diritto militare che il subordinato sia tenuto ad obbedire agli ordini dei suoi superiori. Quando l'esecuzione di un ordine di servizio costituisce reato per la legge criminale, il superiore che ha impartito l'ordine è il solo responsabile. Ciò avviene ai sensi del § 47, co. 1, del codice penale militare”.

La corte precisò inoltre che:

*“Conformemente al § 47 del Codice Penale Militare, infatti, un subordinato che agisce in conformità agli ordini è punibile come complice del superiore solo se sa che il suo superiore gli ha ordinato di compiere azioni che costituiscono un crimine militare o civile. Non si tratta del caso in esame. Il memorandum del governo tedesco circa l'uso improprio delle navi-ospedali era conosciuto dall'accusato (...). Egli, dunque, era convinto che le misure adottate dall'ammiraglio tedesco contro le navi-ospedale nemiche non fossero contrarie alla legge internazionale, ma fossero rappresaglie legittime (...). L'accusato non può, perciò, essere punito per la sua condotta”.*¹⁰²

In questo caso la *defence* di obbedienza agli ordini di un superiore venne accolta e, dunque, l'imputato fu assolto.

¹⁰² *Dover Castle*, 16 AJIL, 1922, pp.704-708.

La *defence* fu accolta perché il subordinato ha sì eseguito un ordine illegittimo, che ha portato alla commissione di un crimine, ma, in virtù di determinate circostanze di fatto (l'aver conosciuto il *memorandum* del governo tedesco), egli riteneva che l'ordine fosse invece legittimo. Il subordinato, dunque, agì nella convinzione di eseguire un comando non contrario alla legge internazionale.

Nell'altro caso, il c.d. *Llandovery Castle*, la stessa corte non riconobbe in capo all'imputato la *defence* della obbedienza agli ordini superiori. In tale caso, riguardante anch'esso un sottomarino tedesco che aveva attaccato una nave-ospedale inglese, il comandante del sottomarino aveva ordinato ai suoi subordinati di aprire il fuoco contro i sopravvissuti del *Llandovery Castle*, che era stato silurato, i quali stavano cercando di mettersi in salvo sulle scialuppe di salvataggio. Gli ufficiali che avevano eseguito l'ordine, il Primo Colonnello Ludwig Dithmar e John Boldt, furono accusati per quelle morti e si difesero sostenendo che essi avevano seguito gli ordini del loro comandante, Helmut Patzik (che le autorità germaniche non riuscirono a catturare dopo la guerra).

La corte, tuttavia, non accolse la *defence* e dichiarò:

“Lo sparare contro le navi fu un reato contro la legge delle nazioni...La regola della legge internazionale, che è qui coinvolta, è semplicemente ed universalmente conosciuta. In questo caso l'ordine del comandante non esime gli imputati dalla colpa. È vero che, secondo

il § 47 del Codice Penale Militare, se l'esecuzione di un ordine comporta una tale violazione, il superiore che ha dato l'ordine è il solo responsabile. Tuttavia il subordinato, obbedendo ad un tale ordine, è soggetto alla punizione se egli sapeva che l'ordine del superiore avrebbe portato all'infrazione della legge civile o militare. Questa situazione si riferisce al caso degli accusati. Viene certamente valutato in favore dei subordinati militari la circostanza che essi non sono tenuti a sindacare l'ordine del loro ufficiale superiore, e possono contare sulla sua legalità. Ma una tale fiducia non può continuare a sussistere, se tale ordine è considerato universalmente da tutti, inclusi gli imputati, come indubbiamente contrario alla legge".¹⁰³

Con questa decisione la corte respinse la *defence* di obbedienza ad un ordine del superiore, ma riconobbe che la stessa obbedienza agli ordini superiori dovesse essere considerata come un fattore in grado di mitigare la punizione; di conseguenza condannò gli imputati ad una pena ridotta pari a quattro anni di reclusione.

In questo caso lo schema del ragionamento giuridico è uguale a quello del caso *Dover Castle*: il subordinato ha eseguito un ordine criminoso, ma diversamente da quanto era accaduto nell'altro caso, egli sapeva che, nell'obbedire, la sua condotta avrebbe violato la legge civile o militare. Pertanto egli ha agito nella consapevolezza di eseguire un comando contrario alla legge internazionale.

¹⁰³*Llandovery Castle*, 16 AJIL, 1922, pp.708-722

Dalla sentenza emerge inoltre la considerazione che, se anche l'imputato, da un punto di vista soggettivo, non avesse saputo di tale illegalità, ebbene, le circostanze del fatto erano così manifestamente contrarie alla legge, che egli *avrebbe potuto e pertanto dovuto* riconoscere l'illegalità dell'ordine.

In conformità a questi *leading cases*, si può quindi tentare di ricostruire quale sia stato il quadro generale della *defence* dell'obbedienza ad un ordine del superiore delineatosi nei processi successivi alla prima guerra mondiale.

Si deve anzitutto tenere nella debita considerazione il fatto che la Corte di Lipsia, in qualità di alta autorità giudiziaria *tedesca*, affrontò la tematica dell'obbedienza all'ordine del superiore tenendo come costante punto di riferimento normativo il § 47 del codice militare tedesco.

Premesso ciò, i giudizi di Lipsia evidenziarono l'esistenza di una *regola generale*: un subordinato che commette un azione criminale, in conformità ad un ordine, non dovrebbe esserne ritenuto responsabile.

Questa regola di normale ammissibilità della *defence* subisce però un'importante limitazione: essa non può essere applicata, e dunque la *defence* non può essere eccepita, se il subordinato sapeva, o avrebbe dovuto sapere, che l'ordine implicava la commissione di un crimine, e ha obbedito ugualmente.¹⁰⁴

¹⁰⁴ DINSTEIN, *The Defense of "Obedience to Superior Orders" in International Criminal Law*, 1965, p.19

A Lipsia si stabilì inoltre che, per determinare se il subordinato fosse consapevole del fatto che gli era stato ordinato di commettere un'azione criminale, la Corte deve usare il test ausiliario dell'illegalità manifesta. Nel quadro delineatosi al termine della prima guerra mondiale, il concetto di manifesta criminalità dell'ordine, da un lato, assolve la funzione di criterio idoneo a stabilire la conoscibilità, da parte del subordinato, della illegalità dell'ordine ricevuto ed eseguito; dall'altro, apre la strada all'individuazione di tutta una serie di ipotesi nelle quali, data la manifesta illegalità delle condotte in cui si concreta l'esecuzione dell'ordine, la *defence* dell'obbedienza già *a priori* non può essere ammessa.

Esemplificativamente, se un superiore ordinasse a un subordinato di aprire il fuoco su una folla di civili inermi, composta in particolare da donne e bambini, e costui eseguisse l'ordine, la *defence* dell'obbedienza ad un ordine del superiore non sarebbe ammessa *a priori*, data la manifesta criminalità dell'ordine.

Infine, ed anche questo è un aspetto rilevante e significativo, la Corte dispose che ogni qualvolta la regola generale non possa applicarsi, perché il subordinato sapeva o, data la manifesta criminalità, avrebbe dovuto sapere, che l'ordine era illegittimo, l'obbedienza può essere presa in considerazione dalla Corte come motivo di mitigazione della pena.

3.3. Il periodo successivo alla seconda guerra mondiale

3.3.1. Gli statuti di Norimberga e Tokyo e la centralità della problematica relativa all'obbedienza ad ordini superiori.

Al termine della seconda guerra mondiale videro la luce, rispettivamente nel 1945 e nel 1946, i tribunali di Norimberga e di Tokyo.

I processi svolti in quegli anni di fronte a tali Corti indubbiamente rappresentano, anche nell'immaginario collettivo, gli episodi più emblematici della lotta giudiziale ai crimini di guerra e contro l'umanità.

Nel capitolo I, paragrafo 2.5, abbiamo già delineato, se pur non dettagliatamente, quale disciplina fosse contemplata dagli statuti istitutivi dei due tribunali.

Per quanto concerne la *defence* di obbedienza ad ordini superiori, è un aspetto di assoluta rilevanza il fatto che, nello statuto di Norimberga, per la prima volta, una regola specifica, relativa a questa problematica, venne fissata nella legge internazionale positiva.¹⁰⁵

Prima di analizzare la disposizione e di verificare quale ne sia stata l'applicazione concreta in sede giudiziale, è opportuno premettere alcune considerazioni. Si deve in special modo rilevare come il tema dell'obbedienza ad ordini superiori sia stato di *centrale* importanza nei processi svoltisi al termine della seconda guerra mondiale.

Scriva a proposito Dinstein:

¹⁰⁵ BASSIOUNI, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 1992, p. 422.

*“A Norimberga accusa e difesa si sono confrontate molte volte in merito alla defence di obbedienza agli ordini di un superiore e il tribunale ha seriamente ponderato il problema”.*¹⁰⁶

Le ragioni di questa centralità non sono difficili da intuire: se si fa riferimento alla tipologia dei crimini commessi (crimini di guerra, contro la pace e contro l'umanità), se si pensa al momento ed alle circostanze della loro commissione (stato di guerra), se si considerano le qualità dei soggetti agenti (militari o soggetti comunque inquadrati in sistemi gerarchici), infatti, il tema dell'obbedienza ad un ordine superiore diviene necessariamente centrale.

La primaria importanza di questo tema dipende da *ragioni generiche*, le quali prescindono dalla considerazione del particolare momento storico nell'ambito del quale i crimini sono stati commessi. In presenza queste condizioni generiche, infatti, la *querelle* che riguarda la *defence* di obbedienza agli ordini superiori assume una rilevanza fondamentale, e ciò avviene nel caso in cui si tratti dei crimini commessi durante la seconda guerra mondiale così come nel caso in cui, gli stessi crimini, siano stati commessi nell'ex-Jugoslavia o in Ruanda.

D'altro canto, però, a Norimberga, il tema dell'obbedienza agli ordini superiori, assunse un'importanza primaria anche in ragione di *motivi specifici*, peculiari, legati alla particolare accezione che la stessa

¹⁰⁶ DINSTEN, *The Defense of “Obedience to Superior Orders” in International Criminal Law*, 1965, p.125.

obbedienza ai comandi aveva assunto nella Germania nazista, in virtù della dottrina tedesca del *Führerprinzip*.

Il tribunale si occupò della questione in modo approfondito e spiegò:

“Le procedure all’interno del partito nazista furono governate nel modo più assoluto dal Führerprinzip (...). Secondo questo principio, il Führer, non soggetto ad alcun tipo di controllo e a sua completa discrezione, ha il diritto di governare, amministrare o di emettere ordini, essendo sottomesso solo agli ordini che riceve dall’alto (...). Il principio venne applicato in un primo luogo in riferimento ad Hitler, in quanto leader del Partito, e in secondo grado, a tutti i membri del partito che avevano giurato eterna fedeltà al leader”.¹⁰⁷

Alla luce del *Führerprinzip*, la difesa a Norimberga eccepì che il Tribunale avrebbe dovuto sollevare gli imputati da ogni responsabilità dal momento in cui essi non avevano obbedito ad ordini comuni, ma ad ordini del Führer. Sulla base di tale considerazione, gli imputati affermavano che la norma dello statuto relativa all’obbedienza agli ordini di un superiore (l’art.8) non doveva essere applicata al loro caso, perché essi non avevano obbedito ad un semplice leader, bensì al leader, ossia il Führer del Terzo Reich.

¹⁰⁷ Command Papers No. 6964, 5, Nuremberg Trial, riportate in DINSTEN, *The Defense of “Obedience to Superior Orders” in International Criminal Law*, 1965, p. 141

Uno dei procuratori della difesa, Jahrreiss, precisò:

*“Gli ordini del Führer avevano una speciale aura di santità...I suoi ordini erano qualcosa di piuttosto diverso dagli altri ordini di ogni altro ufficiale all’interno della sua gerarchia.”*¹⁰⁸

Queste eccezioni della difesa furono ribattute dal *Chief Soviet Prosecutor*, Rudenko, e da quello americano, Jackson.

Rudenko, usando quella che definì come “spada della logica” contestò che:

*“È piuttosto incomprensibile secondo quale logica si possa affermare che le norme dello statuto di questo tribunale, specificamente redatte per perseguire i maggiori criminali di guerra della Germania nazista, non possano essere applicate alle azioni di questi stessi criminali. Se non nei confronti di tali ordini, nei confronti di quali ordini, allora, rilasciati da chi e in quale paese, si applicheranno le norme dello statuto del tribunale?”*¹⁰⁹

In modo analogo Jackson, contestò l’uso fatto dall’avvocato della difesa del principio del *Führerprinzip*, asserendo:

“Ammetto che Hitler fosse il capo malvagio. Ma (...) noi sappiamo che anche il capo dello Stato ha gli stessi limiti, per ciò che riguarda i

¹⁰⁸ 17 IMT 482, Nuremberg Trial, *Closing Speech for the Defense (by Jahrreiss)* .

¹⁰⁹ 19 IMT 577, Nuremberg Trial, *Closing Speech for the Prosecution (by Rudenko)*.

*suoi sensi e le ore dei suoi giorni, come li hanno gli uomini di grado inferiore. Egli deve fare affidamento su altre persone che devono essere i suoi occhi e le sue orecchie, come lo sono la maggior parte di quelli che vivono ed operano in un grosso impero. Le gambe degli altri devono correre per l'esecuzione dei suoi incarichi; altre mani devono eseguire i suoi piani. Su chi fece affidamento Hitler per queste cose se non su questi uomini, oggi sotto accusa?(...) Questi uomini erano vicini ad Hitler e spesso potevano controllare le informazioni che egli riceveva e sulle quali basava la sua politica e i suoi ordini. Essi erano la Guardia Pretoriana e, mentre essi erano sotto gli ordini di Cesare, Cesare era sempre nelle loro mani”.*¹¹⁰

Il tribunale, nel corso dei giudizi, ebbe modo di analizzare in modo approfondito le peculiari caratteristiche degli ordini che vennero impartiti nella Germania nazista; esaminò ampiamente il tessuto storico e sociale nel quale gli ordini si originarono e vennero eseguiti, così come ebbe a considerare il fenomeno dell'obbedienza zelante ad ordini criminali, ma rigettò tutte le eccezioni difensive rivolte ad escludere l'applicabilità dell'art.8 dello statuto agli ordini dispensati sotto l'egida del Führerprinzip.

¹¹⁰ 19 IMT 466, *Closing Speech for the Prosecution (by Jackson)*.

3.3.2. L'art. 8 dello statuto del tribunale di Norimberga.

L'art.8 dello statuto di Norimberga dispone che:

“Il fatto che l'accusato abbia agito in ossequio all'ordine del suo governo o di un superiore non lo esime da responsabilità, ma può essere preso in considerazione come circostanza attenuante, se il Tribunale accerta che ciò sia richiesto da motivi di giustizia”¹¹¹

Si è avuto modo di precisare, precedentemente, che si tratta di una disposizione “nuova”. Diversamente dai vari sistemi penali nazionali, infatti, il diritto penale internazionale non aveva mai contemplato una norma che disciplinasse la tematica dell'obbedienza ad un ordine superiore.

Si è visto precedentemente come, nei processi di Lipsia successivi alla prima guerra mondiale, in assenza di una specifica norma di diritto internazionale su questa materia, si fosse fatto riferimento al § 47 del codice militare tedesco.¹¹²

Già ad una prima analisi, è possibile notare che l'art.8 della *London Charter*, norma guida nei processi di Norimberga, non si colloca nella scia del § 47 del codice militare tedesco, norma guida nei processi di Lipsia.

¹¹¹ BASSIUNI, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 1992, p.584.

¹¹² Vedi sopra Cap. II, par. 3.2, p.?

Nel paragrafo 3.2 di questo capitolo si è tentato di ricostruire il quadro della *defence* di obbedienza ad un ordine superiore emerso dai processi celebrati a Lipsia al termine della prima guerra mondiale. Si sono individuate una regola generale di ammissibilità della *defence* (*rispondeat superior*) e un'importante eccezione alla regola stessa, secondo la quale il subordinato è responsabile se sapeva, o avrebbe dovuto sapere, che l'ordine era criminoso.

A ben vedere, l'art.8 delinea un quadro diverso, se non addirittura contrario, sancendo, come regola generale, che l'obbedienza ad un ordine superiore non esonera *mai* il subordinato dalla responsabilità che deriva dall'aver dato esecuzione ad ordini criminosi. L'obbedienza non può essere presa in considerazione come *defence*, ma *soltanto* come motivo di mitigazione della pena, sempre che il tribunale ritenga che ciò sia richiesto da esigenze di giustizia. La mitigazione è dunque rimessa alla discrezione dell'organo giudicante e non è, quindi, doverosa.

La differenza tra i due approcci alla *defence* in esame appare, in linea di principio, netta.

L'atteggiamento in cui si inquadra l'art.8 appare molto più rigido. La norma sembra non voler offrire vie di fuga ai responsabili dei crimini perseguiti; sembra, in pratica, voler evitare le c.d. "vie di fuga verso l'alto" delle responsabilità che, nel caso della seconda guerra mondiale, avrebbero portato alla condanna del solo Hitler, peraltro ormai defunto.

Fu probabilmente questa una delle ragioni determinanti nel mutamento di prospettiva avvenuto tra la prima e la seconda guerra

mondiale; una ragione che raccoglie e fa proprie esigenze di giustizia provenienti dal passato appena trascorso.

Si può cercare di individuare una ulteriore ragione di questo cambiamento di tendenza, una ragione legata alla finalità della deterrenza. Partendo, infatti, dalla constatazione che il riconoscimento della responsabilità in capo ai soli comandanti non ha impedito agli alti gerarchi ed ufficiali nazisti di ordinare ai loro subordinati la commissione di crimini della peggior specie, ecco che la maggiore rigidità dell'art.8 sarebbe tesa ad aumentare l'effetto di deterrenza nei confronti della commissione dei crimini considerati.¹¹³

L'art.8 dello statuto del tribunale di Norimberga, ripreso in modo pedissequo dall'art.7 dello statuto del tribunale di Tokyo, non riconosce dunque possibilità di esonero dalla responsabilità per chiunque sia stato parte nella commissione di un crimine di guerra, contro la pace o contro l'umanità, avendolo ordinato o avendolo materialmente eseguito in conformità all'ordine ricevuto.

In una delle sue statuizioni¹¹⁴, il tribunale di Norimberga introdusse un'importante precisazione, successivamente confermata nell'*International Law Commission Report on Principles of Nuremberg Trial*, ossia nei c.d. "Principi di Norimberga", alla luce della quale la totale chiusura all'ammissibilità della *defence* in esame sembrò, a taluni, essere compromessa¹¹⁵.

¹¹³ BASSIOUNI, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 1992, p.402

¹¹⁴ 22 IMT 466

¹¹⁵ GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, 1959, p. 343.

In riferimento all'art.8, la corte affermò, infatti, che:

“Le previsioni di questo articolo sono in conformità con la legge di tutte le nazioni. Che ad un soldato fosse ordinato di uccidere o torturare in violazione della legge internazionale della guerra, non è mai stato riconosciuto come una difesa per azioni di tale brutalità, sebbene, come l'Atto qui prevede, l'obbedienza ad un ordine può condurre alla mitigazione della pena. Il test fondamentale, che si trova espresso nella legge criminale della maggior parte delle nazioni, non è l'esistenza di un ordine, ma se fosse di fatto possibile una scelta morale”.

In realtà il test della possibile scelta morale non rappresentava un'eccezione alla regola generale di inammissibilità dell'obbedienza ad ordini superiori come *defence*. Il principio espresso dall'IMT si riferiva a situazioni diverse da quelle di una semplice obbedienza: invero, prende in considerazione quei casi nei quali il subordinato è minacciato di morte laddove non esegua l'ordine impartitogli.¹¹⁶

In queste e simili circostanze si ritenne che il subordinato, non avendo scelta morale, dovesse essere assolto dalle sue imputazioni, sempre che ricorressero tutte le condizioni della *defence* di costringimento.

¹¹⁶ DINSTEN, *The Defence of "Obedience to Superior Orders" in International Criminal Law*, 1965, p.144.

Secondo questa prospettiva (che si avrà modo di analizzare più dettagliatamente nel prossimo capitolo), l'ordine del superiore è considerato, al pari di altri, un elemento di fatto nel quadro della *defence* di *duress*.

3.3.3. I giudizi sui crimini commessi durante la seconda guerra mondiale.

Il termine della seconda guerra mondiale, per perseguire e punire coloro che si fossero resi responsabili di crimini di guerra, contro la pace o contro l'umanità, furono celebrati una pluralità di processi di fronte a diverse autorità giurisdizionali.

Si è già più volte sottolineato come il processo di Norimberga e il processo di Tokyo furono indubbiamente gli eventi giudiziari più rilevanti.

Con le sentenze dei processi di Norimberga e Tokyo, tuttavia, non si esaurì l'attività giudiziaria rivolta alla punizione dei crimini commessi durante la seconda guerra mondiale e alla ricerca dei responsabili degli stessi.

Gli statuti di Norimberga e Tokyo, infatti, erano applicabili solo ai maggiori criminali di guerra e lasciavano agli Alleati il compito di perseguire gli altri criminali, tra i quali ufficiali di grado inferiore, industriali, medici.

Già negli anni immediatamente successivi alla chiusura di queste due vicende processuali, furono instaurati altri processi, svolti appunto

dagli Alleati nelle rispettive zone di occupazione, definiti *Subsequent Proceedings*.¹¹⁷

A proposito di tali *giudizi successivi*, sorge spontaneo un quesito cui merita dare una risposta: quale legge fu applicata in tali processi?

In Germania, gli Alleati applicarono nelle rispettive zone di occupazione l'*Allied Control Council Law No.10 Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Crimes Against Humanity* (c.d. CCL 10), del 20 Dicembre 1945, nel quale fu sostanzialmente ripreso il contenuto dello statuto di Norimberga.¹¹⁸

Gli stessi Alleati, tuttavia, agirono anche di fronte ai propri tribunali, militari e non, applicando ciascuno il proprio diritto nazionale.

In Giappone, invece, non fu emanato un documento pari al CCL 10: gli Stati Uniti, che erano l'unica potenza occupante, applicarono il loro diritto interno.¹¹⁹

Ad ogni modo, i processi nei confronti dei criminali della seconda guerra mondiale non si esaurirono neppure con i *Subsequent Proceedings*. Altri processi sono stati celebrati, da allora fino ad oggi, di fronte ad organi giudicanti nazionali. A titolo esemplificativo si possono menzionare il processo ad Eichmann, svoltosi in Israele nel 1962, il processo a Barbie, svoltosi in Francia nel 1983 e, da ultimo, il processo a Priebke, che ebbe inizio in Italia nel 1996.

¹¹⁷ BASSIOUNI, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 1992, p.428

¹¹⁸ Il testo del CCL 10 può consultarsi in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.1, pp.261 e ss.

¹¹⁹ BASSIOUNI, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 1992, p.34.

Se si considera l'ampiezza di tale panorama giudiziale unitamente alle considerazioni svolte precedentemente circa la centralità del tema dell'obbedienza ad ordini superiori, connaturata a questi stessi giudizi, allora si può comprendere quanto estesa sia la casistica relativa a tale problematica.

Ciò comporta l'esigenza di fare riferimento ai soli casi più significativi ed emblematici di quale sia stata l'applicazione pratica della *defence* in esame.

3.3.3.1. Il processo alle Einsatzgruppen

Il 9 Aprile del 1948 si aprì di fronte allo *U.S. Military Tribunal II* (corte istituita in forza del CCL 10), con sede a Norimberga, il processo alle *Einsatzgruppen*, che rappresenta, probabilmente, il migliore esempio di come i tribunali sopra menzionati abbiano trattato la questione degli ordini superiori, poiché enuncia la posizione del tribunale in modo estremamente chiaro.

Furono giudicati 24 imputati, tra i quali 6 generali, 5 colonnelli, 6 colonnelli luogotenenti, 4 maggiori e 3 ufficiali di grado inferiore, tutti appartenenti alle SS.

Quando le forze armate tedesche, senza aver dichiarato guerra, attraversarono la frontiera polacca e, quindi, si riversarono in Russia, si

mossero accompagnate da una speciale organizzazione nota, appunto, come *Einsatzgruppen*.¹²⁰

Le *Einsatzgruppen* erano nate da un accordo tra i vertici della polizia di sicurezza e quelli delle forze armate tedesche, nel quale si specificava che un rappresentante dei vertici della polizia e dei servizi di sicurezza fosse designato dai rispettivi gruppi armati e che, a questo ufficiale, fossero messi a disposizione dei reparti mobili nella forma di *Einsatzgruppen*. Le *Einsatzgruppen* erano suddivise in *Einsatzkommandos* e questi, a loro volta, in *Sonderkommandos*. I *Kommandos* si articolavano in gruppi ancora minori, chiamati *Teilkommandos*.

Le *Einsatzgruppen*, così articolate e distinte per lettera in quattro corpi, dalla “A” alla “D”, furono costituite ed armate prima che fosse sferrato l’attacco alla Russia da parte delle forze armate tedesche.

L’*Einsatzgruppe* A, comandata da Stahlecker e successivamente dall’imputato Jost, operò in Lettonia, Lituania ed Estonia; l’*Einsatzgruppe* B, comandata dall’imputato Naumann, operò in direzione di Mosca; l’*Einsatzgruppe* C, guidata da Rash e, quindi, da Thomas, agì in parte del territorio ucraino; l’*Einsatzgruppe* D, infine, condotta dall’imputato Olhendorf, estese la sua azione nel sud dell’Ucraina, in Crimea e nell’area caucasica.

¹²⁰ A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.2, pp.2001 e ss.

Le *Einsatzgruppen*, complessivamente considerate, contavano tra gli ottocento e i milleduecento uomini, sotto il comando generale di Heyndrich, capo della polizia di sicurezza e della SD (*Die Sicherheitsdienst des Reichsführer*, ossia i reparti di *intelligence* delle SS).

In un incontro segreto tenutosi in Sassonia nel Maggio del 1941, i *leader* delle quattro *Einsatzgruppen* e degli *Einsatzkommandos* furono istruiti da Heyndrich sull'oggetto della loro missione, sul compito che il Führer ordinava loro di svolgere: eliminare, nei territori occupati, tutti gli oppositori, *presenti e futuri*, del regime nazional-socialista.

In esecuzione di tale incarico, uomini, donne e bambini, appartenenti ad intere categorie di persone, furono uccise senza sosta e senza pietà.

Gli Ebrei, com'è noto, furono considerati la categoria principale di oppositori del regime nazista, ma non furono gli unici. Un'analogia sorte, infatti, toccò ad altre popolazioni, come i *Krimchaks* ed i *Gypsies*, ed anch'esse andarono incontro ad uno sterminio di massa.

Altre categorie di oppositori, che alle *Einsatzgruppen* fu comandato di eliminare, furono gli "*Asiatici inferiori*", i malati di mente, i comunisti ed, infine, tutti i c.d. *asocial people*, cioè quelle persone ritenute socialmente inutili o foriere di segni di inferiorità razziale o mentale.

Le *Einsatzgruppen* agirono in esecuzione di tale progetto criminale; grazie all'abbondanza di *reports* originali, con i quali le stesse *Einsatzgruppen* comunicavano con i vertici nazisti, l'*International*

Military Tribunal poté ricostruire le dimensioni del loro operato. Così si espresse:

“The RSHA played a leading part in the Final Solution of the Jewish question by extermination of the Jews (...). Under its directions, approximately six million Jews were murdered of which two million were killed by Einsatzgruppen and other units of security police”.¹²¹

Si possono citare, a titolo esemplificativo, alcuni di tali *reports*, i quali consentono di comprendere quanto capillare fosse, non solo l'attività di sterminio, ma anche quella di documentazione, svolta dalle *Einsatzgruppen*:

“The Kommando executed: 20 Russian for subversive communist activities, sabotage, and membership of the NKVD, 5 Russian because of theft, burglary and embezzlements, 33 gypsies, 1551 Jews”. (Report No.194, from 6 to 10 March 1942, Einsatzgruppe C)

“The operational areas of the Teilkommandos, particularly in smaller villages, were purged of Jews. During the period covered, 3176 Jews, 85 partisan, 12 looters and 122 Communist official were shot. Sum total: 72276”. (Report No.153, 9 January 1942, Einsatzgruppe D).

¹²¹ A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.2, pp.2013 e ss.

"The systemating moppingup of the eastern territories embraced, in accordance with the basic orders, the complete removals, if possible, of Jewry. This goal has beenn substantially attained (with the exception of White Russia) as a result of the esecution up the present time, of 229052 Jews". (Special report by Einsatzgruppe A)

In sede dibattimentale, quelli, tra gli imputati, che ammisero di aver partecipato agli eccidi, eccepirono di aver agito sotto ordini militari negando, pertanto, che vi fosse stata una volontà loro propria negli omicidi commessi.¹²²

Secondo tale tesi difensiva, essendo l'intenzione un presupposto basilare della responsabilità derivante dalla commissione di un delitto, gli imputati dovevano essere considerati innocenti in quanto avevano eseguito gli omicidi sotto costrizione, cioè sotto ordini superiori. Gli imputati erano inseriti in un'organizzazione militare e, di conseguenza, erano soggetti alle regole che disciplinano la vita militare. Si affermò essere assiomatico il fatto che il primo dovere di un militare sia quello di obbedire. *"Se, dunque, essi erano militari ed obbedirono agli ordini dei loro superiori, com'è possibile - si domandò la difesa - riconoscerli responsabili di un crimine?"*

Prima di valutare la risposta che il tribunale diede a tale quesito, è opportuno premettere, per quanto concerne la legge applicabile, che il processo alle *Einsatzgruppen* fu uno dei *Subsequent Proceedings* e come

¹²² A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.2, pp.2035 e ss.

tale fu soggetto alle norme del *Control Council Law 10*, il cui art.II, comma 4, lettera b), dispone:

“The fact that any person acted pursuant the order of his Government or of a superior does not free him from responsibility for a crime, but may be considered in mitigation”.

Sulla base di questa disposizione normativa, il cui testo riprende in modo quasi pedissequo l'art.8 dello statuto del tribunale di Norimberga, il tribunale rispose alle eccezioni difensive nei seguenti termini:

“L'obbedienza di un soldato non è l'obbedienza di un automa. Il soldato è un soggetto agente che ragiona. Non risponde, e non ci si aspetta che risponda, come il pezzo di una macchina. È errata la convinzione, largamente diffusa, che ad un soldato sia richiesto di fare tutto ciò che il suo superiore gli ordina (...). Il subordinato è obbligato ad obbedire solo agli ordini legittimi del suo superiore e, se egli accetta un ordine criminale e lo esegue intenzionalmente, non può appellarsi agli ordini superiori per la sua difesa. Se la natura dell'azione ordinata risulta essere manifestamente al di là delle competenze dell'autorità superiore, il subordinato non può invocare la propria ignoranza della criminalità dell'ordine. Se una persona afferma di essere stata costretta ad eseguire l'ordine illegale, deve essere provato che il danno causato dall'obbedire all'ordine illegale non è sproporzionatamente più grande del danno che sarebbe derivato dalla non obbedienza all'ordine. Non

*può essere una scusa sufficiente(...) il fatto che un subordinato, avendo ricevuto un ordine, abbia ucciso una persona sapendola innocente, perché, qualora non avesse non obbedito, egli stesso avrebbe rischiato qualche giorno di prigionia. Se una persona agisce sotto costrizione non può commettere incolpevolmente un'azione illegale una volta che la costrizione sia cessata... ”.*¹²³

3.3.3.2. Il processo ad Erhard Milch

In un altro importante caso, tra i *Subsequent Proceedings*, la *defence* degli ordini superiori fu negata.

Nel processo a Milch, il c.d *Medical Case*,¹²⁴ apertosi il 15 aprile del 1947, l'accusa formulò nei confronti dell'imputato tre capi d'accusa:

- *Count 1: War Crimes, involving murder, slave labor, deportation of civilian population for slave labor, cruel and inhuman treatment of foreign laborers and the use of prisoners of war in war operation by forces and compulsion.*
- *Count 2: War Crimes, involving murder, subjecting involuntary victims to law-pressure and freezing experiments resulting in torture and death.*
- *Count 3: Crimes against humanity, involving murder and the same unlawful acts specified in Count 1 and 2 against German nationals and nationals of other countries.*

¹²³ 4 CCL Trials 470 (*Einsatzgruppen Case*).

¹²⁴ 2 CCL Trials 773 (*The Medical Case*).

Sulla base delle evidenze dibattimentali, l'imputato fu assolto per i fatti contemplati nel *Count 2*, mentre fu ritenuto colpevole per quali rientranti nel *Count 1* in quanto egli aveva ordinato e preso parte in maniera significativa nei piani di sottoposizione a lavoro schiavistico e di deportazione a ciò finalizzata che interessarono la popolazione civile di Paesi e territori occupati dalle forze armate tedesche; inoltre egli fu accertata la sua partecipazione nei piani di utilizzo dei prigionieri di guerra in operazioni militari.

Per quanto concerne, invece, i fatti indicati nel *Count 3*, il tribunale ritenne che non ci fossero prove sufficienti per il riconoscimento, in capo all'imputato, della responsabilità per la commissione degli stessi, ma lo condannò comunque per crimini contro l'umanità in quanto i medesimi crimini, contemplati nel *Count 1*, commessi su vasta scala, debbono essere considerati crimini contro l'umanità.

A propria difesa Milch sostenne che, al momento dei fatti, egli era un militare tedesco e che tutto ciò che era stato commesso da lui o con il suo consenso, o sotto la sua supervisione, era stato commesso in esecuzione di una politica militare nazionale, promulgata da Hitler e, dunque, conformemente agli ordini del Führer.

L'imputato affermò inoltre che, sebbene non avesse mai condiviso il metodo violento con il quale il governo tedesco condusse la sua politica d'aggressione, non ci fu per lui modo di affrancarsene e che egli non

ebbe alternativa, se non quella di esporsi al pericolo di una morte sicura.¹²⁵

Il tribunale, dopo aver precisato che i rischi e pericoli derivanti dall'abbandono del programma criminale da parte dell'imputato, in realtà, traevano origine dalla sua originaria affiliazione a tale progetto criminale, rispose alle eccezioni di Milch, in tema di obbedienza agli ordini superiori in questi termini:

“L'imputato ha avuto l'opportunità di seguire quelli che si rifiutarono di eseguire l'ordine criminale del malvagio capo, ma egli non la colse (...). Nell'accettare questi attrattivi e lucrativi servizi sotto il suo superiore, il cui potere ritenevano essere illimitato, essi accettarono anticipatamente ognuna delle sue azioni, buone o cattive che fossero. Essi non possono dire inizialmente, “Le decisioni del Fuhrer sono definitive; noi non avremo voce in capitolo su di esse; non dobbiamo discuterne il perché; il suo volere è legge”, e poi, quando il Fuhrer ordina azioni inumane e barbare, tentare di discolparsi dicendo, “Oh, noi non siamo mai stati d'accordo con quelle cose...”.

3.3.3.3. Il processo a Wilhelm Von Leeb e a tredici altri

Nel processo a Wilhelm Von Leeb e a tredici altri ufficiali¹²⁶, apertosi il 28 Ottobre 1948 e noto anche come *German High Command Trial*, furono rivolti 4 capi d'accusa nei confronti degli imputati.

¹²⁵ A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.2, pp.1781 e ss.

Il primo capo d'accusa, *Crimes against Peace*, concerneva fatti commessi da tutti gli imputati, insieme ad altre persone, negli anni antecedenti l'8 Maggio 1945. Essi, infatti, parteciparono all'invasione di altre nazioni e alla guerra di aggressione, preparandola, pianificandola ed intraprendendola, in violazione delle leggi e dei trattati internazionali. Inoltre, ricoprendo gli imputati importanti cariche militari in Germania, essi ordinarono la commissione di crimini contro la pace, così come definiti dall'art.II del CCL 10, e fecero parte dei gruppi ed organizzazioni che li posero in essere.

Il secondo capo d'accusa, *War Crimes e Crimes against humanity* commessi nei confronti di belligeranti nemici e di prigionieri di guerra, considerava i fatti che gli imputati, insieme ad altre persone, avevano commesso tra il Settembre del 1939 e il Maggio del 1945. Essi, infatti, avevano partecipato alla commissione di atrocità e crimini, quali omicidi, segregazioni, inflizione di trattamenti indignanti, privazione di diritti, sottoposizione a lavoro forzato e altri atti contrari alla legge ed ai costumi di guerra, nei confronti di prigionieri di guerra e di membri delle forze armate in guerra contro la Germania.

Il terzo capo d'imputazione, *War Crimes e Crimes against humanity* commessi nei confronti di civili (cittadini tedeschi o di altre nazioni), prendeva in considerazione omicidi, atti volti allo sterminio, torture, deportazioni e sottoposizione a lavoro forzato, appropriazioni di beni pubblici e privati, devastazioni non giustificate da necessità militari.

¹²⁶ Il caso può essere consultato in *12 Law Reports of Trials of War Criminals* 1, 1948, pp.71-72.

Il quarto capo d'accusa, *Common plan and Conspiracy*, si riferiva al fatto che tutti gli imputati, nel periodo compreso tra il Settembre del 1939 e il Maggio del 1945, parteciparono come *leaders*, organizzatori, istigatori alla formulazione ed all'esecuzione del piano generale rivolto alla commissione di crimini di guerra, contro la pace e contro l'umanità.¹²⁷

Anche in tale caso gli imputati ecceperono in propria difesa il fatto di aver obbedito ad ordini superiori, ed ancora una volta la *defence* fu respinta dal tribunale, che precisò:

“Tutti gli imputati di questo caso, ricoprivano una carica ufficiale nelle forze armate del Terzo Reich. Hitler, dal 1938 in poi, fu Comandante-Supremo delle Forze Armate e fu l’Autorità Suprema Civile e Militare del Terzo Reich, i cui personali ordini avevano la forza e l’effetto della legge. In tali circostanze, riconoscere come defence che un imputato abbia agito conformemente all’ordine del suo governo o di un suo superiore, significherebbe in pratica dire che l’unico responsabile di tutti i fatti qui contestati (...) fu il solo Hitler, poiché egli solo possedeva il potere di fare le leggi dello Stato e l’autorità superiore di distribuire le direttive militari e civili. Riconoscere una simile opinione significherebbe riconoscere un’assurdità (...). Il rigetto della defence degli ordini superiori risponde alla nostra convinzione che tali azioni siano criminali (...) perché sono

¹²⁷ A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.2, pp.2183 e ss.

*crimini per la Legge Internazionale Comune. La Legge Internazionale Comune deve essere superiore e, dove si scontra, deve prevalere sulla Legge Nazionale o sulle direttive disposte da qualsiasi autorità governativa. Un ordine di violare la Legge Internazionale Comune è perciò nullo e non può offrire protezione a chi viola tale legge nell'osservanza di tale ordine (...). Gli imputati che hanno ricevuto ordini palesemente criminali, si trovavano in una posizione difficile, ma l'obbedienza servile ad ordini chiaramente criminali, per paura di qualche svantaggio o punizione che non li minacciava in modo imminente, non può essere riconosciuta come una difesa. Per provare la defence di duress o di stato di necessità derivante da pericolo, devono essere dimostrate circostanze tali per cui un uomo ragionevole avrebbe temuto di trovarsi in imminente pericolo fisico, tanto da privarlo della libertà di scegliere ciò che è giusto e di astenersi da ciò che è sbagliato".*¹²⁸

3.3.3.4. Il processo ad Adolf Eichmann

Tra i processi più recenti per i crimini commessi durante la seconda guerra mondiale, importanti sotto il profilo dell'obbedienza agli ordini superiori, vi è indubbiamente quello nei confronti di Eichmann.¹²⁹

Tale processo, apertosi il 12 dicembre 1961, rappresenta uno di quei processi, successivi non solo a Norimberga e Tokyo, ma anche ai

¹²⁸ BASSIOUNI, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 1992, pp. 430-431.

¹²⁹ *Israel v. Eichmann*, 36 I.L.R. 5 (District Court 1961/1962).

Subsequent Proceedings, che ebbero ad oggetto crimini commessi durante la seconda guerra mondiale, ma che si celebrarono di fronte ad autorità giudiziarie nazionali.

I principali capi d'imputazione mossi nei confronti di Eichmann furono:

- *Count 1: Crimes against Jewish people.*¹³⁰
- *Count 2: Crimes against humanity.*
- *Count 3: War Crimes.*
- *Count 4: Membership in hostile organization.*

In sede dibattimentale risultò che l'imputato era stato a conoscenza del piano di sterminio segreto, noto come "Soluzione Finale" della questione ebraica", fin dal giugno del 1941 e che, dall'agosto dello stesso anno, aveva cominciato ad operare per favorirne la realizzazione.

Da allora in poi, tutte le attività dell'accusato, dalla raccolta degli Ebrei al loro trasporto ai campi di sterminio, compresa l'organizzazione e la preparazione di tutto ciò che fosse necessario a questi scopi, furono inquadrare in un piano generale di eliminazione, definito a livello centrale dagli ordini di Hitler e specificato da quelli di Heydrich.

L'imputato, pertanto, era perfettamente a conoscenza di quali fossero la portata e le dimensioni complessive del piano criminale della

¹³⁰ La Sezione 1(b) dell'*Israel Law* prevede:

"In this section:

Crimes against Jewish people means any of the following acts, committed with the intent to destroy the Jewish in whole or in part:

1)killing Jews;

2)causing serious bodily or mental harm to Jews;

3)placing Jews in living conditions calculated to bring about their physical destruction;

4)imposing measures intended to prevent births among Jews".

c.d. “Soluzione Finale”, una conoscenza estesa a tutti i singoli atti che, complessivamente considerati, componevano la struttura di questo disegno.

Ciò fu dedotto dal fatto che Eichmann si era reso responsabile non solo di atti collegati alla segregazione e alla deportazione verso i campi di sterminio della gente ebraica, ma anche di atti rivolti ad impedire le nascite tra gli Ebrei stessi; era stato lo stesso Eichmann, infatti, ad ordinare l'interruzione di tutte le gravidanze delle donne ebreo incinte che vivevano nel ghetto di Theresin.

L'argomento fondamentale della difesa avanzata dall'imputato fu legata alla considerazione che tutto ciò che egli fece era conforme agli ordini derivanti dai suoi superiori. Eichmann fece riferimento a ciò come ad una giustificazione per tutte le sue azioni: spiegò che, nel corso della propria formazione da ufficiale delle SS, gli fu inculcata l'idea, se non il mito, di un'obbedienza basata su una totale ed assoluta fiducia nelle decisioni prese dai vertici, derivante dal fatto che i vertici avrebbero sempre saputo ciò che fosse giusto ed utile per il Reich.

Queste argomentazioni furono precisate dal collegio di difesa, che si espresse nel modo seguente:

“The basic principle of all States is loyalty to their leadership. The deed is dumb and obedience is blind. These are qualities on which the State is founded. Do such qualities merit regard? That depends upon the success of its policy. If a policy is unsuccessful, the order will be

*considered a crime in the eyes of the victores. Fortune will not have served the one who has obeyed and he will be called to judgment for his loyalty. The gallows or a decoration, that is the question. To fail is the abominable crime. To succeed is to sanctify the deed”.*¹³¹

Prima di osservare quale fu la risposta della *District Court* di Gerusalemme a queste eccezioni, è utile riportare le precisazioni che la stessa corte operò circa il diritto applicabile in tema di ordini superiori. Così si espresse:

“(...) according to our law, this plea (superior orders) does not relieve the accused of criminal responsibility where the indictment is under the Nazi and Nazi Collaborator (Punishment) Law 1950. Section 8 of the Law states:

Sections 16,17,18 and 19 of the Criminal Code shall not apply to offences under this Law.

Section 19 of Criminal Code is the one dealing with “superior orders” and it provides as follows:

A person is not criminal responsible for an act or omission if he does or omits to do the act in any of the following circumstances, that is to say:

...

¹³¹ A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.2, pp.2352.

(b) In obedience to the order of a component of authority which he is bound by law to obey, unless the order is manifestly unlawful.

When an order is manifestly unlawful is a question of law.

(...) section 11 of the Law provides:

In determining the punishment of a person convicted of an offence under this Law, the Court may take into account, as grounds for mitigating the punishment the following circumstances:

(a) That the person committed the offence under conditions which, but for Section 8, would have exempted him from criminal responsibility or constituted a reason for excusing the offence, and that he did his best to reduce the gravity of the offence;

...

In this case, however, of an offence under Section I, the court shall not impose on the offender a lighter punishment than imprisonment for a term of 10 years”.

La District Court di Gerusalemme, conclude le sue osservazioni sulla legge applicabile osservando che¹³²:

“In this respect our Law follows Article 8 of the London Charter which the International Military Tribunal at Nuremberg was set up, and Article 114(b) of Law No. 10 of the Allied Control Council for Germany, under which courts were set up to try subsequenting cases

¹³² A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.2, p.2354.

against war criminals. These also reject the plea of superior orders as exemptig from responsibility, but permit the court to consider the existence of such an order as a ground for mitigation of the penalty”.

Se questa, dunque, è la legge applicabile nello Stato di Israele in tema di ordini superiori, relativamente ai crimini per i quali Eichmann era imputato, la risposta della Distret Court alle eccezioni dello stesso Eichmann fu la seguente:

*“We reject absolutely the accused’s version that he was nothing more than a small cog’ in the extermination machine. We find that in the RSHA, which was the central authority dealing with the final solution of the Jewish question, the accused was the head of those engaged in carrying out the final solution. In fulfilling this task, the accused acted in accordance with general directives from his superiors, but still remained to him wide powers of discretion which extended also to the planning of operations on his own initiative. He was not a puppet in the hands of others; his place was amongst those who pulled the strings ”.*¹³³

¹³³ BASSIOUNI, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 1992, pp.430-431.

3.3.3.5. I processi italiani per l'eccidio delle Fosse Ardeatine: il caso Kappler ed il caso Priebke.

3.3.3.5 (segue): i fatti.

Prima di procedere all'analisi delle vicende processuali che hanno interessato, a distanza di circa mezzo secolo l'una dall'altra, gli autori dell'eccidio delle Fosse Ardeatine, è opportuno ricordare, sia pur brevemente, quali furono i fatti che si svolsero in quei giorni¹³⁴.

Alle ore 15 del 23 marzo del 1944, a Roma, in via Rasella, al passaggio di una compagnia di polizia tedesca del battaglione "Bozen", esplose una carica di esplosivo, seguito dal lancio di bombe a mano, opera di una squadra di partigiani italiani appartenente all'organizzazione clandestina di resistenza contro le forze armate occupanti. Nell'attentato persero la vita 32 soldati tedeschi. Il tenente colonnello Kappler ebbe l'immediato incarico di occuparsi dell'attentato, ma la sua attenzione e quella dei suoi collaboratori si rivolse, da subito, sulle misure di rappresaglia da adottare, più che alla ricerca degli autori dell'attentato. Kappler ricevette dal maresciallo Kesserling l'ordine, proveniente da molto più in alto, e probabilmente dallo stesso Hitler, di fucilare entro 24 ore un numero di cittadini italiani decuplo rispetto a quello dei soldati tedeschi morti. Le persone dovevano essere scelte tra quelle già condannate a morte o all'ergastolo, o arrestate per reati

¹³⁴ Gli eventi verificatisi a Roma in quei giorni sono stati ampiamente ricostruiti nei giudizi di merito celebrati dal dopoguerra ad oggi, secondo percorsi di lettura sostanzialmente omogenei in linea di fatto. Per la ricostruzione giudiziale più recente si veda Cass. 16 novembre 1998, Priebke, in *Foro it.*, 1999, II, pp.284-90.

punibili con la pena di morte. Il numero di questi soggetti, tuttavia, non raggiungeva il quantitativo richiesto per la rappresaglia e si rese, dunque, necessaria la compilazione di altre due liste: una comprensiva di 57 ebrei detenuti e in attesa di trasferimento in campo di concentramento ed un'altra, redatta dall'allora questore di Roma Caruso, di altre 50 persone scelte fra i detenuti a disposizione della polizia italiana.

Kappler, quindi, riunì tutti i suoi ufficiali e pretese che ciascuno di essi partecipasse all'esecuzione, sotto la direzione del capitano Shutz, mentre Priebke fu incaricato del controllo del numero di persone via via fucilate e al depennamento di queste dalle liste.

La fucilazione ebbe luogo dal primo pomeriggio del 24 marzo e si protrasse fino a sera. Cinque soldati tedeschi prendevano in consegna cinque vittime, le accompagnavano in fondo alla cava, le facevano inginocchiare e ciascuno sparava un colpo di pistola alla nuca della persona in consegna. Priebke era rimasto sul posto fino alle 19, quando l'eccidio ebbe termine e tutti gli ufficiali avevano eseguito personalmente almeno due uccisioni.

I morti furono complessivamente 335, cioè quindici in più rispetto ai 320, rispondenti al parametro di dieci a uno fissato nell'ordine ricevuto da Kappler. L'esecuzione di 10 di queste quindici persone in più fu autonomamente disposta, senza aver ricevuto alcun ordine a riguardo, dallo stesso Kappler in quanto ebbe notizia della morte sopravvenuta di un altro soldato tedesco. Per quanto concerne, invece, le altre cinque persone si ritenne, nel processo a Kappler, che essi furono giustiziati a

causa di un errore, ossia a causa di quella che fu definita “*una straordinaria negligenza*” dei capitani Shutz e Priebke.

3.3.3.5 (segue): il caso Kappler.

Il processo di primo grado nei confronti di Herbert Kappler e di altri cinque ufficiali del comando esterno di Roma delle SS tedesche si svolse di fronte al Tribunale militare territoriale di Roma nel 1948; gli imputati erano tutti accusati del reato di concorso in violenza con omicidio continuato commesso da militari nemici in danno di cittadini italiani.

In tema di obbedienza agli ordini superiori, il caso Kappler assume un' autonoma e meritevole rilevanza non solo nell'ambito della vicenda processuale relativa all'eccidio delle Fosse Ardeatine, ma anche nel più ampio contesto dei processi per i crimini di guerra e contro l'umanità commessi durante la seconda guerra mondiale.

Esso, infatti, si caratterizza per una decisione singolare, la quale ha suscitato non poche perplessità e che, cinquant'anni dopo, non è stata seguita, ma anzi contestata nel processo agli altri ufficiali responsabili dello stesso eccidio.

Nell'analisi della decisione del Tribunale militare territoriale di Roma, racchiusa nella sentenza n.631 del 20 luglio 1948¹³⁵, bisogna costantemente tenere in adeguata considerazione il fatto che il tribunale considerò distintamente, pur trattandosi di omicidio continuato,

¹³⁵ Trib. Mil. Roma, 20 luglio 1948, Kappler e altri, in *Foro it.*, 1949, II, p.160. La sentenza è riportata anche in *Rassegna della Giustizia Militare*, 1996, nn. 3-6, p.3 e ss.

l'uccisione delle 320 persone fatta eseguire da Kappler su ordine del generale Maeltzer e l'uccisione delle altre 15 persone. In particolare, il tribunale ritenne che l'uccisione di dieci di queste quindici persone fosse stata autonomamente ordinata e fatta eseguire dall'imputato e che la morte delle restanti cinque persone fosse dipesa dalla straordinaria negligenza impiegata dagli ufficiali preposti alla tenuta delle liste ed al conteggio dei morti.

In sede dibattimentale, la difesa di Kappler sostenne che, quand'anche si ritenesse illegittima la rappresaglia posta in essere dalle SS tedesche, l'imputato avrebbe dovuto essere assolto per aver agito in adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o, quanto meno, da un ordine non sindacabile del superiore.

Il tribunale si espresse nei termini seguenti:

“Per le considerazioni già svolte, il Collegio ritiene che il problema prospettato dalla difesa vada posto relativamente alla fucilazione di 320 persone, non alla fucilazione delle altre persone, la cui causale è scissa dall'ordine in esame.

In merito alla tesi difensiva il Collegio osserva come non sia esatto qualificare norma giuridica un ordine proveniente da un determinato organo solo perché questo abbia anche competenza legislativa. (...).

Infondata è pure l'altra tesi relativa all'insindacabilità dell'ordine del Führer. Invero, pur non potendosi disconoscere la grande forza morale che l'ordine del Führer aveva nell'organizzazione militare ed in

modo speciale in quelle organizzazioni, come per esempio quella delle SS, che erano maggiormente legate a quell'organo, va esclusa sotto il profilo giuridico una insindacabilità di quell'ordine. Anche la legislazione penale militare tedesca, difatti, alla stessa stregua dei moderni ordinamenti giuridici, pone il principio per il quale l'inferiore che abbia commesso un fatto delittuoso per ordine del superiore risponde di quel fatto, tranne che abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo. Principio questo sostanzialmente uguale a quello dell'art.40 codice penale militare di pace, in base al quale va esaminato l'aspetto della colpevolezza.

Quest'esame va fatto riportandosi ai principi che disciplinavano l'organizzazione delle SS, delle quali il Kappler faceva parte. A quest'uopo bisogna tenere in considerazione che in quella organizzazione vigeva una disciplina rigidissima e che veniva osservata una prassi che aggravava maggiormente i principi di quella disciplina¹³⁶. Dal dibattito è risultato che le denunce ai Tribunali

¹³⁶ Negli anni che ci separano dall'olocausto, molti autori si sono interrogati sui fattori motivazionali che furono in grado di spingere così tanti cittadini tedeschi a contribuire, in vario modo, alla realizzazione della "Soluzione finale del problema ebraico", ossia allo sterminio della gente ebraica. Tra questi autori figura Goldhagen con la sua opera "*I volenterosi carnefici di Hitler*". Questo autore propone un'analisi del comportamento di zelante e volenterosa obbedienza prestato dai membri dei battaglioni di polizia e dagli appartenenti alle SS in generale nell'ambito del piano di sterminio. In riferimento al tema dell'obbedienza agli ordini superiori e del timore di essere giudicati dai tribunali delle SS in caso di disobbedienza Goldhagen osserva: "*Occorre demolire punto per punto l'idea che essi contribuirono al genocidio poiché costretti a farlo, per acritica obbedienza agli ordini dello stato, per le pressioni sociali che subivano, per favorire la promozione personale, perché non comprendevano ciò che facevano e la presunta frammentazione delle operazioni faceva sì che non se ne sentissero responsabili. Le spiegazioni convenzionali non bastano a spigare l'attività omicida dei realizzatori(...). Ogni spiegazione fondata sull'idea che i realizzatori agissero per costrizione esterna, o persino per l'errato presupposto di non avere alternative, va subito scartata. Si è detto, a proposito dei battaglioni di*

militari delle SS, per reati commessi dagli appartenenti a quest'organizzazione, non venivano trasmesse direttamente, ma tramite il capo di quell'organizzazione Himmler, il quale spesso in calce alle denunce, specie quelle più gravi, esprimeva delle direttive, cui i giudici rigorosamente si attenevano. (...).

Ciò premesso, il Collegio ritiene che l'ordine di uccidere dieci

*polizia, della documentata possibilità che avevano di rifiutarsi di uccidere. Più in generale, si può sostenere con certezza che mai una volta nella storia dell'Olocausto un tedesco un tedesco fu giustiziato, internato in campo di concentramento, incarcerato o sottoposto ad altra grave punizione per essersi rifiutato di uccidere gli ebrei. Come possiamo esserne certi? Tenuto conto delle incessanti, ripetitive dichiarazioni degli imputati nei processi del dopoguerra, secondo cui quel rifiuto avrebbe avuto pesanti conseguenze, è di per sé significativo il fatto che le indagini giudiziarie su diverse migliaia di tedeschi abbiano prodotto soltanto 14 casi in cui si sosteneva che la punizione prevista per chi rifiutava di eseguire un ordine di esecuzione (e non soltanto di ebrei) era la morte (9 casi), l'internamento in un campo (4 casi) o il trasferimento ad un reparto di punizione; nemmeno questi peraltro ressero alla prova delle indagini. Vasti studi sulla possibilità di non obbedire agli ordini di esecuzione hanno dimostrato la falsità di quelle dichiarazioni. Dai documenti dei tribunali delle SS e della polizia non risulta che nessuno venisse mai condannato a morte o al campo di concentramento per essersi rifiutato di uccidere gli ebrei: Himmler confermava personalmente le condanne a morte per gli uomini delle SS, il che esclude qualsiasi possibilità di esecuzioni sommarie. Ma, soprattutto, nessuno è mai riuscito a produrre un solo caso verificato di condanna a morte o all'internamento dovuta al rifiuto di un ordine di esecuzione, nonostante l'enorme impegno dedicato alla ricerca (a Norimberga la difesa fu autorizzata a entrare nei campi in cui erano detenute le SS per raccogliere le testimonianze) e il forte incentivo che induceva ognuno dei realizzatori a tentare di dimostrarlo: da tutto questo possiamo concludere soltanto che è estremamente improbabile che anche un solo uomo delle SS abbia subito punizioni di quella portata per aver rifiutato di uccidere gli ebrei. Anzi una ricca documentazione giustifica con forza la conclusione opposta. Incapaci di fornire al tribunale una sola prova di quanto sostenevano, molti assassini ripiegavano su una versione secondo la quale, indipendentemente da come stavano effettivamente le cose, essi avevano creduto in buona fede che il rifiuto di eseguire un ordine di esecuzione sarebbe stato suicida, e si erano comportati in conformità di questa convinzione; non era colpa loro se li avevano male informati. (...). Che nessun tedesco venisse giustiziato o incarcerato per essersi rifiutato di uccidere degli ebrei è documentato in modo irrefutabile. Altrettanto incontestabile è che gli assassini fossero diffusamente informati della possibilità di non uccidere se preferivano non farlo (...). I tribunali della Repubblica Federale Tedesca hanno coerentemente e giustamente contestato la buona fede dei realizzatori quando dichiarano di aver creduto che non ci fossero alternative, non soltanto perché gli assassini sapevano di non essere costretti a uccidere, ma anche perché chiunque si opponesse agli eccidi poteva ricorrere alle procedure ordinarie, minime – rivolgersi ad un superiore, chiedere il trasferimento – senza alcun rischio personale. I documenti indicano che quasi mai i realizzatori si avvalsero di quelle procedure". Il testo è tratto da GOLDHAGEN, *I volenterosi carnefici di Hitler*, 1996, pp.393-400.*

italiani per ogni tedesco morto nell'attentato di via Rasella, concretatosi, attraverso il Gen. Maeltzer, nell'ordine di uccidere 320 persone in relazione a 32 morti, pur essendo illegittimo, in quanto quelle fucilazioni costituivano degli omicidi, non può affermarsi con sicura coscienza che tale sia apparso al Kappler.

Il modo dell'esecuzione, crudele verso le vittime, (...), costituisce un elemento obiettivo di prova circa la coscienza della illegittimità dell'ordine. Ma non è da escludere che quelle modalità siano collegate, più che ad una volontà cosciente circa l'illegittimità dell'ordine, ad un stato d'animo di solidarietà nei confronti dei tedeschi morti, anch'essi della polizia, sfociato, per odio contro gli italiani concittadini degli attentatori, in una crudeltà nell'esecuzione.

Questa deduzione, l'abito mentale portato all'obbedienza pronta che l'imputato su era formato prestando servizio in un'organizzazione dalla disciplina rigidissima, il fatto che ordini aventi lo stesso contenuto in precedenza erano stati eseguiti nelle varie zone d'operazione, la circostanza che un ordine del Capo dello Stato e del Comandante Supremo delle forze armate, per la grande forza morale ad esso attinente, non può non diminuire, specie in un militare, quella libertà di giudizio necessaria per un esatto sindacato, sono elementi i quali fanno ritenere al collegio non possa affermarsi con sicurezza che il Kappler abbia avuto coscienza e volontà di obbedire ad un ordine illegittimo”¹³⁷.

¹³⁷ Trib. Mil. Roma, 20 luglio 1948, Kappler e altri, in *Foro it.*, 1949, II, p.160. La sentenza è riportata

Al tribunale apparve, invece, diversa la posizione dell'imputato relativamente alla fucilazione dei 10 ebrei da lui disposta dopo aver appreso che era morto un altro soldato tedesco e senza che in merito avesse ricevuto alcun ordine. Per questa azione la sua responsabilità fu riconosciuta come piena sia dal lato oggettivo che da quello soggettivo:

“Sotto il profilo oggettivo va escluso che si tratti di rappresaglia, in quanto, a prescindere da altre considerazioni, il soggetto che dispose la fucilazione delle dieci persone non aveva competenza ad ordinare rappresaglie. Queste, difatti, secondo l'ordinamento tedesco, alla stessa stregua di altri ordinamenti, possono essere disposte solo da comandanti di grandi unità.(...)”

L'imputato ordinò la fucilazione dei dieci ebrei in questione sapendo di fare cosa che non rientrava nell'ordine ricevuto. Egli agì (sotto il profilo soggettivo) in maniera arbitraria sperando che le più alte gerarchie, attraverso questa azione, avrebbero visto in lui l'uomo di pronta iniziativa, capace di colpire e reprimere con il massimo rigore.

Non era questa la prima volta che il Kappler agiva arbitrariamente ed illegalmente nell'intento di porre in rilievo la sua personalità come quella di chi, superiore ad ogni pregiudizio di carattere giuridico o morale, adotta pronte, energiche e spregiudicate misure. (...).

Le dieci fucilazioni, pertanto, concretano dieci omicidi volontari i

anche in *Rassegna della Giustizia Militare*, 1996, nn. 3-6, p.42-44.

*quali, essendo stati commessi in conseguenza di uno stesso disegno criminoso, devono farsi rientrare nella figura giuridica dell'omicidio continuato*¹³⁸.

Per quanto invece concerne la fucilazione delle altre cinque persone il Tribunale militare accertò che essa fu dovuta ad un errore che, per l'occasione in cui si manifestò, dimostra come in Kappler e nei suoi collaboratori più vicini fosse mancato il più elementare senso di umanità:

“Queste cinque persone, prelevate in più dal numero dei detenuti a disposizione dei tedeschi e portate alle Cave Ardeatine, furono fucilate perché il Cap. Shutz e il Cap. Priebke, preposti alla direzione dell'esecuzione e dal controllo delle vittime, nella frenetica foga di effettuare l'esecuzione con la massima rapidità, non si accorsero che esse erano estranee alle liste fatte in precedenza.

Chiunque sia stato l'ufficiale o il sottufficiale che effettuò erroneamente il prelevamento delle persone in questione, è certo che la loro uccisione si riporta alle insufficienti ed inopportune direttive date dal Kappler per l'esecuzione ed alla straordinaria negligenza di quei due capitani, contro i quali in questa sede non si procede per essere stato il relativo procedimento stralciato in istruttoria. (...).

C'è stata da parte dell'imputato un'omissione relativamente alle

¹³⁸ Trib. Mil. Roma, 20 luglio 1948, Kappler e altri, in *Foro it.*, 1949, II, p.160. La sentenza è riportata anche in *Rassegna della Giustizia Militare*, 1996, nn. 3-6, p.45-46.

*opportune misure per un'esecuzione in grande massa da eseguirsi in poche ore ed è a tale omissione che si riporta l'errore che condusse alla morte queste cinque persone".*¹³⁹

Il tribunale militare territoriale di Roma statui che Kappler dovesse rispondere, stante il rapporto di causalità appena accennato, oltre che dei dieci omicidi da lui autonomamente ordinati, anche di questi cinque omicidi.

Come abbiamo visto Il Collegio ritenne che, dagli elementi emersi, permaneva il dubbio relativo al fatto che Kappler avesse avuto coscienza e volontà di ubbidire ad un ordine illegittimo, quale era quello relativo alla fucilazione delle 320 persone. Il tribunale, dunque, decise che Kappler non dovesse rispondere dell'uccisione di queste persone in quanto aveva agito in esecuzione di un ordine che egli non era in grado di riconoscere come criminoso, a causa di quella serie di circostanze sopra esaminate.

Il Collegio d'altra parte accertò la responsabilità dell'imputato relativamente ai quindici omicidi in eccesso rispetto all'ordine ricevuto dal Gen. Maeltzer e, in relazione ad essi, lo condannò alla pena dell'ergastolo.

In appello, il Tribunale supremo militare, con sentenza datata 25 ottobre 1952, confermò il giudizio di primo grado respingendo il motivo di gravame, avanzato dall'imputato, relativo al fatto che la distinzione

¹³⁹ Trib. Mil. Roma, 20 luglio 1948, Kappler e altri, in *Foro it.*, 1949, II, p.160. La sentenza è riportata anche in *Rassegna della Giustizia Militare*, 1996, nn. 3-6, p. 47.

segnata dalla sentenza di primo grado tra l'uccisione delle trecentoventi persone e l'uccisione delle altre dieci, aggiunte per la morte del trentatreesimo soldato tedesco, non avrebbe avuto ragione d'essere. Secondo la difesa di Kappler si sarebbe dovuto estendere all'uccisione delle altre dieci persone l'efficacia scriminante dell'ordine di Hitler e tale efficienza scriminante avrebbe dovuto essere piena *“per l'insidiabilità dell'ordine stesso da parte dell'imputato, per la suprema autorità da cui era stato impartito e per l'indisponibilità da parte dell'imputato di elementi tecnici idonei a consentire la valutazione della situazione militare e l'incidenza dell'attentato in via Rasella sulla stessa”*¹⁴⁰.

Il Tribunale supremo militare nel rigettare questo motivo di gravame precisò che:

“La limitazione della colpevolezza dell'imputato a quindici dei trecentotrentacinque omicidi contestatogli nell'unitarietà della loro continuazione non costituisce una modificazione del fatto (...), ma è, invece, coerente espressione della valutazione compiuta dell'intera materia di fatto contestata”.

3.3.3.5 (segue): il caso Priebke.

Nel 1996 Erich Priebke, capitano delle SS germaniche, fu chiamato a rispondere davanti al Tribunale militare di Roma, insieme ad Herbert Hass, del reato di “concorso in violenza con omicidio continuato in

¹⁴⁰ Tribunale supremo militare, 25 ottobre 1952, Kappler, in *Rassegna della Giustizia Militare*, 1996, nn.3-6, pp. 83 e ss.

danno di cittadini italiani” (di cui agli artt.13 e 185 del c.p. mil.guerra, in relazione agli artt.81, 110, 575, 577 c.p.), in concorso con il tenente colonnello Herbert Kappler e ad altri militari, “per aver cagionato la morte di 335 persone, per lo più cittadini italiani, militari e civili che non prendevano parte alle operazioni belliche, con premeditata esecuzione a mezzo di colpi d’arma da fuoco”. Il fatto si riferisce allo stesso eccidio delle Cave ardeatine al quale abbiamo fatto riferimento precedentemente.

Per quanto concerne l’accertamento dei fatti, è importante notare che nel processo di primo grado nei confronti di Priebke, diversamente da quanto accertato nel processo a Kappler, si stabilì che l’esecuzione delle cinque persone eccedenti le trecentotrenta contemplate dalle liste fu posta in essere, con piena volontà e consapevolezza, al fine di eliminare testimoni pericolosi e di non lasciare tracce; una volontà e consapevolezza che fu massima nel Priebke, affidatario delle liste e preposto alla chiamata e alla formazione dei gruppi di cinque persone.

La vicenda processuale di Priebke ebbe inizio nel 1996 di fronte al Tribunale militare di Roma. Il 22 luglio 1997 la sentenza di primo grado condannò l’imputato a una pena di quindici anni di reclusione, parzialmente condonata nella misura di anni dieci¹⁴¹.

In tema di obbedienza agli ordini superiori il Tribunale militare precisò anzitutto quale fosse la legge applicabile al caso in esame che individuò nell’art.40 c.p.m.p., norma applicabile ai fatti in causa malgrado l’art.22 della legge 11 luglio 1970 n.382 ne abbia determinato

¹⁴¹ Trib. Mil. di Roma, 22 luglio 1997, in *Cass. Pen.* 1998, p.668.

l'abrogazione; secondo la disposizione richiamata la punibilità è esclusa quando si è agito in adempimento di un dovere imposto da un ordine superiore, sempre che l'ordine non costituisca manifestamente reato. Nell'interpretazione dell'art.40, il Tribunale militare specificò che per determinare il carattere di manifesta criminalità di un ordine si deve fare riferimento ad un criterio oggettivo. Tale criterio sarebbe quello per cui un ordine è manifestamente criminoso quando il tipo medio di persona è in grado di avvertirne il disvalore penale. Dunque, l'art.40 non impone al subordinato un sindacato sulla legittimità sostanziale dell'ordine, un controllo in fatto e in diritto, ma anzi si riferisce a situazioni che, proprio perché manifestamente criminali, non abbisognano di particolari controlli¹⁴².

Sul piano soggettivo, invece, il tribunale militare chiarì che si può prescindere dalla valutazione oggettiva della criminalità dell'ordine quando essa, anche se non manifesta sia tuttavia investita dalla consapevolezza dell'agente.

Dopo queste considerazioni di ordine teorico il collegio osservò immediatamente come: “nell'odierno processo la tematica dell'obbedienza all'ordine illegittimo sia in realtà invocata del tutto inutilmente”.

A parere del tribunale, infatti:

¹⁴² Trib. Mil. di Roma, 22 luglio 1997, in *Cass. Pen.* 1998, p. 674.

“I due imputati eseguirono l’ordine impartito dal Kappler indifferenti alla criminalità di esso. (...).

Criminalità che non deriva soltanto da singole modalità dell’eccidio, dai criteri di inclusione tra i condannati di persone, alcune addirittura di età minore, aventi nessuna colpa se non quella di abitare in una determinata zona di Roma o di appartenere alla Comunità ebraica, ovvero anche all’assurda sproporzione rispetto ai militari morti in via Rasella; la criminalità è qui intrinseca al fatto stesso, rispetto al quale, allora, quelle singole modalità esecutive si appalesano come suoi meri indici sintomatici.

È, infatti, del tutto inutile il richiamo dell’art.40, così come del § 47 del c.p.m. tedesco (...).

Inutile perché gli imputati, per loro stessa ammissione, hanno ottemperato all’ordine di partecipare all’eccidio delle Cave Ardeatine non perché convinti della sua legittimità, ovvero perché non consapevoli della sua illegittimità, ma solo perché preferirono anteporre il loro proprio personale interesse all’esecuzione di centinaia di innocenti.

Si è anche difensivamente affermato che anche ove Priebke o Hass (coimputato di Priebke) avessero rifiutato di ottemperare all’ordine loro impartito, ciò non avrebbe comunque impedito l’eccidio delle Cave Ardeatine: in tal modo si è proposto l’argomento, non privo di suggestione, secondo il quale la eventuale disobbedienza degli imputati, in quanto priva della capacità di escludere la realizzazione

dell'evento, sarebbe stata del tutto ininfluyente.

Ma il rilievo (...) è privo di fondatezza poiché, (...), è evidente che il singolo militare non deve obbedire all'ordine criminoso impartitogli, pur quando abbia la consapevolezza che altri sarà disponibile ad ottemperarvi. Diversamente opinando si dovrebbe affermare che, come nel caso di specie, ove un ordine illegittimo venga impartito a più militari, ciascuno di essi sarebbe chiamato ad opporvisi soltanto a condizione che si verifichi una sorta di disobbedienza collettiva".¹⁴³

Il Tribunale militare di Roma giudicò Priebke responsabile del reato ascrittogli e lo condannò a quindici anni di reclusione in quanto riconobbe in capo all'imputato, come avremo modo di analizzare più dettagliatamente nel paragrafo 3.5, l'attenuante facoltativa prevista dall'art.59 del codice penale militare di pace, la quale può essere concessa al subordinato che sia stato determinato alla commissione del delitto da parte del superiore.

La Corte militare di appello, in accoglimento dei gravami della pubblica accusa e in parziale riforma della citata decisione, escluse le attenuanti generiche di cui all'art. 62 bis c.p. e quella prevista dall'art.59,

¹⁴³ Trib. Mil. di Roma, 22 luglio 1997, in *Cass. Pen.* 1998, p. 675.

n.1, c.p. mil. pace¹⁴⁴, condannò Priebke, con sentenza datata 7 marzo 1998, alla pena dell'ergastolo¹⁴⁵.

Sul tema dell'obbedienza ad ordini superiori, la Corte militare d'appello, precisò anzitutto la centralità della questione nel caso in esame e, quindi, indicò la legge applicabile sul punto; queste le parole della corte:

“La tematica è pressoché integralmente occupata dal problema del possibile rilievo giuridico da assegnare al profilo dell'esecuzione di un ordine. Su di esso si appuntano non solo le differenziate valutazioni della sentenza nei confronti di Kappler e altri, ma anche i motivi d'appello formulati dai difensori di entrambi gli imputati a supporto delle rispettive richieste assolutorie.

Al riguardo come è noto trova applicazione l'art.40 c.p.m.p., non essendovi di ostacolo l'intervenuta abrogazione di tale norma da parte della legge 11 luglio 1978, n. 378. L'art. 40 fissava infatti la regola della normale irresponsabilità del militare esecutore di un ordine costituente reato, sempre che tale carattere non fosse manifesto.”¹⁴⁶

È interessante notare come, sin dalla prima proposizione dedicata al tema in esame, la corte volle premettere che l'indagine sulla tematica

¹⁴⁴ L'art.59 del c.p. mil. pace (“circostanze attenuanti”), prevede: “La pena da infliggere per il reato militare può essere diminuita: 1) per l'inferiore che è stato determinato dal superiore a commettere il reato; 2) per il militare, che nella preparazione o nella esecuzione del reato ha prestato opera di minima importanza; eccettuati i casi indicati nell'articolo precedente”.

¹⁴⁵ Corte mil. d'Appello, 7 marzo 1998, in *Indice pen.*, 1999, p. 959.

¹⁴⁶ Corte mil. d'Appello, 7 marzo 1998, in *Indice pen.*, 1999, p. 971.

avrebbe preso in considerazione non solo le tesi assolutorie avanzate dagli imputati, ma anche la decisione del 1948 del Tribunale militare territoriale di Roma, con la quale Kappler e altri ufficiali furono assolti in relazione all'uccisione delle 320 persone da essi posta in essere in esecuzione dell'ordine ricevuto dal Gen. Maeltzer.

Dopo tali premesse la Corte militare d'appello specificò la *ratio* della norma applicabile al caso concreto nei seguenti termini:

*“L'esecuzione dell'ordine vincolante illegittimo comportava (ai sensi dell'abrogato art.40 c.p.m.p.) la non punibilità a titolo di dolo dell'inferiore che non si fosse comunque rappresentato tale illegittimità, ovvero che, essendosela rappresentata, avesse risolto il conflitto di doveri nel senso dell'esecuzione e sempre che tale conflitto non fosse venuto meno dato il carattere di manifesta criminalità dell'ordine”.*¹⁴⁷

In riferimento al caso concreto in esame il Collegio ritenne che:

“se si legano tali premesse normative alle ricostruite risultanze fattuali si deve concludere che non ricorre in capo ai due odierni imputati alcuno degli elementi che possono portare alla non punibilità. Essi infatti si sono trovati ad agire in completa adesione all'ordine ricevuto e senza subire alcuna coartazione della volontà, essendosi riscontrato nei fatti come via sia stato un pieno accordo tra chi

¹⁴⁷ Corte mil. d'Appello, 7 marzo 1998, in *Indice pen.*, 1999, p. 974.

dapprima impartì l'ordine (Hitler, Kesserling) e chi poi lo fece proprio (Kappler) imprimendogli in via esecutiva, col tramite dei subordinati (tra cui Priebke e Hass), la cadenza dell'immediatezza e ineguagliabili caratteri di efferatezza e disumanità. (...).

In questa tragica corsa alla realizzazione di un'efficiente ferocia gli imputati Hass e Priebke svolsero, così come programmato, gli specifici compiti operativi loro demandati con la massima disponibilità e prontezza, senza che mai il dubbio o gli imperativi della coscienza minassero l'una o l'altra.(...).

Nessun conflitto tra ordine e coscienza è emerso; l'ordine qui non incombe sull'inferiore facendo soccombere gli imperativi della coscienza. Esso costituisce il semplice presupposto per agire, l'ombrello sotto il quale nascondere il piano criminoso e cercare di giustificare l'illecito”.

Questa posizione, che collide nettamente con la decisione adottata dai giudici del caso Kappler, confermò evidentemente quella affermatasi nel giudizio di primo grado. A riguardo, la Corte d'appello precisò il suo dissenso con le seguenti parole:

“Neppure è possibile aderire ad un ragionamento che viene affacciato nella sentenza del 1948 e ripreso nelle prospettazioni della difesa nel presente processo. Si legge in quella decisione, in supporto della conclusione secondo la quale per i subordinati del Kappler (ma

anche per lo stesso Kappler) si escludeva 'che essi avessero coscienza e volontà di eseguire un ordine illegittimo', che tra l'altro 'gli imputati appartenevano ad un'organizzazione rigidissima, dove assai facilmente si acquisiva un abito mentale portato all'obbedienza pronta'. (...).

Simile condizione avrebbe determinato una sorta di incapacità giuridico penale, tale da sottrarre le loro condotte alle normali regole di valutazione.

*Le implicazioni di questo ragionamento sono evidentemente configgenti con le stesse ragioni di esistenza del diritto penale e più in generale con la dimensione della giuridicità, la quale suppone dei criteri valutativi capaci di imporsi a tutti gli esseri umani aventi certe caratteristiche e con personalità non minata da particolari patologie. Se, infatti, un gruppo di individui per motivi e secondo modalità che la storia ha solo in parte chiarito, decide di modificare i parametri di riferimento della giuridicità come conseguenza dell'avvenuto cambiamento degli imperativi della morale e dei canoni della convivenza degli uomini, compito del diritto è quello di opporsi a tali operazioni, pena la sua stessa negazione, cioè la sconfitta dei valori per la tutela dei quali vive e viene applicato.*¹⁴⁸

Nel tentativo di meglio chiarire il distacco dall'impostazione prospettata nel caso Kappler e di contestualizzare, anche dal punto di

¹⁴⁸ Corte mil. d'Appello, 7 marzo 1998, in *Indice pen.*, 1999, p. 974-75.

vista storico, la propria decisione rispetto a quella del 1948, la Corte d'appello aggiunse:

È verosimile che oggi si possa esprimere questo ordine di considerazioni solo grazie alla distanza temporale che separa il presente processo dagli eventi, e che quindi quella che viene stigmatizzata come una anomalia generatrice di ingiustizie, rappresenti invece l'occasione per una riflessione più matura sulle implicazioni giuridiche degli eventi stessi. (...) Quanto alla valutazione giuridica dei giudici del 1948, essa potrebbe essere risultata eccessivamente tributaria della temperie culturale di un'epoca che aveva appena chiuso i conti con l'ideologia del nazismo e che per batterla e superarla aveva dovuto in qualche modo "legittimarla" come avversaria".¹⁴⁹

Infine, la Corte di cassazione, con la sentenza del 16 novembre 1998, rigettò tutti i motivi di gravame sollevati dai difensori dell'imputato e confermò il giudizio della Corte militare d'appello.

La Corte di cassazione ritenne che la tesi difensiva, per la quale il fatto costituente reato sarebbe stato commesso nell'adempimento di un dovere di obbedienza all'ordine emanato da Kappler – a colui che rappresentava l'ultimo anello della catena gerarchica del meccanismo ordinario (Hitler, Kesserling, Mackensen, Maeltzer, Kappler, Priebke) – fosse destituita di fondamento giuridico.

¹⁴⁹ Corte mil. d'Appello, 7 marzo 1998, in *Indice pen.*, 1999, p. 976.

La Corte, rovesciando anch'essa l'impostazione seguita nel *caso Kappler*, ritenne destituita di fondamento tale tesi difensiva.¹⁵⁰

Secondo il tribunale, infatti, l'imputato non era privo della coscienza e della volontà di dare esecuzione ad un ordine criminoso. Egli, non solo aveva eseguito un ordine che può essere ritenuto manifestamente criminoso sulla base di aspetti oggettivi, ma lo aveva posto in essere, sotto il profilo soggettivo, con piena consapevolezza e con adesione psicologica. Nella sua azione Priebke dimostrò:

“per ideologia, abito mentale o convenienza (...) la massima disponibilità e prontezza, senza che mai il dubbio o gli imperativi della coscienza minassero l'una o l'altra”.¹⁵¹

Anche la Cassazione, in tema di obbedienza agli ordini del superiore, precisò come alla fattispecie omicidiaria oggetto del giudizio dovesse applicarsi la disciplina contemplata dall'art.40 del c.p. mil. pace - norma abrogata dall'art.22 della legge 383/78, ma più favorevole in considerazione della più ristretta efficacia dell'esimente generale di cui all'art.51cp – secondo la quale per i reati militari, se il fatto costituente reato è commesso per ordine del superiore, di esso risponde, oltre a colui che lo ha emesso, anche il militare che ha eseguito l'ordine *“quando l'esecuzione di questo costituisce manifestamente reato”*.

Quindi, sulla base della legge applicabile, la Cassazione statui:

¹⁵⁰ Cass. 16 novembre 1998, Priebke, in *Foro it.*, 1999, II, p.274.

¹⁵¹ Cass. 16 novembre 1998, Priebke, in *Foro it.*, 1999, II, p.297-98.

“Il limite di esigibilità del dovere di disobbedienza costituito dalla manifesta criminalità dell’ordine emanato dal superiore gerarchico è stato costantemente interpretato dalla giurisprudenza di legittimità in senso oggettivo (...). Il palese carattere delittuoso della condotta ordinata, nel comportare la sindacabilità dell’ordine impartito, ne esclude l’efficacia esimente non solo sotto il profilo obiettivo, ma anche sotto quello putativo.

Anche l’insindacabilità e la vincolatività dell’ordine, proprie del sistema gerarchico militare, trovano dunque un limite razionale nell’intrinseco, oggettivo ed evidente contenuto criminoso dell’ordine superiore, per ciò stesso percepibile sempre e comunque dal subordinato, il cui dovere di attenzione e di vigilanza viene quindi richiamato ai fini del prescritto rifiuto di obbedienza.

Nella fattispecie in esame l’ordine superiore (...) recava intrinsecamente ed ontologicamente, per la cinica selezione e sproporzione del numero delle vittime rispetto ai soldati tedeschi morti nell’attentato e per le efferate modalità di esecuzione collettiva delle uccisioni, le stimate della manifesta, macroscopica, clamorosa e ictu oculi riconoscibile criminalità dello sterminio di massa.

Di talché, agli ufficiali destinatari di quell’ordine, obiettivamente connotato dall’incommensurabile ed incontrovertibile disvalore proprio di un orribile delitto contro l’umanità, non era consentito spazio alcuno per dubbi o incertezze interpretative e si imponeva il dovere di disobbedienza gerarchica. (...).

Appare per ciò vano dedurre l'erronea opinione di legittimità dell'ordine superiore derivata da particolari circostanze materiali, quali l'appartenenza ad una organizzazione militare, come le SS, dalla disciplina gerarchica rigidissima, l'abito mentale portato alla pronta obbedienza, il timore di una denuncia al tribunale militare delle SS e l'autorevole genesi dell'ordine, sotto il profilo della c.d. putatività dell'esimente (...)".¹⁵²

3.4. *Gli statuti ed i giudizi dell'ITCY e dell'ITCR.*

Nel paragrafo precedente abbiamo analizzato quale disciplina ricevette l'obbedienza agli ordini superiori negli statuti dei tribunali internazionali, istituiti per il perseguimento dei crimini commessi durante la seconda guerra mondiale, e quale applicazione fecero gli stessi tribunali di tale disciplina¹⁵³.

L'art.8 dello statuto del tribunale di Norimberga sancì il principio per cui gli ordini superiori non scusano, ma possono soltanto mitigare la pena, sull'impronta del quale, per tutta la seconda metà del XX secolo, vennero plasmate tutte le disposizioni statutarie e tutte le statuizioni giudiziali in tema di obbedienza agli ordini superiori.

Nello studio dell'evoluzione del diritto penale internazionale abbiamo posto in evidenza come una delle più significative e recenti tappe dello sviluppo di tale sistema sia rappresentata dall'istituzione dei

¹⁵² Cass. 16 novembre 1998, Priebke, in *Foro it.*, 1999, II, p.296-299.

¹⁵³ Vedi sopra cap. II, par. 3.3.

due tribunali internazionali per i crimini commessi nell'ex-Jugoslavia ed in Ruanda¹⁵⁴.

Nel tentativo di ricostruire quale sia il quadro relativo alla *defence* degli ordini superiori che emerge dagli statuti e dalle decisioni dell'ITCY e dell'ITCR, attraverso un'osservazione complessiva di tale contesto normativo e giudiziale, si evince che l'obbedienza agli ordini superiori assume una duplice rilevanza:

- i) come causa di mitigazione della pena;
- ii) come elemento di fatto che, insieme ad *altre* circostanze, può integrare la *defence* di *duress*.

Per quanto concerne il *primo aspetto* (i) è evidente come la tendenza cui si è fatto precedentemente riferimento, sviluppatasi da Norimberga in poi, abbia pervaso anche queste due vicende di giustizia internazionale.

Collocandosi nel solco tracciato dall'art.8 dello statuto di Norimberga, infatti, gli statuti dell'ITCY e dell'ITCR dispongono in tema di obbedienza agli ordini superiori:

“The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him of criminal

¹⁵⁴ Sul tema vedi GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità*, 2001, p. 206

responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal determines that justice so requires".¹⁵⁵

Tale norma, che trova espressione nell'art.7 (n.4) dello statuto dell'ITCY e nell'art.6 (n.4) dello statuto dell'ITCR, sancisce palesemente il rigetto degli ordini superiori come possibile *defence* per il subordinato che abbia agito in esecuzione di un ordine illegittimo e riserva ad essi il possibile ruolo di causa di mitigazione della pena.

Nell'analisi della casistica giurisprudenziale proveniente dalle due corti internazionali¹⁵⁶ è emerso il fatto che l'obbedienza agli ordini superiori non sia stata eccepita autonomamente da nessun collegio difensivo come *complete defence*. Nel processo di Norimberga, in quello di Tokyo e nei *Subsequent proceedings*, nonostante la chiarezza delle disposizioni statutarie in merito, la *defence* degli ordini superiori fu ripetutamente eccepita dai colleghi difensivi e fu costantemente respinta dai tribunali. Nei processi dell'ITCY e dell'ITCR, ferma restando la regola di inammissibilità della *defence* in esame, non si assiste più a questo "gioco" in cui l'eccezione difensiva relativa agli ordini superiori viene costantemente sollevata e respinta.

Come possiamo interpretare tale dato?

¹⁵⁵ Il testo degli Statuti può essere consultato in BASSIUNI, *International Criminal Law Conventions*, pp. 251 e ss per l'ITCY e pp.258 e ss. per l'ITCR.

¹⁵⁶ Le decisioni dei due tribunali internazionali e tutte le informazioni relative allo stato dei procedimenti possono essere consultate sui siti web ufficiali dell'ITCY (<http://www.un.org/itcy>) e dell'ITCR (<http://www.un.org/itcr>), aggiornati al maggio 2001.

Una risposta appare certa ed è quella che legge, in questo mutato atteggiamento, il consolidamento definitivo della regola secondo la quale l'obbedienza agli ordini superiori può costituire solo una causa di mitigazione della pena, che è la c.d regola di *absolut liability* del subordinato.¹⁵⁷

Per quanto concerne il *secondo aspetto* (ii), ossia quello per il quale l'ordine del superiore può essere preso in considerazione come elemento di fatto nel valutare se ricorra la *defence* di *duress*, anch'esso trovò una prima espressione nei processi contro i criminali nazisti della seconda guerra mondiale.¹⁵⁸

Tuttavia è proprio nei processi dell'ITCY e dell'ITCR che questo secondo aspetto è stato oggetto di un'ampia considerazione, in particolare nel caso Erdemovic. Senza voler anticipare considerazioni che, in realtà, attengono più propriamente al tema della *defence* di *duress*, possiamo osservare come la *Trial Chamber I*, nel primo grado del caso *Erdemovic*, abbia dichiarato che il soldato che riceveva dal superiore un ordine manifestamente illegittimo ha il dovere di

¹⁵⁷ GAETA, *The Defence of Superior Orders: The Statute Of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in *European Journal of International Law*, vol.10 (1999), pp.177-79.

¹⁵⁸ È in questo senso che deve essere valutato il riferimento all'assenza di scelta morale che affiorò nell'*International Law Commission Report on Principles of Nuremberg Trial*, ossia nei c.d. "Principi di Norimberga"¹⁵⁸: "...That a soldier was ordered to kill or torture in violation of the international law of war has never been recognized as a defence to such acts of brutality, though, as the Charter here provides, the order may be urged in mitigation of the punishment. The true test, which is found in varying degrees in the criminal law of most nations is not the existence of the order, but whether moral choice was in fact possible".

disobbedire a tale ordine, a meno che ciò non lo esponga, a sua volta, a pericolo per la vita. Queste le parole della corte:

“Although the accused did not challenge the manifestly illegal order he was allegedly given, the Trial Chamber would point out that according to the case-law referred to, in such an instance, the duty was to disobey rather than to obey This duty to disobey could only recede in the face of the most extreme duress”.¹⁵⁹

In secondo grado, la *Appeals Chamber* ha ulteriormente precisato che:

“We subscribe to the view that obedience to superior orders does not amount to a defence per se but is a factual element which may be taken into consideration in conjunction with other circumstances of the case in assessing whether the defences of duress or mistake of fact are made out”.¹⁶⁰

In questo paragrafo abbiamo cercato di descrivere il duplice profilo con cui l'ordine del superiore è stato preso in considerazione dai due tribunali internazionali *ad hoc* dell'ex-Jugoslavia e del Ruanda.

¹⁵⁹ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-A, *Trial Chamber I, Sentencing Judgement*, par.19, 26 November 1996).

¹⁶⁰ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-A, *Appeals Chamber, Joint separate opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, par.34, 7 October 1997.

Per quanto concerne il primo dei due profili, cioè quello che maggiormente attiene alla natura intrinseca dell'istituto, abbiamo descritto il consolidarsi della c.d. regola di *absolute liability*, negli statuti così come nelle decisioni dei tribunali internazionali.

In realtà, quella che poteva apparire come una regola certa ed indiscussa in tema di ordini superiori, sulla scorta di una consolidata tendenza statutaria e giurisprudenziale, che si protraeva da Norimberga, oggi non può più considerarsi tale.

I più recenti sviluppi su questo argomento hanno profondamente rimesso in discussione la regola dell'*absolute liability* e hanno portato a soluzioni di assoluta rilevanza, che saranno esaminate dopo aver approfondito il tema dell'efficacia attenuante dell'obbedienza agli ordini superiori.

3.5. L'ordine del superiore come circostanza attenuante

Il *case-law* riportato nei paragrafi precedenti mostra in modo chiaro come, a partire dal processo di Norimberga, fino ai processi svoltisi di fronte ai due tribunali ad hoc per l'ex-Jugoslavia e per il Ruanda, l'obbedienza agli ordini superiori non sia stata considerata dalle corti come una *defence* in grado di escludere la responsabilità penale¹⁶¹. Sappiamo tuttavia che il fatto che un imputato abbia agito obbedendo agli ordini superiori non è un dato fattuale privo di ogni rilievo giuridico.

¹⁶¹ Vedi sopra, capitolo II, paragrafi da 3.1 a 3.5.

Infatti, secondo quanto previsto dalle convenzioni istitutive dei tribunali internazionali, ossia dalla Carta di Norimberga, dalla Carta di Tokyo, dal *Control Council Law No.10*, dagli statuti dell'ITCY e dell'ITCR, l'obbedienza agli ordini superiori *può* essere presa in considerazione da tali corti ai fini della attenuazione della pena, sempre che le stesse ritengano che ciò risponda a motivi di giustizia¹⁶².

L'attenuazione della pena per aver agito in esecuzione ad ordini superiori è rimessa al potere discrezionale della corte. Ciò significa che, in sede giudiziale, anche laddove sia dimostrato che l'imputato abbia commesso il crimine in esecuzione di un ordine ricevuto da un superiore, la corte non sarà tenuta a prendere in considerazione questa circostanza come un fattore di attenuazione della pena.

Le già citate disposizioni degli statuti dei tribunali internazionali rappresentano sicuramente delle fattispecie dal contenuto aperto e lasciano, di conseguenza, alle corti un margine più o meno ampio di scelta circa le misure da adottare. È opportuno rilevare anche il fatto che nessuna norma internazionale disciplini, né abbia mai disciplinato, la materia della attenuazione della pena da parte delle corti internazionali. Scrive in proposito Pollock:

“...i fatti allegati ai fini della defence, ma non sufficienti per una giustificazione o per una scusa, non sono completamente irrilevanti: essi possono esplicitare la loro efficacia ai fini della attenuazione della

¹⁶² Vedi sopra, capitolo II, paragrafi 3.3 e 3.4.

*pena. Le caratteristiche di una simile mitigazione – che può estendersi fino alla inflizione di una pena meramente nominale – rientrano nella discrezione giudiziale della corte e non sono definibili attraverso una norma espressa”.*¹⁶³

Tuttavia, l’assenza di una disciplina espressa in materia e il fatto che la attenuazione della pena rientri nell’esercizio di un potere discrezionale dell’organo giudicante non significano che la corte possa concedere o negare la attenuazione stessa *ad libitum*.

Due considerazioni ci aiutano a comprendere perché l’esercizio di tale potere da parte delle corti internazionali non sia assolutamente ed completamente libero.

Da un lato, le disposizioni in esame affermano che le stesse corti applicheranno la attenuazione della pena, nei confronti di colui che abbia commesso un crimine in esecuzione di ordini superiori, laddove esse ritengano che ciò sia richiesto da motivi di giustizia. Questa precisazione ci legittima a dedurre che i tribunali internazionali, di fronte alla possibilità di mitigare la pena di un imputato che abbia agito sotto gli ordini di un superiore, pur negli spazi aperti della relativa disciplina statutaria, debbono tenere in considerazione le esigenze della giustizia. Si tratta, evidentemente, di un richiamo generico e non ulteriormente precisato, ma sicuramente ricco di significato e di conseguenze. La norma esprime un generale vincolo finalistico che grava sulla corte

¹⁶³ POLLOCK, *The World of the League of Nations*, in *L.Q.R.* vol.35, 1919, p.198 citato da DINSTEIN, *The defence of Superior Orders in International Law*, 1962, p.52.

nell'esercizio del suo potere discrezionale. Essa, infatti, accertato il fatto che il subordinato ha agito in esecuzione di un ordine criminoso proveniente da un suo superiore, stante la responsabilità dello stesso subordinato, deciderà di attenuare o di non attenuare la sua pena in ragione del fatto che ciò risponda o meno alle esigenze della giustizia.

Dall'altro lato, le disposizioni degli statuti dei tribunali internazionali fanno sì che l'obbedienza agli ordini superiori possa, in sede dibattimentale, essere fatta oggetto di un'eccezione da parte dei collegi difensivi, ai fini dell'inflizione di una pena più lieve. Ebbene, ogni corte di diritto, ed i tribunali internazionali lo sono, è chiamata a pronunciarsi in merito alle eccezioni legittimamente sollevate dalle parti in causa. Nel caso concreto, quindi, laddove sia legittimamente sollevata, da parte del collegio difensivo, l'eccezione di obbedienza agli ordini superiori, rivolta ad ottenere una attenuazione della pena, la corte dovrà indicare quali motivi di giustizia richiedano che all'imputato sia inflitta una pena più lieve o viceversa.

Considerata la già citata assenza di disposizioni normative in materia, per individuare quali siano i motivi di giustizia in ragione dei quali una corte internazionale possa decidere di attenuare o di non attenuare la pena di un imputato che abbia agito in esecuzione di un ordine superiore, dobbiamo necessariamente rivolgere, ancora una volta, l'attenzione verso il *case-law* internazionale relativo a crimini di guerra, contro la pace e contro l'umanità.

Cominciando dai processi celebrati a Lipsia al termine della prima guerra mondiale, sono proprio i due già citati casi *Dover Castle*¹⁶⁴ e *Llandovery Castle*¹⁶⁵ ad offrirci interessanti indicazioni. Come sappiamo, nel primo dei due casi la *defence* di obbedienza agli ordini superiori fu accolta come causa di esclusione della responsabilità penale e l'imputato venne quindi assolto. Nel secondo invece, sebbene l'obbedienza agli ordini superiori, ammessa in linea di principio come *complete defence*, fosse stata respinta sulla base di ragioni inerenti al fatto in esame, la corte dispose che essa dovesse essere presa in considerazione ai fini della attenuazione della pena e, di conseguenza, condannò i due imputati alla reclusione per un periodo di soli quattro anni. La corte motivò tale decisione affermando che gli imputati avevano “*acquisito l'abito mentale dell'obbedienza alla autorità superiore e che di esso non potevano spogliarsi*”.

Venendo ora ai crimini di guerra, contro la pace e contro l'umanità commessi durante la seconda guerra mondiale possiamo prendere in considerazione, ai fini del nostro discorso, una serie di casi i quali offrono indicazione parimenti importanti per stabilire quali esigenze di giustizia giustifichino o meno la attenuazione della pena di un subordinato che commetta un crimine in esecuzione di un ordine criminoso.

¹⁶⁴ *Dover Castle*, 16 AJIL, 1922; vedi sopra cap. II, paragrafo 3.2.

¹⁶⁵ *Llandovery Castle*, 16 AJIL, 1922; vedi sopra cap. II, paragrafo 3.2.

Nel caso *Keitel*¹⁶⁶, che fu uno dei grandi criminali di guerra processati a Norimberga dall'*International Military Tribunal*, l'imputato, nominato nel 1938 da Hitler capo dell'Alto Comando delle forze armate tedesche, fu incriminato per crimini contro la pace, crimini di guerra e crimini contro l'umanità. Il tribunale lo riconobbe colpevole per tutti i capi d'accusa e precisò:

“In the face of this documents Keitel does not deny his connections with this acts. Rather, his defence relies on the fact that he is a soldier, and on the doctrine of superior orders, prohibited by Article 8 of the Charter as a defence.

There is nothing in mitigation. Superior orders, even to a soldier, cannot be considered in mitigation where crimes as shocking and extensive have been committed consciously, ruthlessly, and without military excuse or justification.”.

Keitel fu condannato alla pena capitale.

Tra i casi di Norimberga, anche il caso *Jodl*¹⁶⁷ offre delle indicazioni interessanti. Incriminato per crimini di guerra, contro la pace e contro l'umanità, Jodl, che fu capo dello staff operativo dell'Alto Comando delle forze armate tedesche (il cui immediato superiore era

¹⁶⁶ *Trial of the Major War Criminals, International Military Tribunal, Nuremberg, Germany, 1 October 1946, Judgment defendant Keitel, in A.A.V.V., Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, 2000, vol.II, part.1, pp.709 e ss.*

¹⁶⁷ *Trial of the Major War Criminals, International Military Tribunal, Nuremberg, Germany, 1 October 1946, Judgment defendant Jodl, in A.A.V.V., Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, 2000, vol.II, part.1, pp.735 e ss.*

Keitel), fu riconosciuto colpevole di tutti i capi di imputazione ascrittigli. Il tribunale si espresse in questi termini:

“His defence, in brief, is the doctrine of superior orders, prohibited by Article 8 of the Charter as a defence. There is nothing in mitigation. Participation in such crimes as these has never been required of any soldier and he cannot now shield himself behind a mythical requirement of soldierly obedience at all cost as his excuse for the commission of these crimes”.

Jodl fu condannato a morte per impiccagione.

Anche tra i *Subsequent Proceedings*¹⁶⁸ vi sono casi meritevoli di essere menzionati.

Nel caso *Einsatzgruppen*¹⁶⁹, anzitutto, molti imputati avanzarono la *defence* di obbedienza agli ordini superiori. L'accusa si espresse non solo contro l'ammissibilità dell'obbedienza agli ordini superiori come *defence*, ma anche contro la possibilità, espressamente prevista dall'articolo II (lett. b, 4c.) del *Control Council Law No.10*, che la stessa obbedienza fosse fatta valere nel caso concreto ai fini della attenuazione della pena. La tesi dell'accusa si fondava sulla considerazione che gli imputati avevano agito con animo volenteroso e compiacente, coscientemente e con fervore. Non agirono quindi contro la loro stessa

¹⁶⁸ Vedi sopra capitolo II, paragrafo 3.3.3.

¹⁶⁹ 4 CCL Trials 470 (*Einsatzgruppen Case*); estratti del caso possono essere consultati in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.1, pp 2001 e ss.

volontà. La corte non riconobbe che nel caso in esame sussistessero ragioni di giustizia che richiedessero una attenuazione della pena da infliggere agli imputati e, sul punto precisò:

“The subordinate is bound only to obey the lawful orders of his superior and if he accepts a criminal order and executes it with malice of his own, he may not plead superior orders in mitigation of his offense”.

I due imputati principali, Otto Ohlendorf e Heinz Jost furono rispettivamente condannati alla pena capitale per impiccagione ed all'ergastolo.

Un altro caso, tra i procedimenti successivi al processo di Norimberga, che è opportuno citare è il c.d. *Medical Case*¹⁷⁰, ossia il processo a Rudolf Brandt ed altri. I sedici imputati vennero perseguiti per crimini di guerra e per crimini contro l'umanità (nonché per l'affiliazione ad organizzazioni criminali) concretatisi in uccisioni, brutalità, crudeltà, torture, atrocità ed altri atti inumani, commessi attraverso esperimenti scientifici su soggetti non consenzienti. Tali esperimenti, condotti su civili o su prigionieri di guerra di nazioni in conflitto con la Germania, comprendevano tra gli altri esperimenti di congelamento, esperimenti per l'immunizzazione dalla malaria, esperimenti col *Lost Gas* (veleno anzi noto come gas *mustard*),

¹⁷⁰ 2 CCL Trias 773 (*The Medical Case*); estratti del caso possono essere consultati in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.1, pp 1697.

esperimenti sugli effetti della sulfanilamide, esperimenti di rigenerazione ossea, muscolare e nervosa e di trapiantologia, esperimenti con acqua marina, esperimenti di sterilizzazione, esperimenti sugli effetti della meningite cerebrospinale e sui possibili vaccini. Il tema dell'obbedienza agli ordini superiori ai fini della attenuazione della pena viene in considerazione in particolare con riferimento ad un imputato: il colonnello delle SS Walfram Sievers, uno dei tre imputati facenti parte delle forze armate tedesche. Nell'escludere la rilevanza degli ordini superiori nel caso dello stesso Sievers, la corte precisò che, sebbene la politica di base degli esperimenti ed i progetti generali fossero definiti dai suoi superiori, l'imputato, nell'esecuzione in dettaglio degli stessi, ebbe un illimitato potere discrezionale. La corte inoltre considerò il fatto che, sebbene Sievers affermasse di non essersi trovato nelle condizioni di rifiutare una simile assegnazione, molteplici prove documentali dimostravano che, diversamente da lui, altri avevano rifiutato l'incarico ed erano comunque sopravvissuti per poterlo raccontare. L'imputato fu condannato a morte per impiccagione.

Tra i processi celebrati di fronte ad organi giurisdizionali nazionali per crimini di guerra e contro l'umanità commessi durante la seconda guerra mondiale, assume rilevanza in relazione al tema in esame anche il processo a Adolf Eichmann, svoltosi nel 1961 di fronte alla Corte Suprema israeliana. Nel *caso Eichmann*¹⁷¹ la corte, dopo essersi

¹⁷¹ Israel v. Eichmann, 36 I.L.R. 5 (District Court 1961/1962); estratti del caso possono essere consultati in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.1, pp 2329.

soffermata sulla natura manifestamente criminosa degli ordini ricevuti dall'imputato, diretti all'organizzazione ed alla esecuzione del piano di sterminio del popolo ebraico, precisò che:

“This was not a single crime, but a consecutive series of crimes committed over the course of many years. The accused had more than enough time to reflect on his deeds and to desist from them. But he did not stop, and as time went on he even intensified his activity.

From what has been said up to now, the accused's attempt to rely on superior orders he received as justification for his acts, or even in mitigation of his punishment according to Section 11 of the Law, is already doomed to failure. Yet we shall go on to examine what was the inner attitude of the accused to the orders within the framework of which he acted. Did these orders cause him to struggle with his conscience, so that he acted under compulsion from which he saw no escape; or did he act with inner indifference like an obedient automaton; or did he perhaps identify himself in his heart with the contents of the orders? Although it makes no difference as regards to convicting the accused, yet the enquiry is important for the determining of the accused's moral responsibility for this acts. (...).

We shall sum up this section by holding that the accused put his conscience behind him, as was demanded to him by the regime to which he had devoted and sold himself body and soul. (...). But it is not to be said of him that his mind also ceased to function or that it functioned

only in blind obedience. He believed in the National-Socialist' false ideology that the Jews were enemies of the Reich and were to be destroyed without mercy. His hatred was cold and calculated, aimed rather against the Jews people as a whole than against the individual Jews, and it is for just this reason that it was so venomous and destructive in all its manifestations. To the task he devoted his allert mind, his great cunning and his organizing skill. He acted within the general framework of the orders which were given to him, but within this framework he went to the very limit to bring about the speedy and complete extermination of all Jews in the territories under German rule and influence”.

Tra i casi relativi ai crimini commessi durante la seconda guerra mondiale decisi da organi giurisdizionali nazionali, oltre al *caso Eichmann*, presenta spunti di particolare interesse per il tema in esame anche il *caso Priebke*.

In seguito al giudizio di primo grado, Priebke fu condannato a quindici anni di reclusione dal Tribunale militare di Roma¹⁷²; una pena, questa, che fu in seguito parzialmente condonata nel termine di dieci anni. Il tribunale riconobbe in capo a Priebke l'attenuante facoltativa prevista dall'art.59 del codice penale militare di pace, la quale può essere concessa al subordinato che sia stato determinato alla commissione del delitto da parte del superiore. Il tribunale osservò che:

¹⁷² Trib. Mil. di Roma, 22 luglio 1997, in *Cass. Pen.* 1998, p.668.

“...per configurarsi davvero l'altrui determinazione non è sufficiente che altri abbia provocato nel reo la semplice idea del reato, bensì occorre che ne abbia autenticamente creato l'intenzione. In altre parole, è indispensabile che l'attività del superiore sia riuscita a formare nella mente dell'inferiore il proposito criminoso sì da determinarlo all'esecuzione del reato. (...).

È evidente, peraltro, che la legislazione penale militare (...) considera come dato qualificante la diversità di posizione gerarchica in forza della quale le capacità di reazione dell'inferiore determinate risultino attenuate in conseguenza della soggezione psicologica nei confronti del superiore determinante.

Se di tali concetti si fa applicazione nel caso di specie non è dato dubitare che entrambi gli imputati abbiano partecipato all'eccidio solo per adempiere all'ordine impartito da un superiore dotato come il Kappler di un'indubbia capacità carismatica, ordine che, pur se delittuosamente impartito, li ha determinati a concorrere nel reato.

Ad impedire l'applicazione della attenuante in questione occorrerebbe affermare che l'Hass o il Priebke avrebbero, nell'ambito dei relativi ruoli, partecipato comunque al fatto in forza di una loro autonoma, indipendente scelta criminosa.

Al contrario è del tutto evidente che l'Hass e il Priebke abbiano preso parte all'eccidio certo non perché animati da una entusiastica volontà di protagonismo (...).”

Il giudice di primo grado concesse dunque all'imputato l'attenuante facoltativa prevista dalla legge italiana nei confronti del subordinato che nella commissione di un reato sia stato determinato da un ordine di un suo superiore gerarchico e concluse le proprie argomentazioni sul punto ricordando, in senso di conformità alla decisione presa, il disposto dell'art.8 dello statuto del Tribunale Internazionale di Norimberga.

La decisione del Tribunale militare di Roma sul punto non fu condivisa dalla Corte militare d'appello di Roma¹⁷³, la quale negò l'applicabilità nel caso concreto dell'attenuante di cui all'art.59 del c.p.m.p. e condannò Priebke e Hass all'ergastolo. La Corte dopo aver messo in evidenza la corrispondenza della norma in questione con l'art.114, comma 3¹⁷⁴, del codice penale italiano, palesò anzitutto la *ratio* delle due norme:

*“Merita un’attenuazione della pena, in parallelo con il diminuito grado di colpevolezza, chi è stato indotto alla commissione del reato solo a cagione dell’abuso di una posizione di soggezione o di minorazione psichica in cui versava il concorrente da parte di altri.
(...).*

¹⁷³ Corte mil. d'Appello, 7 marzo 1998, in *Indice pen.*, 1999, p. 959

¹⁷⁴ L'art.114, comma 3, del c.p. italiano dispone: “La pena può essere altresì diminuita per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato quando concorrono le condizioni stabilite nei nn.3 e 4 del primo e del terzo comma dell'art.112”, ossia quando un soggetto “nell'esercizio della sua autorità, direzione o vigilanza, abbia determinato a commettere il reato persone ad esse soggette” e quando “abbia determinato a commettere un reato una persona di età inferiore a 18 anni o una persona in stato di infermità o deficienza psichica, ovvero si è comunque avvalso degli stessi nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza”.

Il grado di colpevolezza del determinatore è maggiore, non perché ha fatto sorgere un proposito criminoso prima insussistente, ma perché ha abusato di una posizione di supremazia che gli ha consentito di vincere minori resistenze; il grado di colpevolezza del soggetto determinato è più attenuato, non perché senza la determinazione altrui egli non avrebbe commesso il reato, ma perché la sua minorata capacità a fronte dell'abuso rende meno riprovevole la deliberazione di commettere il reato, comunque assunta”.

Sulla base di una simile interpretazione della norma in questione la corte ritenne che non vi fosse ragione di procedere all'attenuazione della pena nei confronti di Priebke, come del resto anche per Hass, in quanto non ci fu determinazione;

Così si espresse la Corte in proposito:

“In conclusione, siccome l'imputato trovò in sé medesimo e nel suo abito mentale la forza di commettere il delitto al quale erano chiamato, senza che Kappler o i suoi superiori dovessero abusare del loro grado per convincerlo, non essendovi determinazione rilevante non vi ragione per muovere nei suoi confronti un più tenue giudizio di colpevolezza e quindi per applicare l'attenuante dell'art. 59, n. 1, c.p.m.p., invece ritenuta sussistente dal giudice di primo grado” .

La decisione della Corte militare d'appello fu impugnata dagli imputati di fronte alla Corte di cassazione¹⁷⁵, la quale respinse, tra gli altri, anche il motivo di gravame relativo alla mancata applicazione della circostanza attenuante prevista dall'art.59, n.1, del c.p.m.p. e confermò la condanna all'ergastolo per entrambi. La Corte di cassazione condivise l'interpretazione della norma in esame fatta dalla Corte militare d'appello e negò l'applicabilità dell'attenuante ad un caso come quello in esame, nel quale si delineò

“una situazione di concorde collaborazione di tutti gli ufficiali del comando delle SS romane alla programmazione e all'esecuzione dell'eccidio, senza alcun abuso da parte dei superiori della loro posizione gerarchicamente sovraordinata”.

Tornando all'analisi del *case-law* internazionale rivolta all'individuazione di quali criteri di giustizia possano indurre una corte ad attenuare la pena di un soggetto che abbia commesso crimini di guerra o contro l'umanità in esecuzione di ordini superiori, possiamo ora prendere in considerazione i casi decisi dai tribunali internazionali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e per il Ruanda.

In particolare, due casi decisi dall'*International Tribunal for the former Yugoslavia*, il cui statuto, come sappiamo, riprende all'art.7,

¹⁷⁵ Cass. 16 novembre 1998, Priebke, in *Foro it.*, 1999, II, p.274.

comma 4, il la norma contenuta nell'art.8 dello statuto di Norimberga, appaiono significativi relativamente alla tematica in questione.

Nel *Brcko case*¹⁷⁶, l'imputato Goran Jelusic, incriminato per genocidio in seguito agli omicidi di numerosi bosniaci mussulmani detenuti nella stazione di polizia di Brcko e nel campo di concentramento di Luka, eccepì di fronte alla *Trial Chamber*, ai fini della attenuazione della pena, di aver agito in obbedienza ad ordini superiori. La corte negò la circostanza attenuante nel caso in esame, condannando l'imputato a quarant'anni di reclusione, e si espresse nei seguenti termini:

“Moreover the Trial Chambers considers that, even if it had been proved that Goran Jelusic acted on the orders of a superior, the relentless character and cruelty of his acts would preclude his benefiting from this fact as a mitigating circumstance”

Allo stesso modo, nel caso *Celebici Camp*¹⁷⁷, l'imputato Esad Lanzo, incriminato per omicidi, torture e trattamenti inumani da lui posti in essere nei confronti degli internati del campo di concentramento di Celebici, eccepì, ai fini di una attenuazione della pena, di aver agito in

¹⁷⁶ *Prosecutor v. Goran Jelusic*, IT-95-10, *Trial Chamber I, Judgment*, 14 December 1999; il testo integrale di questo giudizio può essere consultato sulle pagine web del sito ufficiale dell'ITCY (www.un.org/icty).

¹⁷⁷ *Prosecutor v. Delali, Mucic, Delic and Landzo*, IT-95-21, *Trial Chamber I, Judgment*, 25 September 1996; estratti di questo caso possono essere consultati in *A.A.V.V. Substantive and Procedural Aspects of International Law*, Vol. II, Part 2, pp.1187 e ss..

esecuzione di ordini provenienti dai suoi superiori. Nel respingere tale argomento difensivo la corte si espresse come di seguito:

“The Defence further contends that Mr. Landzo committed the offences established against him under the orders of his superior. This assertion has been considered and rejected in the examination of the evidence under each of the counts of the Indictment relating to him. Even were it to be accepted that Mr. Landzo was, on occasion, ordered to kill or mistreat prisoners within the prisoncamp, the evidence does not indicate that he performed these task with reluctance. To the contrary, the nature of his acts strongly indicates that he took some perverse pleasure in the infliction of great pain and humiliation”.

In conclusione, dunque, possiamo cercare di evincere da queste indicazioni, quali criteri guidino l'organo giudicante nella concessione della attenuazione della pena in quei casi in cui un soggetto ponga in essere crimini di guerra o contro l'umanità in esecuzione di ordini superiori.

Una considerazione a parte merita, a nostro parere, il *caso Dover Castle* nel quale l'attenuazione della pena riconosciuta nei confronti dell'imputato trova origine da un'ottica scusante secondo la quale non sarebbe stato possibile chiedere a dei militari un comportamento diverso da quello di una pronta obbedienza, in virtù dell'abito mentale di chi vive ed opera in un contesto fortemente gerarchizzato.

Ad argomentazioni di diversa natura fanno, invece, riferimento le decisioni giudiziali, relative ai crimini commessi durante la seconda guerra mondiale, che abbiamo sopra riportato.

In esse pare evidente che l'attenuazione della pena derivante dall'aver commesso il crimine in esecuzione di un ordine proveniente da un superiore sia stata o meno concessa in considerazione delle modalità con le quali l'ordine è stato eseguito.

Infatti, l'attenuazione è stata negata in quei casi nei quali l'ordine criminoso è stato eseguito con crudeltà, senza pietà, per non dire traendo piacere dall'infliggere dolore e sofferenza; o, ancora, l'attenuazione è stata rifiutata in ragione del fatto che il reato è stato commesso con reiterazione, magari durante un lungo arco di tempo, meticolosamente, senza opporre mai neppure un rifiuto.

Le modalità d'esecuzione sono, a ben vedere, indice non solo dell'indole e della personalità del reo, ma anche del livello di accettazione e di condivisione dell'ordine criminoso ricevuto da parte dello stesso. Il *caso Priebke*, così come il *caso Eichmann*, negano la attenuazione della pena ponendo l'accento proprio sulla totale accettazione e sulla piena condivisione degli ordini ricevuti ed eseguiti dai rispettivi imputati.

Come canone inverso potremmo logicamente indurre che conduca ad un'attenuazione della pena, nei confronti di colui che commetta un crimine di guerra e contro l'umanità in esecuzione di ordini superiori, il fatto che questi abbia dimostrato riluttanza nel commettere il crimine

ordinatogli, o abbia offerto altri segni di non condivisione dello stesso mediante l'adozione di modalità di esecuzione non cruenta, in qualche modo dirette a ridurre le sofferenze delle vittime o, comunque, ad attenuare l'esito criminoso.

3.6. *Gli ultimi sviluppi*

Nel corso di questo studio è stata più volte menzionata l'importanza dello statuto di Roma, istitutivo dell'*International Criminal Court*, nello sviluppo del diritto penale internazionale¹⁷⁸. Lo statuto, infatti non rappresenta soltanto un ulteriore passo verso la nascita di un effettivo sistema di giustizia internazionale, ai fini della quale appare necessaria l'istituzione di una corte permanente, ma incarna anche il più rilevante sforzo codificatorio del diritto penale internazionale¹⁷⁹.

Nello statuto, infatti, hanno trovato per la prima volta una collocazione normativa scritta molte regole, alcune delle quali appartenenti al diritto penale internazionale consuetudinario. Sono state elaborate anche nuove regole e ciò testimonia il fatto che, nella carta firmata a Roma, non solo è confluito il diritto penale internazionale fino allora conosciuto ed applicato, ma hanno trovato espressione normativa anche le linee evolutive dello stesso.

Nella sezione dello statuto dedicata alla codificazione della c.d. parte generale del diritto penale internazionale, ossia la sezione intitolata

¹⁷⁸ Vedi sopra, cap.1, par.2.6.

¹⁷⁹ BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 1999, p. 125

General Principles of Criminal Law (Part 3), l'art.33 tratta dell'obbedienza agli ordini superiori nei seguenti termini:

“1. The fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless:

(a) the person was under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question;

(b) the person did not know that the order was unlawful; and

(c) the order was not manifestly unlawful.

2. For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful”.¹⁸⁰

Anche se la differenza fondamentale tra l'art.33 dello statuto dell'ICC ed i precedenti testi legislativi internazionali può essere individuata *ictu oculi*, risponde ad esigenze di chiarezza una preliminare analisi della disposizione statutaria.

L'art.33 esprime tre principi fondamentali:

- 1) l'ordine del superiore non è una *defence*,
- 2) a meno che ricorrano *cumulativamente* i tre requisiti indicati dalle lettere (a), (b) e (c);

¹⁸⁰ Il testo dello statuto dell'ICC, insieme ad ampie disquisizioni relative alla sua formazione e alla storia del diritto penale internazionale, può essere consultato in *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale*, a cura di REALE, 2000, oppure sul sito ufficiale delle Nazioni Unite (<http://www.un.org>).

- 3) in nessun caso il requisito (c) può ricorrere quando l'ordine ha per oggetto la commissione di atti di genocidio o crimini contro l'umanità.¹⁸¹

Ciò significa, in altre parole, che l'obbedienza agli ordini superiori non può mai essere una *defence* di fronte ad imputazioni quali il genocidio o i crimini contro l'umanità, essendo stabilito che, *a priori*, gli ordini di commettere simili delitti sono sempre manifestamente illegittimi.

Di conseguenza, ne deriva che l'obbedienza ad ordini superiori può però essere utilizzata efficacemente come *complete defence* in quelle situazioni in cui l'imputazione riguarda la commissione di un crimine di guerra.

L'art.33 segue quindi un'impostazione secondo la quale gli ordini di commettere un crimine di guerra possono non essere manifestamente illegittimi. Se ricorressero le circostanze previste dai punti (a) e (b) e gli ordini, la cui esecuzione comporta un crimine di guerra, dovessero non essere palesemente illegittimi, allora il subordinato potrebbe efficacemente avvalersi della *defence* in esame.

Appare quanto mai evidente che, ammettendo la *defence* di obbedienza agli ordini superiori, sia pur in determinate circostanze, i compilatori dello statuto di Roma si sono discostati dal modello di

¹⁸¹ GAETA, *The Defence of Superior Orders: The Statute Of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in *European Journal of International Law*, vol.10 (1999), pp.173

Norimberga, in ragione del quale i subordinati sono sempre responsabili per i crimini commessi in esecuzione di ordini superiori.

Tale orientamento, definito *conditional liability*, si pone, dunque, in contrasto con quella tendenza, definita *absolute liability*, che era prevalsa da Norimberga in poi ed aveva avuto un'ulteriore conferma negli statuti istitutivi dei tribunali internazionali per la ex-Jugoslavia e per il Ruanda.

Un simile discostamento dal modello di Norimberga assume una pregnante rilevanza anche in ragione delle intenzioni dei compilatori dello statuto, i quali nell'art.10 dello stesso dettato normativo, si sono posti l'obiettivo di codificare il diritto consuetudinario esistente¹⁸².

Dopo aver descritto, nei paragrafi precedenti, come l'approccio di *absolute liability* fosse prevalso a livello internazionale, negli statuti così come nelle decisioni dei tribunali internazionali, sorge spontaneo il quesito relativo alle scaturigini dell'approccio di *conditional liability* adottato dai compilatori dello statuto dell'ICC.

È un dato di assoluta importanza il fatto che *entrambi* gli approcci al tema degli ordini superiori abbiano trovato applicazione legislativa. Infatti, se da un lato l'approccio di *absolute liability* è stato dominante in campo internazionale, dall'altro lato l'approccio di *conditional liability* è stato generalmente adottato dai diversi sistemi legislativi nazionali e da alcuni manuali militari¹⁸³.

¹⁸² L'art.10 dell'ICC dispone: "Nothing in this Part (I) shall be interpreted as limiting or prejudicing in any way existing or developing rules of international law for purposes other than this Statute".

¹⁸³ GAETA, *The Defence of Superior Orders: The Statute Of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in *European Journal of International Law*, vol.10 (1999), pp.174-75

Possiamo citare in tal senso l'art.9 del Danish Military Discipline Act, la sezione 5, §1, del German Criminal Military Code, l'art. 10 dell'Israeli Military Manual, l'art.43 del Dutch Criminal Code, la sezione 21 dello Spanish Military Penal Code, l'art.18 dello Swiss Military Penal Code, la sezione 24 del Norwegian Military Penal Code, l'art.51 del codice penale italiano (applicabile anche ai reati militari), e quanto previsto dalle legislazioni interne di altri paesi, tra i quali il Brasile, la Finlandia, il Canada e gli Stati Uniti d'America.

Tuttavia, non si può neppure affermare con precisione che, mentre l'approccio di *conditional liability* prevale a livello nazionale, quello di *absolute liability* operi esclusivamente a livello internazionale. Esistono, infatti, alcuni sistemi nazionali che adottano entrambi gli approcci. Più specificamente, essi usano l'approccio di *conditional liability* per i reati commessi dai propri cittadini o da coloro che seguono ordini che si basano sulla legge nazionale. Adottano, invece, l'approccio di *absolute liability* in riferimento a crimini di guerra commessi da cittadini di nazioni nemiche o da coloro che eseguono ordini che si fondano su leggi straniere. Tra questi ordinamenti troviamo quello belga e quello francese.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Per quanto riguarda la Francia si consideri l'art.3 della "Ordinanza sulla punizione dei crimini di guerra commessi durante la seconda guerra mondiale da cittadini nemici o da agenti non francesi al servizio di un'amministrazione nemica", del 1944. La norma, che prevede l'assoluta responsabilità subordinata per gli ordini eseguiti aventi, ad oggetto la commissione di crimini di guerra, si pone come eccezione alla disciplina prevista dall'art.327 del codice penale allora vigente, che è invece inquadrabile secondo uno schema di *conditional liability*.

Ma non è solo sul piano legislativo che l'approccio di *conditional liability* ha avuto modo di manifestarsi.

Sul piano giurisprudenziale, già durante processo di Norimberga, tre dei quattro membri dell'accusa mantennero un atteggiamento che non si conciliava con lo spirito dell'art.8 della Carta di Londra. Anziché asserire che l'art.8 semplicemente esclude la *defence* di obbedienza agli ordini superiori, il procuratore francese, quello inglese e quello russo, affermarono che il ricorso a tale *defence* dovesse essere respinto a causa della *manifesta illegalità* degli ordini¹⁸⁵.

Più recentemente, durante il Security Council successivo all'adozione della risoluzione con la quale furono istituiti l'ITCY e l'ITCR, la Albright, all'epoca ambasciatrice degli Stati Uniti presso l'ONU, sostenne con decisione l'opinione che la *defence* di obbedienza ad ordini superiori dovesse essere esclusa soltanto nel caso di manifesta illegalità degli ordini impartiti. La rappresentante del governo degli Stati Uniti affermò che:

“It is, of course, a defence that the accused was acting pursuant to orders where he or she did not know that the orders were unlawful and a person of ordinary sense and understanding would not have known the order to be unlawful”.¹⁸⁶

¹⁸⁵ DINSTEN, *The Defence of Superior Orders in International Law*, 1965, pp. 125 e ss.

¹⁸⁶ S/PV.3217, 25 maggio 1993, p.16.

Questa prospettiva sembra che sia stata fatta propria da un giudice della corte d'appello dell'ITCY, nel caso Erdemovic. Nella sua *separate opinion* il giudice italiano Cassese, allora presidente del tribunale, affermò che è un dovere del soldato disobbedire soltanto a quegli ordini che sono manifestamente criminosi secondo la legge internazionale. Un soldato, dunque, non ha il dovere di disobbedire ad ordini la cui illegalità non sia manifesta, a meno che, per altra via, egli non sia conoscenza dell'illegalità degli stessi. Di conseguenza, se un ordine non è manifestamente criminoso il soldato deve eseguirlo e può eccepire il suo dovere di obbedienza come *defence*.¹⁸⁷ Le parole del giudice Cassese sul punto furono le seguenti:

“It is also important to mention that, in the case-law, duress is commonly raised in conjunctions with superior orders. However there is no necessary connection between the two. Superior orders may be issued without being accompanied by any threats to life or limb. In these circumstances, if the superior order is manifestly illegal under international law, the subordinate is under the duty to refuse to obey the order”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-A, Appeals Chamber, separate and dissenting opinion of Judge Cassese, par.15, 7 October 1997.

¹⁸⁸ A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.2, p.1485.

Le considerazioni che abbiamo svolto consentono di comprendere che l'approccio di *conditional liability*, sebbene minoritario in campo internazionale, non emerse *ex novo* in sede di redazione dello statuto dell'*International Criminal*. Esso aveva avuto plurime manifestazioni in ambito normativo, sia pur a livello nazionale, ed anche nel campo della giustizia internazionale.

I due differenti approcci riemersero quindi alla Conferenza di Roma.

L'approccio alla *defence* degli ordini superiori in termini di *absolute liability*, fu invocato con forza, in particolare, dalla delegazione tedesca. Essa sostenne che, essendo stato sancito dall'Accordo di Londra il principio, secondo il quale i subordinati sono sempre criminalmente responsabili per l'esecuzione di ordini che comportino la commissione di crimini internazionali, tale principio è divenuto ormai una regola consuetudinaria di diritto internazionale.

L'approccio di *conditional liability* fu, invece, sorretto con decisione dalla delegazione degli Stati Uniti d'America, la quale sostenne che la casistica *nazionale* successiva alla seconda guerra mondiale avesse superato il modello di Norimberga. La delegazione affermò che, di conseguenza, l'approccio da essa sostenuto fosse ormai parte del diritto internazionale consuetudinario¹⁸⁹.

¹⁸⁹ GAETA, *The Defence of Superior Orders: The Statute Of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in *European Journal of International Law*, vol.10 (1999), pp.188-89.

La contrapposizione di queste due dottrine fu così intensa che la stesura dell'art.33 divenne uno dei nodi gordiani delle negoziazioni relative alla Parte Terza dello statuto di Roma, dedicata ai *General Principles of Criminal Law*.

L'intensa e prolungata discussione portò ad una soluzione compromissoria.

In sostanza, le due opposte posizioni furono riconciliate mediante la semplice giustapposizione di entrambe nella stessa regola, l'art.33 appunto.

L'approccio di *absolute liability* è stato adottato per il genocidio ed i crimini contro l'umanità, mentre quello di *conditional liability* è stato scelto in riferimento ai crimini di guerra e, eventualmente, per il crimine di aggressione.

I due approcci, quindi, sono stati giustapposti attraverso l'attribuzione a ciascuno di essi di un proprio scopo e di un proprio campo d'applicazione.

Possiamo a questo punto chiederci quali siano i pregi e i difetti di tale soluzione compromissoria¹⁹⁰.

Anzitutto l'art.33 ha ribadito l'impossibilità di appellarsi agli ordini superiori di fronte ai crimini più spregevoli e gravi, come il genocidio e i crimini contro l'umanità, i quali normalmente comportano attacchi su vasta scala contro la innocente popolazione civile.

¹⁹⁰ GAETA, *The Defence of Superior Orders: The Statute Of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in *European Journal of International Law*, vol.10 (1999), pp.189-91.

In secondo luogo, la norma in esame ha il merito di aver rovesciato la presunzione, operata dalle varie legislazioni nazionali, nell'ambito dell'approccio di *conditional liability*, con cui le stesse si riferiscono alla *defence* degli ordini superiori.

Infatti, le legislazioni nazionali prevedono, come regola generale, che l'obbedienza agli ordini superiori costituisca una *defence*, salvo poi prevedere una serie di requisiti che rendono la *defence* invalida. È l'accusa a dover dimostrare l'assenza di questi requisiti. Diversamente, l'art.33 parte dalla presunzione che gli ordini superiori non rappresentino una valida *defence*, ma poi prevede una serie di circostanze in cui la *defence* può essere ammessa. È quindi la difesa a dover dimostrare di fronte alla corte internazionale la sussistenza di tali requisiti, compresa la non manifesta criminalità dell'ordine.¹⁹¹

Da una lettura dell'art.33 in chiave sistematica, inquadrando la norma nel più ampio contesto dello statuto, è possibile sollevare un'importante obiezione alla soluzione compromissoria prescelta dai compilatori della Carta di Roma.

Il discostamento dell'art.33 dal modello di Norimberga, infatti, appare discutibile se si considera che la norma in esame è fondamentalmente incompatibile con la codificazione dei crimini di guerra compiuta dall'art.8 dello stesso statuto dell'*International Criminal Court*.

¹⁹¹ GAETA, *The Defence of Superior Orders: The Statute Of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in *European Journal of International Law*, vol.10 (1999), p.192.

Da un lato, l'art.33 prevede la validità della *defence* nei casi di crimini di guerra, sulla base del presupposto che gli ordini di commettere simili crimini possono non essere manifestamente illegali e che, quindi, i subordinati possono essere all'oscuro della criminalità degli stessi.

Dall'altro lato, l'art.8 prospetta un esaustivo elenco dei crimini di guerra, il quale contempla atti che sono indiscutibilmente e palesemente criminali¹⁹².

L'ambito di possibile applicazione della *defence* in esame sembra quindi ridursi ulteriormente, in quanto sarà difficile, se non impossibile, considerare come non manifestamente illegittima una delle condotte qualificate dall'art.8 come crimini di guerra ed espressamente vietate.

In realtà, sarebbe auspicabile che la Corte, nel caso in cui in futuro dovesse operare effettivamente, sancisse la regola per cui gli ordini di commettere uno qualsiasi dei crimini elencati nell'art.8 dello statuto sono sempre manifestamente illegali e, pertanto, non ammettono *defence* per i subordinati¹⁹³.

¹⁹² L'art.8 dello statuto dell'ICC, insieme ad ampie disquisizioni relative alla sua formazione e alla storia del diritto penale internazionale, può essere consultato in *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale*, a cura di REALE, 2000, oppure sul sito ufficiale delle Nazioni Unite (<http://www.un.org>).

¹⁹³ GAETA, *The Defence of Superior Orders: The Statute Of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in *European Journal of International Law*, vol.10 (1999), pp.189-91.

Lorenzo Valtorta
Ordine del superiore e stato di necessità derivante da minaccia nel diritto penale internazionale

PUBBLICAZIONI
www.studiperlapace.it

CAPITOLO III

LO STATO DI NECESSITÀ DERIVANTE DA MINACCIA

1. Introduzione. – 2. Le condizioni di applicabilità della *defence* di *duress* nel *case-law* in materia di crimini di guerra e di crimini contro l'umanità. – 3 L'ambito di applicazione della *defence* di *duress* nel *case-law* in materia di crimini di guerra e contro l'umanità. – 4. Gli ultimi sviluppi: lo statuto dell'*International Criminal Court*.

1. Introduzione

Lo stato di necessità derivante da minaccia, definito nella terminologia internazionalistica *duress*, qualifica la situazione di colui che si trovi ad agire sotto la minaccia, proveniente da una terza persona, di un grave ed irreparabile danno per la vita o per l'integrità fisica.

Il riscontro di una situazione qualificabile in termini di *duress* fa sì che, in capo al soggetto che ha agito sotto l'effetto di una simile minaccia, non possa essere riconosciuta alcuna responsabilità penale.

La *duress* è spesso definita *necessity* (e talvolta anche *compulsion*), sia nei sistemi giuridici nazionali, sia nella giurisprudenza internazionale in materia di crimini di guerra e contro l'umanità.

Tuttavia, sebbene i due termini vengano talora utilizzati quali sinonimi nel linguaggio legislativo¹⁹⁴ ed in quello giudiziale, la *necessity*, come a ragione precisa il *British Manual of Criminal Law*¹⁹⁵, rappresenta una categoria più ampia di quella della *duress*, comprendendo ad una pluralità di situazioni e non solo ai pericoli provenienti da altre persone.

In altre parole, la più ampia categoria di *necessity* si riferisce tanto ai pericoli per la vita o l'integrità fisica determinati dalla minaccia che promana da una terza persona (*duress*), quanto ai pericoli che scaturiscono da circostanze naturali incontrollabili per l'uomo-medio (*necessity by circumstances*).¹⁹⁶

Nell'ambito del diritto penale internazionale, nel quadro di una prima analisi del *case-law*, è importante notare che l'eccezione di *duress* è frequentemente, se non quasi sempre, sollevata unitamente a quella di obbedienza agli ordini superiori.

Ciò, tuttavia, non significa che esista una connessione necessaria tra le due figure. Gli ordini superiori, infatti, possono essere posti in essere anche senza alcuna minaccia alla vita o all'integrità fisica. In tali circostanze, se l'ordine del superiore è manifestamente illegale secondo la legge internazionale, il subordinato è tenuto a disobbedire all'ordine stesso.

¹⁹⁴ MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello statuto della Corte Internazionale Penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, p.259.

¹⁹⁵ *The Law of War on Land*, 1958, par. 630, n.1.

¹⁹⁶ ELLIOTT, *Necessity, Duress and Self-defence*, 1989, pp. 611 e ss.

Nell'ipotesi in cui, di fronte ad una simile disobbedienza, l'ordine venga ribadito ed accompagnato da una minaccia per la vita o per l'integrità fisica, potrà allora essere sollevata la *defence* di *duress* e gli ordini superiori assumeranno rilevanza giuridica in quanto elemento di fatto nell'ambito della stessa *duress*¹⁹⁷.

Allo stesso modo la *duress* può essere avanzata in maniera del tutto indipendente dagli ordini superiori (ad esempio, laddove la minaccia sia arrecata da un subordinato).

Nel capitolo precedente abbiamo avuto modo di osservare come la *defence* degli ordini superiori sia stata oggetto di disciplina in tutti gli statuti dei tribunali internazionali che da Norimberga si sono susseguiti nel corso del ventesimo secolo.¹⁹⁸ Un analogo discorso non può essere fatto per la *defence* di *duress*, la quale non è *mai* stata disciplinata da alcuna disposizione normativa di rango internazionale, almeno fino a quando, nel 1998, lo statuto dell'*International Criminal Court* ne ha offerto un'espressa regolamentazione all'art.33, lettera d).¹⁹⁹

Ciò, tuttavia, non significa certamente che la *defence* in esame fosse sconosciuta al diritto penale internazionale prima di tale data. Lo statuto di Roma rappresenta semmai l'atto finale di codificazione di una regola

¹⁹⁷ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-A, *Appeals Chamber, Separate opinion of Judge Cassese*, lett. B), par.15, 7 October 1997.

L'opinione dissenziente del giudice Cassese può essere consultata in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.2, p.1485.

¹⁹⁸ Vedi sopra, cap.II, par. 3.3.

¹⁹⁹ Il testo dello statuto dell'ICC, insieme ad ampie disquisizioni relative alla sua formazione e alla storia del diritto penale internazionale, può essere consultato in *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale*, a cura di REALE, 2000, oppure sul sito ufficiale delle Nazioni Unite (<http://www.un.org>).

che si è sviluppata a livello consuetudinario e che ha avuto, nella prassi giudiziale, frequente applicazione.

Abbiamo già più volte evidenziato come le norme dello statuto dell'*International Criminal Court* non si siano limitate a codificare il diritto penale internazionale consuetudinario preesistente, ma abbiano anche dato espressione a linee evolutive del sistema stesso²⁰⁰. Pertanto, per meglio comprendere la portata delle norme in cui si concreta la disciplina statutaria della *defence* in esame, vale a dire per poter comprendere se tali norme abbiano semplicemente codificato una regola consuetudinaria in tema di *duress*, oppure abbiano avuto una portata innovativa, discostandosi dalla disciplina formatasi sulla prassi, è opportuno analizzare proprio lo sviluppo che la *duress* ha avuto nella prassi giudiziale internazionalistica.

Nel tentativo di ricostruire quali siano state le condizioni e l'ambito di applicazione della *defence* di *duress* nel diritto penale internazionale si deve quindi rivolgere l'attenzione al *case-law* in materia di violazioni della legge internazionale, ossia considerare i casi giurisprudenziali in materia di crimini di guerra, contro la pace e contro l'umanità, decisi, in particolare, dai tribunali internazionali, ma anche da quelli nazionali.

Nell'analisi di tale casistica si deve sempre tenere in adeguata considerazione il fatto che i tribunali competenti si sono pronunciati, in tema di *duress*, in assenza di una disposizione specifica in materia e che, secondo il sistema dei formanti del diritto penale internazionale, essi

²⁰⁰ BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 2000, p.217.

hanno dovuto enucleare la disciplina applicabile a cominciare dalla consuetudine e dai principi generali del diritto riconosciuti dai maggiori sistemi penali del mondo²⁰¹.

Dunque, nei paragrafi che seguiranno, cercheremo di individuare quali regole consuetudinarie siano state applicate dai tribunali internazionali in tema di *duress*, in assenza di un'espressa disposizione normativa, analizzando in particolare le problematiche relative alle condizioni di operatività della *defence* e al suo ambito di applicazione.

Confronteremo quindi tali regole consuetudinarie, estrapolate dal *case-law* in materia di crimini di guerra e contro l'umanità, con la disciplina prevista dallo statuto di Roma del 1998 per valutare se queste ultime disposizioni si siano, o no, discostate dalla prassi tradizionale.

Giova premettere a tale analisi la considerazione che, mentre nel primo campo di indagine (ossia quello relativo alle condizioni di applicabilità) si potrà facilmente riscontrare una certa uniformità di vedute, nel secondo (ossia quello relativo all'ambito di applicazione della *defence*), invece, gli orientamenti giurisprudenziali sono stati talvolta eterogenei.

Questo aspetto, che è una conseguenza diretta dell'esistenza di una duplicità di approcci alla *defence* in esame, fondati su due tradizioni giuridiche distinte, rende il secondo campo di indagine più articolato e complesso del primo e necessita, pertanto, di maggiore approfondimento.

²⁰¹ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-A, *Appeals Chamber, Separate opinion of Judge Cassese*, lett. A, par.11, 7 October 1997.

2. Le condizioni di applicabilità della *defence di duress* nel *case-law* in materia di crimini di guerra e di crimini contro l'umanità.

Quando un soggetto commette un'azione criminosa *under duress*, ossia agisce in uno stato di necessità derivante dall'altrui minaccia, può essere sollevato dalla responsabilità per il reato commesso laddove ricorrano determinate condizioni.

Per quanto concerne tali condizioni, necessarie all'applicabilità della *defence di duress*, il *case-law* in materia di crimini internazionali sembra essere sostanzialmente unanime²⁰².

Sulla base di una casistica composta da decisioni di tribunali internazionali e nazionali possono essere individuate quattro stringenti condizioni di applicabilità, le quali devono essere *contemporaneamente* presenti affinché la *duress* operi come *defence*²⁰³.

Esse sono, in particolare:

- a) l'azione incriminata deve essere posta in essere sotto l'effetto di una minaccia imminente di un grave ed irreparabile danno alla vita o all'integrità fisica;

²⁰² *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-A (*Appeals Chamber*), *Separate opinion of Judge Cassese*, lett. B), par.15, 7 October 1997.

L'opinione dissenziente del giudice Cassese può essere consultata in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.2, p.1485.

²⁰³ Il *case-law* rilevante su questo punto comprende: il c.d. *Einsatzgruppen case* e il c.d. *High Command case* (entrambi compresi tra i *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunal under Control Council Law n.10*); il c.d. *Jepsen case* (che fu uno dei *Proceedings of War Crimes held at Luneburg, Germany*); il c.d. *Eichmann case* (deciso dalla *Supreme Court of Israel* nel 1962).

- b) non esistevano mezzi alternativi per evitare tale danno;
- c) il crimine commesso non risulta essere sproporzionato rispetto al danno minacciato. In altre parole, il crimine commesso sotto *duress* deve consistere nel minore dei due mali;
- d) la situazione che conduce alla *duress* non deve essere stata volontariamente prodotta dalla persona coartata.

I requisiti sopra menzionati sono quelli che, comunemente, sono richiesti, nei diversi ordinamenti penali nazionali, affinché operi quella causa di esclusione della responsabilità che è lo *stato di necessità*. In sostanza, la minaccia, per escludere la punibilità di chi la subisce, deve creare in lui un vero e proprio stato di necessità.

Ove sussistano tali requisiti, risponderà del reato commesso dal soggetto coartato colui che ha inferto la minaccia.

L'ultima di queste condizioni di applicabilità, ossia la *proporzionalità*, è quella che da sempre presenta i maggiori aspetti problematici, in particolare, in chiave comparatistica.

Nei sistemi di *civil-law* lo stato di necessità (compreso, ovviamente quello derivante da minaccia) è inteso come una causa di giustificazione. Ciò significa che, laddove l'azione sia commessa in presenza di una situazione necessitante, la condotta non costituisce reato, venendo meno l'antigiuridicità del fatto. In tali sistemi la proporzionalità è intesa *in senso oggettivo*, ossia nel senso che si richiede vi sia proporzionalità tra i beni giuridici in gioco: tra il bene giuridico salvato e quello sacrificato.

Più specificamente, se la proporzionalità è intesa *in senso ampio* allora tale condizione è soddisfatta quando il bene salvato e quello sacrificato si equivalgono o quando quello salvato ha un valore superiore. Secondo un tale approccio un soggetto minacciato di morte sarebbe giustificato nel caso in cui uccidesse una o più persone per salvare la propria vita, dato che i beni giuridici in gioco si equivalgono sotto il profilo qualitativo.

Se, invece, la proporzionalità è intesa *in senso stretto* allora diviene necessario che vi sia un saldo positivo tra i beni giuridici in gioco. Secondo un simile approccio, ad esempio, se una persona che è stata minacciata di morte nel caso in cui non proceda all'uccisione di altre persone, decidesse di agire, la *defence* di *duress* potrebbe operare nei suoi confronti come scriminante solo se fosse dimostrato che, se egli non avesse eseguito l'ordine, le stesse persone sarebbero comunque state uccise e che, di conseguenza, al sacrificio delle loro vite si sarebbe aggiunto il sacrificio di una vita in più: la sua. In questo modo dimostrerebbe l'esistenza di un saldo positivo.

Anche nei sistemi di *common law* è richiesta la proporzionalità ai fini della possibile applicazione della *defence* di *duress*, ma essa non coincide con un bilanciamento degli interessi in gioco, bensì con il c.d. test oggettivo.

Si richiede che la minaccia abbia un'intensità tale da indurre ad agire, nel modo in cui ha agito l'autore del fatto, una persona di ragionevole forza d'animo. Il criterio è indubbiamente soggettivo ed

affinché possa operare la *defence* di *duress* è necessario che tale test abbia un esito positivo. È importante precisare che l'esito del test è sempre negativo di fronte a condotte omicidiarie e di fronte al reato di tradimento.

Questa diversità mette in luce come nei paesi di *common law* la *defence* di *duress* non rappresenti una causa di giustificazione, ma una scusante. In altre parole, di fronte alla situazione necessitante, nell'ipotesi in cui la *duress* possa operare, la condotta resta antigiuridica, ma il soggetto che ha agito non viene punito perché si ritiene che non potesse esigersi da lui, in quella particolare situazione, una condotta diversa. Tuttavia, laddove ci si trovi di fronte a situazioni nelle quali si deve scegliere tra la propria vita e quella di un innocente, gli ordinamenti di *common law* esigono un gesto eroico di *self sacrifice*. Possiamo ricordare in tal senso le parole della *House of Lords* nel famoso caso *Howe*²⁰⁴:

“Non si può considerare né giusta né umana una legge che privi della tutela penale una vittima innocente per coprire, invece, il codardo ed il vigliacco in nome di una concessione di fronte alla fragilità umana”.

In aggiunta alle condizioni finora considerate, i più rilevanti sistemi giuridici nazionali supportano il principio secondo il quale la presenza,

²⁰⁴ *Howe and Bunnister v. Burke and Clarkson*, 1987, 1 All ER 771, *House of Lords*.

nell'ordinamento interno, di un qualsiasi dovere di esporsi al pericolo in capo all'accusato, nei confronti della vittima, precluda il ricorso alla *duress* come *defence*.²⁰⁵

Si tratta, ad esempio, del capitano della nave o del vigile del fuoco, i quali, rispettivamente nell'ipotesi di un naufragio o di un incendio, per salvarsi abbiano sacrificato la vita di un'altra persona. Essi, così come i soldati, i medici, gli assistenti di volo, i membri della Croce Rossa, le guide alpine o i bagnini di salvataggio, non potranno addurre, come causa giustificazione, quella di aver agito *under duress*, in ragione dei doveri che incombono su chi esercita tali professioni.

Infine è opportuno soffermarsi sul quarto requisito, relativo alla causazione volontaria della situazione necessitante, in ragione della sua particolare rilevanza nelle situazioni di tipo bellico.

Per quanto concerne il *case-law* in materia di diritto internazionale umanitario, oltre all'*Einsatzgruppen case* e al *Milch case*, entrambi decisi da corti statunitensi situate a Norimberga, assumono a questo

²⁰⁵ Si veda in proposito l'art.54 del codice penale italiano, il quale prevede: "Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo". Allo stesso modo anche il § 35 del codice penale tedesco prevede: "Agisce senza colpevolezza chi commette un fatto antigiuridico per allontanare da sé o da un'altra persona a lui vicina un pericolo attuale e non altrimenti evitabile per la vita, l'integrità fisica o la libertà. Ciò non vale se dall'autore, date le circostanze, perché cioè egli stesso ha causato il pericolo o si trovava in una particolare situazione giuridica, si poteva esigere di affrontare il pericolo; tuttavia la pena può essere diminuita ai sensi del § 49 co. 1°, se l'autore aveva l'obbligo di affrontare il pericolo ma non in forza di una particolare situazione giuridica. (...)". Ancora, si può fare riferimento all'art.10, co.4°, del codice penale della Repubblica Federale di Jugoslavia (Serbia e Montenegro).

proposito particolare rilevanza alcuni casi decisi dopo la seconda guerra mondiale davanti a corti tedesche, le quali operarono sotto il *Control Council Law n.10*, strumento internazionale divenuto, in larga parte, diritto consuetudinario.

In particolare, in un caso deciso dalla Corte suprema tedesca nella zona d'occupazione inglese, i due imputati erano stati membri del partito Nazionalsocialista, uno come colonnello delle SA e l'altro come membro del NSDAP. Essi parteciparono agli attacchi alle sinagoghe del 10 novembre del 1938 e agli incendi delle stesse. Al processo ecceperono di aver agito sotto ordini superiori e in uno stato di necessità derivante da minaccia.

La corte respinse le eccezioni, precisando che:

“As an old member of the National-Socialist Party the accused knew the programme and the fighting methods of NSDAP. If he nevertheless made himself available as official Standartenfuhrer, he had to count from the start that he would be ordered to commit such crimes. Nor, in this condition of necessity for which he himself was to blame, could he have benefited from a possible misapprehension of the circumstances that could have misled him as to the condition of necessity or compulsion”.

In tal senso possono essere menzionati anche una serie di casi decisi di fronte alla Corte di cassazione italiana; si vedano la sentenza del caso

Spadini del 24 settembre 1945²⁰⁶, la sentenza del c.d. caso Toller del 10 maggio 1947²⁰⁷ e la sentenza del *caso Fumi* del 24 febbraio 1950²⁰⁸.

La stessa posizione è stata sostenuta dalla Corte d'Appello di Versailles nel caso *Touvier*, deciso il 2 giugno del 1993.

La corte ha statuito che:

*“No justification, be it founded on the state of necessity or on the defence of a third party, can be legitimately invoked by an official of the Militia, such as Touvier, who, by the virtue of his office, was naturally under the obligation to satisfy the requirements of the Nazi authorities. The very nature of this occupation, which he freely chose, implied regular co-operation with operation such as the SD or the Gestapo”.*²⁰⁹

La *duress*, dunque, così come la *necessity*, non può sollevare dalla responsabilità penale una persona che intenda avvalersi di tale *defence*, nell'ipotesi in cui egli abbia liberamente e coscientemente scelto di divenire membro di un'unità, un'organizzazione o un gruppo che sia istituzionalmente rivolto alla commissione di azioni contrarie alla legge internazionale umanitaria.

²⁰⁶ Cass., 24 sett. 1945, Spadini, in *Riv. pen.*, 1946, pp. 354 e ss.

²⁰⁷ Cass., 10 maggio 1947, Toller, in *Riv. pen.*, 1947, pp. 920 e ss.

²⁰⁸ Cass., 24 febbraio 1950, Fumi, in *Riv. pen.*, 1950, vol. II, pp. 380 e ss.

²⁰⁹ A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, Vol II, Part 2*, p. 1486-1487.

3. L'ambito di applicazione della *defence* di *duress* nel *case-law* in materia di crimini di guerra e di crimini contro l'umanità.

Dal *case-law* fin qui esaminato emerge che la *duress* è, nel diritto penale internazionale, una possibile *defence* che opera in presenza di determinati requisiti intorno ai quali esiste una sostanziale uniformità di vedute in dottrina ed in giurisprudenza²¹⁰.

Da queste indicazioni il quadro generale relativo alla *duress* potrebbe apparire piuttosto semplice: nel diritto penale internazionale, così come nei maggiori sistemi giuridici mondiali, un soggetto è esentato dalla responsabilità che deriva dalla commissione di un crimine nell'ipotesi in cui lo abbia posto in essere sotto la minaccia di un altro soggetto e ricorrano una serie di requisiti sui quali, oltretutto, convergono le indicazioni della giurisprudenza internazionale e nazionale, nonché le varie legislazioni interne.

In realtà il quadro non è affatto così semplice.

L'elemento di maggiore complessità deriva dal fatto che esiste un'importante diversità di approccio alla *defence* di *duress* tra i sistemi giuridici appartenenti alla tradizione giuridica di *common law* e quelli appartenenti alla tradizione giuridica di *civil law*.

Negli ordinamenti dei paesi dell'Europa continentale, da un lato, si riconosce una sola regola generale secondo la quale la *duress* può operare come *defence*, in presenza di stringenti requisiti, nei confronti di

²¹⁰ Vedi sopra nota 12.

qualsiasi condotta criminosa, a prescindere dalla gravità del reato in cui essa si concreta²¹¹.

Negli ordinamenti giuridici di *common law*, dall'altro lato, la regola generale per la quale la *duress*, in presenza degli stessi requisiti, opera come *defence* subisce un'importante eccezione: la *duress* non può essere eccepita nel caso di delitti particolarmente gravi e, in particolar modo, nelle ipotesi omicidiarie.

Sono dunque gli ordinamenti di *common law* a distinguersi ed a caratterizzarsi in modo peculiare in tema di *duress* introducendo un'eccezione alla regola di una generale ammissibilità della *defence*.

Questa visione ha le sue radici nella tradizione giuridica inglese la quale ha sempre respinto la nozione di *duress* come *defence* nei casi in cui vengano uccise persone innocenti sulla scorta di antiche *authorities* come Hale²¹², Blackston²¹³ e Stephen²¹⁴.

L'ordinamento inglese, così come gli altri ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica di *common law*, riconosce in via generale la *defence* di *duress* sulla base della coazione morale derivante dall'altrui minaccia di morte o di un grave danno per l'integrità fisica.

Anche nell'ordinamento inglese l'ammissibilità della *defence* in esame è subordinata alla sussistenza di alcuni requisiti essenziali che, secondo la dottrina prevalente, sono:

²¹¹ Si vedano in proposito l'art.54 del codice penale italiano e il § 35 del codice penale tedesco. Per il testo degli stessi si veda la nota 11.

²¹² HALE, *Pleas of the Crown*, 1800, vol.I, p.51.

²¹³ BLACKSTONE, *BlackstonÈs Commentaries on the Laws of England*, 1857, 4 Bl Com, 28.

²¹⁴ STEPHEN, *History of the Criminal Law in England*, 1883, vol.II, p.105.

- a) una minaccia di morte o di un altro grave danno fisico;
- b) un nesso causale tra la percezione della minaccia e la commissione del fatto (c.d. test soggettivo);
- c) la minaccia deve avere una intensità tale da indurre ad agire, come ha agito l'imputato, una persona di ragionevole forza d'animo²¹⁵.

L'invocabilità della *defence* di *duress*, tuttavia, è esclusa rispetto ai reati di tradimento (*treason*) e di omicidio (*murder*).²¹⁶

Quest'ultima limitazione, che è stata anche recentemente oggetto di acceso dibattito e di pronunce discordanti, è sconosciuta agli ordinamenti di *civil law*, nei quali la *duress* può essere invocata di fronte a qualsiasi crimine.

Nonostante alcuni interessanti spunti innovativi, questa impostazione tradizionale appare ancora molto radicata e dominante nell'area del diritto anglo-americano.

A riprova di un simile orientamento possono essere brevemente citati alcuni precedenti giurisprudenziali inglesi significativi ed abbastanza recenti.

Nel caso *Lynch v. Director of Public Prosecution for Northern Ireland*,²¹⁷ del 1975, l'imputato era stato assunto da un certo Meehan, un

²¹⁵ La *defence* di *duress* non è quindi subordinata, come avviene, ad esempio, nell'ordinamento italiano, alla prevalenza del danno evitato o del bene salvato rispetto al danno cagionato o al bene sacrificato, ma è fondata, in particolare, sull'esito positivo dei due test, soggettivo ed oggettivo.

²¹⁶ WILLIAMS, *Textbook of criminal law*, 1983, second edition, p.627 e ss.

²¹⁷ *Lynch v. Director of Public Prosecution for Northern Ireland*, 1975, 1 All ER 913, *House of Lords*.

killer conosciuto e spietato, affinché conducesse lui ed i suoi complici in un luogo dove gli stessi avrebbero ucciso, ed infatti uccisero, un poliziotto. L'imputato durante l'omicidio era rimasto nell'auto e, dopo lo stesso, aveva condotto via gli assassini dal luogo del delitto. In sede dibattimentale fu provato il fatto che disobbedire a Meehan sarebbe stato pericoloso e che, nel caso in questione, lo stesso Meehan aveva chiarito che non avrebbe tollerato alcuna disobbedienza.

L'imputato testimoniò di aver ritenuto che, se avesse disobbedito alle istruzioni ricevute, sarebbe stato ucciso. Condannato per omicidio, propose appello presso la *Court of Criminal Appeal for Northern Ireland*, ma la condanna fu confermata.

Il caso giunse quindi di fronte alla *House of Lords*, la quale statui che la *defence* di *duress* potesse operare nei confronti di colui che fosse imputato per complicità in omicidio, ma non nei confronti dell'autore materiale del delitto e, pertanto, annullò la condanna disponendo un nuovo processo a carico di Lynch.

Questa pronuncia fu ampiamente criticata dalla dottrina che la tacciò di illogicità, anche in considerazione del fatto che spesso il mandante, che è complice, può nella sostanza essere determinante nel delitto quanto, se non più, dell'autore materiale.²¹⁸

Tuttavia, essa apriva uno spiraglio all'ammissibilità della *defence* di *duress* nei casi di omicidio.

²¹⁸ SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, 1999, p.234.

Nel 1987 si propose alla *House of Lords* una nuova possibilità di chiarire la *querelle* relativa al rapporto tra *duress* ed omicidio.

Il caso *Howe and Bunnister*²¹⁹ pose infatti la *House of Lords* di fronte all'alternativa tra un ritorno all'insegnamento tradizionale della inammissibilità della *duress* nelle ipotesi omicidiarie, attraverso l'*overruling* del caso *Lynch*, ovvero la conferma dell'orientamento più innovativo profilatosi, più di un decennio prima, nello stesso caso *Lynch*.

Gli imputati Howe e Bunnister furono processati per omicidio insieme ad altri due soggetti, Murray e Bailey, che si dichiararono colpevoli. I quattro avevano portato un tale Elgar, al quale Murray aveva offerto un lavoro, in un posto nascosto. Murray aveva detto agli imputati che Elgar era una spia e aveva ordinato loro di ucciderlo. Entrambi gli imputati avevano quindi preso a calci e pugni Elgar che fu, infine, strangolato da Bailey.

Durante il processo i due imputati affermarono di aver agito solo perché avevano temuto che altrimenti avrebbero ricevuto lo stesso trattamento riservato ad Elgar.

La maggioranza della *House of Lords* (tre su cinque) giudicò inammissibile la *defence duress* sollevata da Howe e Bunnister, optando quindi per l'orientamento tradizionale e procedendo all'*overruling* del caso *Lynch*.

Le motivazioni dei giudici fecero leva sulla santità della vita umana, valore che non consente di mostrare alcuna comprensione nei confronti

²¹⁹ *Howe and Bunnister v. Burke and Clarkson*, 1987, 1 All ER 771, *House of Lords*.

dell'umana fragilità. Queste furono le parole di Lord Hailsham in proposito:

“Non si può considerare né giusta né umana una legge che privi della tutela penale una vittima innocente per coprire, invece, il codardo ed il vigliacco in nome di una concessione di fronte alla fragilità umana.

*Colui che sacrifichi la vita di una persona innocente non può affermare di avere scelto il minore tra due mali”.*²²⁰

Secondo la *House of Lords*, dunque, in conformità alla tradizione giuridica di *common law*, colui che si trovi di fronte alla scelta tra uccidere ed essere ucciso è tenuto ad un comportamento eroico: è cioè tenuto ad un *self-sacrifice*.

Nonostante non manchino in dottrina autori che dissentano da essa²²¹, la prospettiva tradizionale di una sostanziale inammissibilità della *defence* di *duress* nei casi di omicidio resta prevalente nel mondo di *common law*.

Questa notevole differenza tra gli ordinamenti giuridici di *common law* e di *civil law* in tema di *duress* assume un'importanza fondamentale nel diritto penale internazionale.

Del resto, non potrebbe essere altrimenti, in ragione del fatto che le fattispecie di diritto penale internazionale, le quali si qualificano come

²²⁰ SMITH & HOGAN, *Criminal Law, Cases and Materials, seventh editinon*, pp.314 e ss.

²²¹ ELLIOTT & WOOD'S, *Cases and Materials on Criminal Law, 1997, seventh edition*, pp.304 e ss.

crimini di guerra e crimini contro l'umanità, si concretano molto spesso in omicidi di persone innocenti.

È, pertanto, inevitabile chiedersi se, di fronte ad atti di genocidio o a crimini di guerra che si sostanzino in uccisioni, possa invocarsi la *defence* di *duress*.

Come abbiamo anticipato nelle considerazioni introduttive a questo capitolo, per stabilire se il diritto penale internazionale ponga delle limitazioni all'ambito di applicabilità della *defence* di *duress*, occorre svolgere un'analisi del *case-law* in materia di crimini di guerra e contro l'umanità.

L'unica norma internazionale espressa in tema di *duress*, infatti, è quella, già citata, contenuta nello statuto dell'*International Criminal Court* del 1998, la quale non ha ancora avuto alcuna applicazione concreta.

È agevole comprendere come, in tutti i casi di crimini di guerra e contro l'umanità comportanti uccisioni di persone innocenti, i giudici delle corti internazionali, in assenza di una norma internazionale specifica, abbiano cercato, da un lato, di capire se il diritto penale internazionale avesse forgiato una norma consuetudinaria in materia di *duress* e, dall'altro, di individuare quale fosse il contenuto di tale norma.

Si tratta di un'indagine nella quale la cultura giuridica di appartenenza dei singoli giudici che compongono le corti internazionali ricopre una sicura rilevanza e ciò assume un particolare significato

proprio in tema di *duress*, dove le tradizioni giuridiche di *common law* e di *civil law* si differenziano in modo piuttosto netto.

Proprio l'analisi del *case-law* internazionale precedente la stesura dello statuto dell'*International Criminal Law*, ma anche nazionale, in tema di crimini internazionali che coinvolgano l'uccisione di persone innocenti, ci permetterà di ricostruire quale sia la regola di diritto penale internazionale consuetudinario formatasi in tema di *duress* e di valutare se questa contempli un'eccezione rivolta a restringere l'ambito di applicazione della *defence* stessa.

3.1. La defence di duress ed i crimini commessi durante la prima guerra mondiale.

Il precedente probabilmente più rilevante in tema di *duress*, relativo ai crimini commessi durante la prima guerra mondiale, è il caso *Llandovery Castle*, deciso dalla Corte suprema di Lipsia nel 1922.

Come sappiamo, dopo l'affondamento di una nave-ospedale inglese (la *Llandovery Castle*) da parte di un sottomarino tedesco, il comandante dello stesso sommergibile Helmut Patzik (che le autorità tedesche non riuscirono mai ad arrestare) ordinò a due ufficiali, Ludwig Dithmar e John Boldt di aprire il fuoco contro i sopravvissuti che stavano cercando di mettersi in salvo sulle scialuppe di salvataggio²²².

²²² Vedi sopra capitolo II, paragrafo 3.2.

I due ufficiali, imputati per aver ucciso i naufraghi della nave-ospedale, si difesero davanti alla corte di Lipsia eccependo sia di aver agito in obbedienza ad ordini emanati dai loro superiori, sia di essersi trovati in uno stato di necessità determinato dall'altrui minaccia

Nel capitolo precedente abbiamo avuto modo di spiegare le ragioni sulla base delle quali la corte respinse l'eccezione difensiva relativa agli ordini superiori. Per quanto, invece, concerne la *defence* di *duress* la corte prese in considerazione la tesi avanzata dal collegio di difesa secondo la quale gli imputati dovevano aver ritenuto che, se non avessero obbedito, Patzig avrebbe sicuramente imposto loro di obbedire con la pistola alla mano.

La corte, tuttavia, respinse questa argomentazione difensiva affermando che se Patzig si fosse trovato di fronte al rifiuto dei suoi subordinati, avrebbe dovuto desistere dal suo proposito, in quanto gli sarebbe stato impossibile raggiungere il suo scopo ed, in particolare, non sarebbe riuscito ad occultare il siluramento del *Llandovery Castle*. Gli imputati, oltretutto, erano stati perfettamente a conoscenza di una simile situazione, come emergeva chiaramente dalle testimonianze degli stessi.

Da ciò si evince che la corte di Lipsia considerò applicabile la *defence* di *duress* in linea di principio, ma la respinse, nel caso concreto sulla base delle circostanze del fatto.

La corte di Lipsia partì dal presupposto che la *defence* di *duress* fosse ammissibile e non spese molte parole per spiegare questo aspetto

per la ragione molto semplice che si accingeva ad applicare, sul tema in questione, la disciplina prevista dal codice penale tedesco al § 52.

Il § 52 del codice penale tedesco del 1871 (che è stato ripreso dai paragrafi 34 e 35 del codice penale attualmente in vigore) prevedeva:

“Un fatto non è punibile se colui che lo pone in essere è stato costretto a commetterlo da una forza irresistibile o dalla minaccia di un pericolo imminente per lui o per un prossimo congiunto”.

Nel caso in esame, la corte ritenne che non fossero presenti i requisiti richiesti dalla legge nazionale per l'applicazione dello stato di necessità derivante da minaccia e, pertanto, condannò entrambi gli imputati.

Non individuò, dunque, alcuna limitazione relativamente all'ambito di applicabilità di tale causa di esclusione della responsabilità penale, il quale si estendeva anche alle ipotesi di crimini di guerra che si fossero concretati nell'uccisione di persone innocenti.

3.2. La defence di duress ed i crimini commessi durante la seconda guerra mondiale.

Abbiamo già avuto modo di considerare come i crimini di guerra e contro l'umanità commessi durante la seconda guerra mondiale siano stati perseguiti in diverse sedi ed in tempi diversi.

Se i processi di Norimberga e Tokyo videro rispettivamente alla sbarra degli imputati i più alti gerarchi del regime nazista e dell'impero nipponico, altri tribunali, internazionali e nazionali, giudicarono successivamente coloro che, durante lo stesso conflitto, pur non ricoprendo cariche altrettanto elevate, si erano a loro volta macchiati di crimini di guerra e contro l'umanità.

In quest'ottica si inquadrano tanto i c.d. *Subsequent Proceedings*, ossia i processi celebrati di fronte ai tribunali militari istituiti dalle potenze occupanti il territorio dell'ex-Germania nazista, sulla base di un accordo internazionale, il *Control Council Law n.10* del 20 dicembre 1945, quanto i diversi processi svolti di fronte agli organi giurisdizionali interni di diversi Paesi, tra i quali Stati Uniti, Inghilterra, Francia, Canada, Belgio, Olanda, Israele, nonché Italia e Germania, dal 1946 fino ai giorni nostri²²³.

Nell'ambito di questo ampio panorama giurisprudenziale, si può immediatamente percepire come la *defence* di *duress* sia stata sollevata quasi esclusivamente nei processi internazionali e nazionali successivi alle vicende processuali di Norimberga e Tokyo.

È improbabile, infatti, che una *defence* che presupponga la commissione materiale di crimini di guerra e contro l'umanità, sotto la minaccia di un altro soggetto, possa essere invocata dai vertici politici o militari di una nazione. Ciò dipende dal fatto che le armi con le quali vengono materialmente commessi i crimini suddetti, così come le armi

²²³ Vedi capitolo II, paragrafo 3.3.3.

con le quali vengono minacciati gli autori materiali degli stessi crimini, non sono mai materialmente impugnate dagli alti gerarchi, vale a dire dalle persone che ricoprono ruoli di supremo comando, ma sono più spesso impugnate da quei soggetti che ricoprono posizioni inferiori in un dato sistema gerarchico.

Dunque, per analizzare quali regole siano state applicate, in tema di *duress*, nelle vicende giudiziali successive alla seconda guerra mondiale, dobbiamo rivolgere l'attenzione proprio verso quei processi che videro imputati tali soggetti.

3.2.1. Il caso Holzer

Il caso Holzer rappresenta un precedente fondamentale ai fini del nostro discorso relativo alla possibilità di invocare la *defence* di *duress* di fronte a crimini di guerra e contro l'umanità che si sostanzino nell'uccisione di persone innocenti.

Nell'ambito del *case-law* rilevante su questo tema il caso Holzer si qualifica inoltre come quello più risalente, essendo stato deciso ad Aurich, in Germania, da una corte militare canadese il 6 aprile del 1946²²⁴.

I fatti sottoposti al giudizio di questa corte militare nazionale risalivano al marzo del 1945. In quel periodo, tre aviatori canadesi erano stati costretti ad abbandonare i rispettivi velivoli, non più utilizzabili,

²²⁴ La documentazione relativa al caso Holzer può essere reperita in *Record of Proceedings of the Trial by Canadian Military Court of Robert Holzer, Walter Weigel and Wilhelm Ossembach at Aurich, Germany, 25 March-6 April 1946*, vol.I.

vicino alla città di Opladen, in Germania, ed erano stati catturati dai soldati tedeschi. Uno degli aviatori canadesi, rimasto ferito, era stato successivamente ucciso da tre soldati tedeschi, Holzer ed altri due (Weigel ed Ossenbach).

In sede dibattimentale i tre imputati avanzarono tanto la *defence* di *superior orders*, quanto quella di *duress*, affermando che essi erano stati costretti, sotto la minaccia di un'arma da fuoco, dal luogotenente Schaefer (non presente tra gli imputati) ad uccidere l'aviatore ferito²²⁵.

Il difensore di Holzer insistette sulla *defence* di *duress* sia nel discorso di apertura del dibattimento, sia in conclusione dello stesso. Egli, pur facendo riferimento, per quanto concerneva in generale la linea di difesa, al diritto internazionale, in tema di *duress*, invece, fece riferimento al diritto tedesco ed in particolare ai § 52 e 54 del codice penale tedesco.²²⁶

L'eccezione di *duress* sollevata dalla difesa fu contestata dall'accusa nel suo discorso conclusivo: citando il diritto inglese, essa esclude che la *duress* potesse costituire una valida *defence* di fronte all'uccisione di persone innocenti.

Nel precisare agli altri membri della corte quale fosse la legge applicabile, il giudice assunse la medesima posizione espressa

²²⁵ Holzer nella sua testimonianza disse che il luogotenente Schaefer aveva estratto la sua pistola, l'aveva puntata contro di lui e gli aveva detto: "Lo vuoi fare o non lo vuoi fare?". Il passo della testimonianza è riportato in *Record of Proceedings of the Trial by Canadian Military Court of Robert Holzer, Walter Weigel and Wilhelm Ossembach at Aurich, Germany, 25 March-6 April 1946*, vol.I, pp.289-99.

²²⁶ *Record of Proceedings of the Trial by Canadian Military Court of Robert Holzer, Walter Weigel and Wilhelm Ossembach at Aurich, Germany, 25 March-6 April 1946, Opening Address*, vol.II, pp.1-4; *Closing Address*, vol.I p.291-92 e 304.

dall'accusa. Anch'egli infatti fece riferimento al diritto inglese per supportare la propria conclusione secondo la quale la *duress* non può mai scusare l'uccisione di persone innocenti.

La corte, dunque, ritenne inammissibile la *defence* in esame rispetto ai crimini di guerra e contro la pace che si sostanzino in omicidi, riconoscendo in tali casi l'esistenza di un'eccezione alla regola della normale ammissibilità della *defence* di *duress*: di fronte a simili reati, anche laddove sia pienamente dimostrata la minaccia per la vita o l'integrità fisica, la *duress* può essere presa in considerazione ai soli fini di un'attenuazione della pena.

Queste le parole del giudice:

“The threats contemplated as offering a defence are those of immediate death or grievous bodily harm from a person actually present, but such defence will not avail crimes of an heinous character or if the person threatened is a party to an association or conspiracy such as the Court might find the existed in this case. As to the law applicable upon the question of compulsion by threats, I would advise the Court that there can be no doubt that a man is entitled to preserve his own life and limb, and on this ground he may justify much which would otherwise be punishable. The case of a person setting up a defence that he was compelled to commit a crime is one of every day. There is no doubt on the authorities that compulsion is a defence when a crime is not of a heinous character. But the killing of an innocent

*person can never be justified....Accordingly, if the Court does find that Holzer fired after being subjected to dire threats on his own life, on which there is conflicting testimony, even then he is not excused upon the above mentioned fundamental principles, but it more properly goes in mitigation of punishment”.*²²⁷

Di conseguenza, la corte respinse l'allegazione difensiva e condannò Holzer e Weigel alla pena capitale, e il terzo imputato a 15 anni di reclusione.

3.2.2. Il caso Jepsen

Una visione completamente diversa è quella che emerge da un altro caso, il caso Jepsen, che fu deciso a Lünemberg, in Germania da una corte militare inglese, il 24 agosto 1946, pochi mesi dunque dopo il caso Holzer²²⁸.

Il tribunale militare inglese era stato istituito in forza del *Royal Warrant of 14 June 1946 and the Regulations for the Trial of the War Criminals*, ed era quindi anch'essa una giurisdizione nazionale.

Il caso si riferiva all'uccisione di sei internati da parte di Gustav Alfred Jepsen, una guardia danese che prestava servizio in un campo di concentramento tedesco. Nell'aprile del 1945, mentre le truppe alleate

²²⁷ *Record of Proceedings of the Trial by Canadian Military Court of Robert Holzer, Walter Weigel and Wilhelm Ossembach at Aurich, Germany, 25 March-6 April 1946*, vol.I, pp.345-46.

²²⁸ *Trial of Gustav Alfred Jepsen and others, Proceeding of a War Crimes Trial held at Lünemberg, Germany, 13-23 August 1946*, in *Public Record Office, Kew, Richmond, file WO 235-229*. Estratti di questo giudizio possono essere consultati in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law*, vol.II, part.2, p.1489

stavano avanzando, le autorità tedesche avevano disposto che gli internati fossero trasferiti in un altro campo; quelli sani si sarebbero spostati a piedi, quelli malati in treno. Jepsen era una delle guardie incaricate di scortare il treno. Durante il trasferimento si erano susseguiti molti *raid* aerei e un notevole numero di internati erano periti, molti a causa di malattie o di inedia.

In un momento successivo era stato ordinato che 52 internati fossero fucilati per estinguere un'epidemia di tifo e Jepsen aveva partecipato agli omicidi, uccidendo personalmente sei persone.

Sebbene nella sua deposizione, fatta sotto giuramento, egli non avesse menzionato la *duress*, durante il dibattimento e prima della sentenza Jepsen affermò che l'ufficiale tedesco Engelmann, che aveva impartito l'ordine di uccidere tutti gli internati, l'aveva costretto, sotto la minaccia di un'arma da fuoco, a partecipare alla fucilazione degli internati²²⁹.

Il collegio di difesa di Jepsen eccepì, tra l'altro, lo stato di necessità così come previsto dal § 54 del codice penale tedesco²³⁰.

²²⁹ *Trial of Gustav Alfred Jepsen and others, Proceeding of a War Crimes Trial held at Lünenburg, Germany, 13-23 August 1946*, in *Public Record Office, Kew, Richmond, file WO 235-229*, pp.233-251. Estratti di questo giudizio possono essere consultati in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law*, vol.II, part.2, p.1489.

²³⁰ *Trial of Gustav Alfred Jepsen and others, Proceeding of a War Crimes Trial held at Lünenburg, Germany, 13-23 August 1946*, in *Public Record Office, Kew, Richmond, file WO 235-229*, pp.338-41. Il § 54 del codice penale tedesco del 1871 prevedeva che: "A parte il caso di una legittima difesa, un fatto non costituisce reato se è stato commesso in una situazione di necessità, della quale l'autore del fatto non è responsabile, e che non era altrimenti evitabile in modo da impedire il pericolo imminente per la sua vita o integrità fisica o per quella di un suo vicino parente".

Il giudice, nel suo *summing up*, statuí che la *duress* poteva essere invocata nel caso in esame, sempre che fossero presenti le condizioni necessarie della stessa:

*“Duress can seldom provide a defence; it can never do so unless the threat which is offered as a result of which the unlawful act is perpetrated is a threat of immediate harm of a degree far greater than that which would be created if the order were obeyed...If you are contemplating that possibly this threat of death may provide a defence then let me ask you not to give effect to it unless you think that he (the accused) really was in danger of imminent death and that the evil threatened to him was on balance greater than the evil which he was called upon to perpetrate”.*²³¹

Le condizioni necessarie al ricorrere della *defence* di *duress* non furono ritenute provate e, quindi, Jepsen fu riconosciuto colpevole. Egli, tuttavia, fu condannato alla pena dell'ergastolo, anziché alla pena capitale, in quanto, come precisò lo stesso giudice ²³², permase un elemento di dubbio relativamente al fatto che l'imputato avesse agito sotto una qualche forma di costringimento.

²³¹ *Trial of Gustav Alfred Jepsen and others, Proceeding of a War Crimes Trial held at Lünenburg, Germany, 13-23 August 1946, in Public Record Office, Kew, Richmond, file WO 235-229, pp357-59.*

²³² *Trial of Gustav Alfred Jepsen and others, Proceeding of a War Crimes Trial held at Lünenburg, Germany, 13-23 August 1946, in Public Record Office, Kew, Richmond, file WO 235-229, p.363.*

Per quanto concerne l'ambito di applicazione della *defence* di *duress* la corte ritenne dunque ammissibile in linea di principio la *defence* in esame, laddove ne ricorrano tutte le condizioni di applicazione, anche nel caso di crimini di guerra e contro l'umanità che si sostanzino in omicidi, non ravvisando pertanto alcuna eccezione, simile a quella riscontrabile negli ordinamenti di *common law*, alla regola che ne prevede una generale applicazione a *tutte* le fattispecie criminose.

3.2.3. Il caso Wulfang e K.

All'interno del *case-law* in materia di crimini di guerra e di crimini contro l'umanità, rilevante ai fini della determinazione dell'ambito di applicazione della *defence* di *duress*, il primo caso deciso da un organo giurisdizionale internazionale è il caso Wulfang e K.²³³.

In questo caso, infatti, così come in altri decisi da corti tedesche tra il 1946 e il 1950, la corte tedesca giudicò sulla base del *Control Council Law n.10*. In altre parole queste corti agirono in virtù di un trattato internazionale ed applicarono, in un'ampia accezione, il diritto internazionale.

Wulfang e K. fu il primo di questi casi, essendo stato deciso con una sentenza datata 4 agosto 1947.

²³³ La documentazione relativa a questo caso può essere consultata in *Justiz und NS-Verbrechen, Sammlung Deutscher Strafurteile wegen National-sozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1966*, vol.I, 1968, pp.605-21.

I due imputati erano rispettivamente un capitano ed un sergente dell'esercito tedesco, che avevano prestato servizio nei servizi speciali delle forze armate (*Truppenonderdienst*). Essi furono chiamati a rispondere di crimini contro l'umanità in quanto, il 13 aprile 1945, mentre le truppe americane stavano avanzando verso il villaggio tedesco presso il quale i due prestavano servizio, avevano ucciso un civile tedesco, che si era dichiarato contrario al regime nazional-socialista e che essi avevano ritenuto colpevole di istigazione alla diserzione. Wulfang aveva ordinato all'altro imputato (K.) e ad un altro sottufficiale di uccidere il civile; il capitano lo aveva poi finito con la sua pistola.

Nella decisione dell'agosto del '47, la *District Court* di Hagen, che come detto agiva in virtù del CCL 10, ritenne che l'omicidio in questione costituisse un crimine contro l'umanità e condannò Wulfang alla pena della reclusione a vita.

La corte ritenne invece che K. fosse innocente perché agì in difetto di dolo ritenendo per errore di fatto di partecipare all'esecuzione capitale di un soggetto condannato a morte da un corte regolare, ma anche perché agì in uno stato di necessità determinato da minaccia. Egli infatti, aveva ragione di temere che, se non avesse eseguito l'ordine di sparare, sarebbe stato a sua volta ucciso dall'ufficiale che, pistola alla mano, presiedeva all'esecuzione della vittima.

In questo caso, dunque, la causa di esclusione della responsabilità penale rappresentata dallo stato di necessità derivante da minaccia fu, non solo ammessa in linea di principio, ma anche accolta sulla base delle

risultanze processuali, conducendo di conseguenza all'assoluzione di uno dei due imputati.²³⁴

3.2.4. Il caso Stalag Luft III

Il *caso Stalag Luft III* fu deciso da un tribunale militare inglese l'1 luglio 1947; la corte, che aveva sede ad Amburgo, in Germania, era stata istituita in forza del *Royal Warrant of 14 June 1946 and the Regulations for the Trial of the War Criminals*, ed era dunque un organo di giurisdizione nazionale.²³⁵

I 18 imputati, tutti membri delle SS, avevano partecipato separatamente all'uccisione di 50 membri della RAF (l'aviazione britannica) i quali, dopo essere fuggiti da un campo per prigionieri di guerra (lo Stalag Luft III), erano stati ricatturati dalla polizia criminale tedesca.

In sede processuale, alcuni imputati eccepirono di aver agito *under duress* in quanto, se non avessero obbedito agli ordini di Himmler, sarebbero stati uccisi e colpiti dalla c.d. *Sippenhaft*, ossia dalla responsabilità di tutti i membri di una famiglia per i reati commessi da un membro della stessa²³⁶.

²³⁴ *Justiz und NS-Verbrechen, Sammlung Deutscher Strafurteile wegen National-sozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1966*, vol.I, 1968, pp.620-21

²³⁵ *Trial of Max Wielen and 17 others, Proceedings of a Military Court held at Hamburg 1 July 1947-1 september 1947, files WO 235/424-32 in Public Record Office, Kew, Richmond; Law Reports*, vol IX, p.31. Estratti di questo giudizio possono essere consultati in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law*, vol.II, part.2, p.1490-91.

²³⁶ *Trial of Max Wielen and 17 others, Proceedings of a Military Court held at Hamburg 1 July 1947-1 september 1947, files WO 235/429*, p.22.

Il giudice, nel suo *summing up*, considerò l'eccezione di *duress* e, come punto di riferimento, esordì citando “*our legal Bible*”, ossia l'*Arcibold's Criminal Law*, secondo il quale, in caso di omicidio, la *duress* non può costituire una valida *defence*. Il giudice procedette quindi con la citazione delle “*more helpful sources under international law*”, richiamando in tal senso il giurista internazionalista Sir Hersh Lauterpach, il quale aveva scritto in merito:

*“Such a degree of compulsion as must be deemed to exist in the case of a soldier or officer exposing himself to immediate danger of death as the result of a refusal to obey an order excludes pro tanto the accountability of the accused(...). Unless, indeed, we adopt the view, which cannot lightly be dismissed, that the person threatened with summary punishment is not entitled to save his own life at the expense of the victim or, in particular, of many victims”.*²³⁷

Da queste parole di Lauterpach potrebbe essere mutuata la visione dell'inammissibilità del ricorso alla *duress* nelle ipotesi in cui si tratti di salvare la propria vita a spese della vita di altre persone.

Peraltro, come appare in altri estratti dell'opera di Lauterpach, citati con approvazione dal giudice, lo stesso autore lascia aperta la possibilità di invocare la *duress* laddove l'imputato abbia agito sotto l'imminente influsso della paura di incorrere in drastiche conseguenze.

²³⁷ Sir H. LAUTERPACH, *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes*, 21 *British Yearbook of International Law*, 1944.

Il giudice nel *caso Stalag Luft III* non esclude in modo inequivocabile che la *duress* potesse essere invocata di fronte a crimini che si sostanzino nell'uccisione di individui. Egli, infatti, espose sia il diritto inglese rilevante sul punto, sia lo stato piuttosto ambivalente del diritto internazionale, così come descritto da Lauterpach.

Si evince dunque che, contrariamente a quanto sostenuto in altre sedi giudiziali in via di interpretazione di questo stesso caso²³⁸, il caso *Stalag Luft III* non supporta la tesi per cui la *duress* non può essere sollevata di fronte ai crimini di guerra che si concretino in omicidi.

A riprova di una simile conclusione si può considerare che il giudice motivò il rigetto della *defence* in esame specificando che, in quello che era l'allora stato attuale dei fatti, nessuna minaccia di morte (o di punizioni collettive nei confronti delle famiglie degli imputati) era stata provata dal collegio difensivo e che, pertanto, in tutti i casi specifici in discussione, era molto dubbio il fatto che gli imputati stessi fossero stati soggetti effettivamente a *duress*²³⁹.

Quasi tutti gli imputati furono conseguentemente condannati a morte; la *defence* di *duress*, sollevata da alcuni di essi, non fu accolta non in quanto considerata inammissibile in linea di principio per quelle fattispecie criminose, ma perché, sul piano fattuale, non furono provate le condizioni necessarie alla sua applicabilità.

²³⁸ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-A, *Appeals Chamber, separate and dissenting opinion of Judge Cassese*, par.22, 7 October 1997

²³⁹ *Trial of Max Wielen and 17 others, Proceedings of a Military Court held at Hamburg 1 July 1947-1 september 1947, files WO 235/429, Summing up of the Judge-Advocate*, p.12.

3.2.5. Il caso Bernardi e Randazzo

Risalgono al 1947 anche una serie di casi italiani, tutti relativi all'uccisione di partigiani durante la seconda guerra mondiale da parte delle milizie o dei soldati della Repubblica Sociale Italiana, costituita nel 1943 nella parte centrale e settentrionale dell'Italia dai fascisti, con il decisivo supporto ed assistenza, nonché sotto il controllo, della Germania nazista²⁴⁰.

In tutti questi casi i soldati o le milizie della Repubblica Sociale Italiana uccisero gruppi di partigiani su ordine dei loro superiori e, talvolta, sotto la loro diretta minaccia.

Il primo di tali casi è il caso Bernardi e Randazzo, che fu deciso da due Corti d'assise e, in due differenti occasioni, dalla Corte di

²⁴⁰ La Repubblica Sociale Italiana fu istituita il 1 Dicembre 1943 nell'Italia settentrionale e centrale, per poi disgregarsi gradualmente a causa dei vittoriosi attacchi che subì dalle Forze Alleate e dal movimento italiano di resistenza. Essa vide la sua fine il 25 aprile del 1945. Sotto il profilo del diritto internazionale la Repubblica Sociale Italiana può essere considerata, di fatto, come un governo che combattè contro il regno d'Italia e contro il Comitato di Liberazione Nazionale del Nord Italia (CLNAI), il quale raccoglieva diversi gruppi partigiani e che era stato riconosciuto dal Governo Reale Italiano come suo rappresentante nei territori settentrionali. Diversamente la Repubblica Sociale Italiana può essere considerata come un *governo fantoccio*, sottoposto ad un così forte controllo dell'esercito tedesco che i suoi organi potevano considerarsi come rappresentanti del volere politico del governo tedesco. Si potrebbe ragionevolmente definire il conflitto armato tra il Regno d'Italia e il CLNAI, da un lato, e la RSI, dall'altro, come una *guerra civile*, oppure si potrebbe definire lo stesso conflitto come una *guerra internazionale* che vide contrapporsi il Regno d'Italia (con l'appoggio dei gruppi partigiani) e gli Alleati alla Repubblica Sociale Italiana e alla Germania. Ad ogni modo, ciò che assume importanza ai fini del nostro discorso è il fatto che, tra le opposte autorità militari, ci fu uno scambio di note affinché i soldati di una parte considerassero coloro che combattevano per la controparte come soldati ai sensi delle leggi di guerra e in ragione di ciò applicassero tali leggi nei loro confronti. A tale riguardo, vedi GIANNINI, *Repubblica Sociale Italiana, Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, 1988, p.901.

cassazione. La decisione rilevante ai fini del nostro discorso è quella della Cassazione datata 14 luglio 1947.²⁴¹

Due ufficiali di polizia, un capitano ed un luogotenente, avevano ricevuto l'ordine di procedere all'esecuzione di tre partigiani dalle autorità loro sovraordinate, ossia dal prefetto (in quanto rappresentante dell'autorità centrale sul territorio) e dal questore (in quanto capo della polizia). Quando il segretario provinciale del partito fascista ebbe notificato l'ordine del prefetto al capitano Bernardi, questi si era rifiutato di eseguirlo ed era stato convocato dal questore che, insieme al prefetto, avevano severamente rimproverato il capitano. Ne era seguito un violento alterco durante il quale, secondo un testimone, il prefetto aveva detto a Bernardi: *“Se lei si rifiuta, le farò sparare...e farò sparare anche ai tre partigiani”*. Bernardi e Randazzo avevano quindi eseguito l'ordine, uccidendo i tre partigiani.

La Corte d'assise di Torino riconobbe colpevoli Bernardi e Randazzo, condannandoli a sedici anni di reclusione.

La Corte di cassazione cassò la sentenza della Corte d'assise, affermando che gli imputati avevano agito in uno stato di necessità derivante dalla minaccia.

²⁴¹ Il caso era stato precedentemente deciso dalla Corte d'assise di Torino, la quale aveva condannato i due imputati a 20 anni di reclusione. La Cassazione il 18 dicembre 1946 cassò tale decisione sia per vizi procedurali, sia, per quanto riguardava Bernardi, in ragione del fatto che la Corte d'assise di Torino aveva errato nel non aver offerto, nella sua decisione, spiegazioni per quanto concerneva lo stato di necessità. Il caso fu per questo rimesso alla Corte d'assise di Torino, la quale, il 25 marzo 1947, condannò i due imputati a 16 anni di reclusione. Gli imputati proposero quindi appello alla Corte di cassazione contestando che, sulla base dei fatti, così come provati di fronte al giudice di merito, la causa di giustificazione dello stato di necessità derivante da minaccia avrebbe dovuto essere accolta.

Infatti, la corte ritenne che la minaccia rivolta a Bernardi dai suoi superiori fosse seria e credibile ed in relazione a ciò specificò che:

- 1) il prefetto era ben conosciuto per essere una persona violenta e crudele ed un persecutore tenace degli antifascisti;
- 2) i due imputati erano stati in contatto con i membri del movimento di resistenza ai quali avevano fornito informazione ed armi e, pertanto, è credibile che essi provassero riluttanza a dover uccidere i tre partigiani;
- 3) alla luce del fatto che le corti militari erano, in quel periodo, sotto una forte influenza dei prefetti, le frasi dette dal prefetto non potevano non rappresentare una seria minaccia per gli imputati;
- 4) date le circostanze, era impossibile per gli imputati tentare in qualche modo di eludere l'ordine.²⁴²

La corte, inoltre, precisò che la causa di giustificazione in esame non richiede, quale condizione, una costrizione così assoluta da causare un'incapacità di intendere e di volere, come avverrebbe se la persona sotto costrizione perdesse ogni controllo su se stesso e diventasse un semplice strumento di esecuzione della volontà altrui. Lo stato di necessità derivante da minaccia, secondo la Cassazione, lascia intatta l'imputabilità del soggetto. La persona in questione agisce con una

²⁴² Il testo del punto fondamentale della sentenza è pubblicato in *Rivista Penale*, 1947, pp.921-22. Il testo, scritto a mano, della sentenza della Cassazione del 14 luglio 1947 è conservato presso l'Ufficio Centrale del Pubblico Registro di Roma; vedi in proposito A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, p.1502

diminuita libertà di autodeterminazione, ma agisce volontariamente al fine di evitare un serio, imminente ed inevitabile pericolo per la sua vita o per la sua integrità fisica.

Sulla base di queste considerazioni la corte ritenne che i due imputati dovessero essere assolti, in quanto avevano agito, vale a dire avevano ucciso, in una situazione necessitante determinata dalla minaccia altrui.

3.2.6. Il caso Srà ed il caso Masetti

La stessa posizione espressa dalla Corte di cassazione nel *caso Bernardi e Randazzo* fu ribadita dalla Corte di cassazione in altri due casi concernenti ufficiali dell'esercito della Repubblica Sociale di Salò che, dopo essersi rifiutati di comandare un plotone di esecuzione, furono minacciati di essere fucilati.

Infatti, sia nel *caso Srà* ed altri, sia nel *caso Masetti*, la corte statui che simili situazioni erano coperte da *duress*.

Nel primo dei due casi, Srà fu imputato per aver comandato un plotone di esecuzione incaricato di fucilare un partigiano, mentre gli altri due imputati per aver preso parte alla fucilazione come membri dello stesso plotone.

La Corte di cassazione cassò, con sentenza datata 6 novembre 1947, la precedente decisione di merito della Corte speciale di assise di Como, la quale aveva riconosciuto gli imputati colpevoli di omicidio, in quanto quest'ultima aveva errato nel non indicare nella motivazione alcuna

valida ragione sulla base della quale respingere l'eccezione difensiva relativa allo stato di necessità derivante da minaccia avanzata dagli imputati²⁴³.

A tal proposito la Corte di cassazione affermò che era evidente, sulla base delle prove esaminate dal tribunale, che, quando Srà si era rifiutato di eseguire l'ordine, proveniente dal colonnello a lui preposto, lo stesso colonnello lo aveva minacciato di farlo fucilare a sua volta. La stessa minaccia era successivamente stata reiterata dal capitano (che era il diretto superiore dell'imputato) al quale Srà aveva dovuto fare rapporto.

La Cassazione, quindi, affermando che i requisiti di fatto necessari per la causa di giustificazione erano presenti, rinviò la decisione sul caso ad un'altra corte, ossia alla Corte d'assise di Milano²⁴⁴. Quest'ultima riconobbe che tutti gli imputati avevano agito in uno stato di necessità derivante da minaccia e, di conseguenza, li assolse.

Anche nel *caso Masetti* la Corte di cassazione decise in maniera conforme. Masetti era stato condannato dalla Corte speciale di assise di

²⁴³ Sentenza 6 novembre 1947, Srà e altri, in *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione, sez. pen.*, 1947, n.2557, p.414. Sia della sentenza del caso Srà e al. sia della sentenza del caso Masetti è stata pubblicata solo la massima; il testo integrale di tali giudizi, scritto a mano, è depositato presso l'Ufficio Centrale del Pubblico Registro di Roma.

²⁴⁴ Dal testo scritto a mano della decisione del 28 settembre del 1948 si evince che, mentre la Corte di cassazione aveva rimesso il caso sulla base di due motivi, uno concernente tutti e tre gli imputati (il precedente giudice di merito non aveva accertato se gli imputati fossero a conoscenza del fatto che le persone a cui avrebbero sparato fossero partigiani) e uno riguardante il solo Bernardi (l'assenza di una qualsiasi motivazione sul rifiuto della *defence* di *duress*), la Corte d'assise di Milano ritenne che il secondo motivo fosse quello principale poiché esso poteva rappresentare la soluzione del problema riguardante tutti e tre gli imputati. La Corte d'assise di Milano si pronunciò, per questo motivo, sulla questione dello stato di necessità derivante da minaccia, e lo ritenne invocabile da parte di tutti e tre gli imputati.

Forlì, in data 11 ottobre 1946, a 30 anni di reclusione per aver comandato un plotone di esecuzione che aveva giustiziato due partigiani.

La Corte di cassazione, davanti alla quale il caso giunse nel 1947, ritenne che il giudice di merito aveva erroneamente combinato la questione relativa agli ordini superiori con quella dello stato di necessità derivante da minaccia, respingendo entrambe le eccezioni difensive, nonostante avesse accertato tutti i requisiti di fatto necessari per la scriminante dello stato di necessità determinato dall'altrui minaccia²⁴⁵.

Il giudice di merito, infatti, aveva accertato che Masetti, ricevuto l'ordine di uccidere i due partigiani, si era rifiutato ed in conseguenza di ciò vi era stato un violento scambio di insulti e minacce tra lo stesso Masetti ed il comandante del battaglione. La minaccia nei confronti di Masetti ed il conseguente stato di necessità erano quanto mai serie, dato che egli era stato scelto dalle autorità tedesche per comandare il plotone, in quanto era il più giovane ufficiale del suo battaglione e, pertanto, il più vulnerabile.

La Cassazione rimise il caso alla Corte d'assise dell'Aquila per il riesame.²⁴⁶ Quest'ultima riconobbe che gli imputati avevano agito in uno stato di costrizione determinato dalla minaccia e, di conseguenza, li assolse, dopo aver precisato che:

²⁴⁵ Sentenza 17 novembre 1947, Masetti, in *Massimario della Seconda Sezione di Cassazione*, 1947, n. 2569, p.416.

²⁴⁶ La sentenza della Corte d'assise dell'Aquila del 15 giugno 1948 non fu pubblicata; il testo, scritto a mano, è conservato presso l'Ufficio Centrale del Pubblico Registro di Roma. Dopo aver attentamente esaminato le prove, la corte, tra le altre cose, accertò che l'imputato era stato costretto a comandare il plotone d'esecuzione anche sotto la costrizione fisica di un ufficiale tedesco che, con la sua unità, gli aveva impedito di sfuggire all'ordine e allo stesso tempo lo aveva costretto a prendere parte all'esecuzione.

“il possibile sacrificio di Masetti e dei suoi uomini sarebbe stato inutile e non avrebbe prodotto alcun effetto in quanto non avrebbe in nessun caso cambiato la sorte delle due persone che dovevano essere fucilate, le quali sarebbero state uccise comunque, anche senza il loro apporto”.²⁴⁷

3.2.7. Il caso Einsatzgruppen

Il caso *Einsatzgruppen* fu deciso il 9 aprile 1948²⁴⁸ dallo U.S. *Military Tribunal II*, avente sede a Norimberga, ossia da una di quelle corti istituite e giudicanti in forza del *Control Council Law n.10*; per tale motivo la decisione del caso in esame è dotata di maggiore *authority* rispetto a quelle adottate dai tribunali nazionali sulla base delle legislazioni interne.

Come infatti abbiamo già avuto modo di valutare, dal momento che il *Control Council Law n.10* può essere considerato un accordo internazionale tra le quattro potenze occupanti, ed è stato trasformato, attraverso un’ampia estensione, in diritto internazionale consuetudinario, ebbene l’azione delle corti istituite da tale legge, o operanti in forza della stessa, acquisiscono una rilevanza internazionale, la quale non può, invece, essere attribuita alle corti nazionali che si siano pronunciate sulla base del solo diritto interno.

²⁴⁷ Il passaggio è riportato a pagina 82 del testo (non pubblicato) della sentenza, conservato presso l’Ufficio Centrale del Pubblico Registro di Roma.

²⁴⁸ *Trial of Otto Olendorf et al.*, in *Trials of Criminals before the Nuernberg Military Tribunal under Control Council Law n.10*, U.S. Govt Printing Office, Washinton D.C., 1950, vol. IV, pp.471-481.

Tuttavia, dal momento che alcuni istituti, come la *duress*, non erano stati disciplinati dal *Control Council Law n.10*, nei processi celebrati di fronte alle corti istituite da tale accordo internazionale, sorse la questione relativa a quale disciplina dovesse applicarsi a questi stessi istituti.

Nel processo alle Einsatzgruppen²⁴⁹ la difesa del principale imputato, Olendorf, sostenne che la questione relativa alla *duress* dovesse essere analizzata sulla base di tre sistemi legali: il diritto degli Stati Uniti, come legge dello stato che stava amministrando la giustizia; il diritto tedesco, come legge degli imputati; e il diritto sovietico, come legge del territorio nel quale erano stati commessi i reati perseguiti.²⁵⁰

Alla luce della disciplina prevista dai tre diversi ordinamenti la difesa di Olendorf concluse sul punto per la possibile ammissibilità della *defence*.

La corte, in tema di *duress*, citò sia la legge sovietica, sia quella tedesca²⁵¹ e stabilì che la *defence* in esame potesse essere invocata anche nei casi di uccisione di persone innocenti, sempre che fossero presenti determinati requisiti. È opportuno riportare il passaggio più significativo del giudizio:

“It is stated that in military law even if the subordinate realises that the act is called upon to perform is a crime, he may not refuse its

²⁴⁹ Per quanto concerne la natura, la genesi e le azioni commesse dalle Einsatzgruppen si veda il capitolo II, par.3.3.3.1

²⁵⁰ *Trial of Otto Olendorf et al.*, in *Trials of Criminals before the Nuernberg Military Tribunal under Control Council Law n.10*, U.S. Govt Printing Office, Washinton D.C., 1950, vol. IV, pp 56-59

²⁵¹ *Trial of Otto Olendorf et al.*, in *Trials of Criminals before the Nuernberg Military Tribunal under Control Council Law n.10*, U.S. Govt Printing Office, Washinton D.C., 1950, vol. IV, pp 61-82

execution without incurring in serious consequences, and that this, therefore, constitutes duress.

Let it be said at once that there is no law which requires that an innocent man must forfeit his life in order to avoid committing a crime which he condemns.

The threat, however, must be imminent, real and inevitable. No court will punish a man who, with a loaded pistol at his head, is compelled to pull a lethal lever. Nor need the peril be that imminent in order to escape punishment. But were any of the defendants coerced into killing Jews under the threat to be killed themselves if they failed in their homicidal mission?

*The test to be applied is whether the subordinate acted under coercion or whether he himself approved of the principle involved in the order”.*²⁵²

Il fondamentale test sopra citato diede esito negativo per tutti gli imputati che avevano sollevato la *defence* in esame, i quali furono quasi tutti condannati alla pena capitale.

3.2.8. Il caso S. e K.

Un altro caso deciso da un organo di giurisdizione internazionale è il caso S. e K. Il caso fu deciso il 21 maggio 1948 di fronte al

²⁵² *Trial of Otto Olendorf et al.*, in *Trials of Criminals before the Nuernberg Military Tribunal under Control Council Law n.10*, U.S. Govt Printing Office, Washinton D.C., 1950, vol. IV, p. 480.

Landgericht di Ravensburg, il quale esercitò la sua giurisdizione in conformità al *Control Council Law n.10*.²⁵³

Uno dei due imputati, S., membro della Gestapo, nell'aprile del 1945 aveva partecipato all'uccisione di tre cittadini tedeschi destinati ad essere reclusi nella prigione della stessa Gestapo. Il capo della prigione, un *Hauptscharführer* delle SS, aveva ordinato a S. ed ad altre due guardie carcerarie di condurre i tre prigionieri in un bosco adiacente alla prigione e, lì, di sparare loro nella schiena. A ciascuna delle guardie carcerari era stato ordinato di uccidere un prigioniero. Il capo della prigione li aveva seguiti da vicino al fine di controllare che essi eseguissero il suo ordine in modo esatto.

La corte ritenne che la condotta di S. non potesse qualificarsi come *Mord*, bensì come *Totschlag*²⁵⁴, ed affermò che egli aveva agito in uno stato di necessità determinato dall'altrui minaccia. S., infatti, aveva ricevuto due volte l'ordine di uccidere e l'ordine stesso era stato accompagnato dalla minaccia che un rifiuto di obbedire avrebbe comportato la sua morte.

Secondo la corte, pertanto, l'imputato si era trovato di fronte ad una seria ed inevitabile minaccia per la vita o per l'integrità fisica, in forza della quale la sua libertà di scelta era stata compromessa. La corte ebbe modo inoltre di accertare, da un lato, come il capo della prigione fosse

²⁵³ Sentenza 21 maggio 1948, in *Justiz und NS-Verbrechen*, vol.II, 1969, pp.521 e ss.

²⁵⁴ Mentre si qualifica *Totschlag* l'omicidio intenzionale, per *Mord* si intende l'omicidio intenzionale caratterizzato dalla circostanza aggravante di essere stato commesso con efferatezza.

noto per la sua “violenta brutalità” e, dall’altro, che S. non aveva avuto alternative rispetto all’esecuzione dell’ordine.

Sulla base di queste considerazioni S. fu assolto e, quindi, lo stato di necessità derivante da minaccia fu reputato non solo ammissibile in linea di principio di fronte a crimini che si sostanzino in omicidi, ma fu anche accolto presentando il caso tutti i requisiti di fatto necessari all’uopo.

3.2.9. Il caso Feurstein

Sempre al 1948, e precisamente al 4 agosto, risale la decisione di un altro caso rilevante in tema di *duress*: il *caso Feurstein*.²⁵⁵

Il caso fu deciso da una corte militare inglese avente sede in Germania, la quale, essendo stata istituita in forza del *Royal Warrant of 14 June 1946 and the Regulations for the Trial of the War Criminals*, era un organo di giurisdizione nazionale.

Gli imputati, cinque ufficiali superiori dell’esercito tedesco, furono accusati dell’uccisione di soldati inglesi inermi che erano stati fatti prigionieri. Più precisamente, essi furono incriminati per aver partecipato all’esecuzione di due prigionieri di guerra inglesi, avvenuta a Ponzano, vicino alla città di La Spezia. Due tra gli imputati furono inoltre accusati di aver ucciso altri due prigionieri di guerra inglesi presso il Passo della Cisa.

²⁵⁵ *Trial of Valentin Feurstein et al., Proceedings of a Military Tribunal held at Hamburg, 4-24 August 1948, Public Record Office, Kew, Richmond, file no. WO 235/525.* Estratti di questo giudizio possono essere consultati in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law*, vol.II, part.2, p.1492.

Nel suo discorso di apertura, il rappresentante dell'accusa sostenne che gli imputati non potessero eccepire di aver agito sotto una *compulsion* derivante dalla natura dell'ordine superiore, giacchè si trattava di ufficiali superiori e non di soldati semplici destinati ad essere reclutati come membri di un plotone di esecuzione.

L'accusa, ad ogni modo, lasciò chiaramente aperta la possibilità per gli imputati di eccepire la *duress*, esprimendosi nei seguenti termini:

“Now the question that arises here is that it will - I say inevitably - of course be the defence of some or all these officers in the dock that they were as much under compulsion as the private soldiers who formed the execution platoon. That, of course, is a matter for you, and for you alone, to decide, and if, of course, you find that they were, well then you should acquit them”

E ancora:

“There was in existence in that time a special order known alternatively...as the Commando Order or as the Führer Order, which laid special obligations upon all officers in dealing with special categories of troops... . It is possible, of course, that the accused – some or all of them – may plead in their defence that they were acting in accordance with superior orders. Well now, I think I can put it plainly and correctly in this way: that superior orders in themselves have never been a defence to a charge. You cannot, either in these

*courts...and certainly not in the criminal courts of England, go into the dock or into the box and say in your defence “So-and-so told me to do it”. A man is personally responsible for his own actions. What is a defence, of course, is a compulsion so strong that no free will is left to you, and again with regard to these men and the Commando Order, you have got to decide whether, in fact, the existence of the Commando Order put such a strong compulsion upon any or all these men that they were left with no option but to do what they did”.*²⁵⁶

In sede dibattimentale, sebbene l'accusa avesse anticipato che, in linea di principio, la *defence* di *duress* poteva essere sollevata, nessuno tra gli imputati agì in tal senso²⁵⁷.

Per questo motivo, quando il giudice, nel suo *summing-up*, si pronunciò circa l'applicabilità della *defence* di *duress* nelle ipotesi che comportino omicidi, tale pronuncia rappresentò un mero *obiter dictum*. Le argomentazioni del giudice furono del resto molto esigue e si riferirono unicamente al famoso caso inglese *Dudley and Stephens*.²⁵⁸

Il giudice si pronunciò nei seguenti termini:

“The defence of duress and coercion is not defence in law. You are not entitled, even if you wished to save your own life, to take the life of

²⁵⁶ *Trial of Valentin Feurstein et al., Proceedings of a Military Tribunal held at Hamburg, 4-24 August 1948, Public Record Office, Kew, Richmond, file no. WO 235/525, transcript of the first day of the trial, p.4*

²⁵⁷ Due imputati, Knesebeck e von Menges, sollevarono la *defence* di obbedienza agli ordini superiori in relazione agli ordini del Führer.

²⁵⁸ *Dudley and Stephens*, 1884, 14 QBD 273.

*another. There I remind you of a case which is known as the “Mignonette case”, i.e. the Dudley and Stephens case, and in which a number of shiprecked sailors, seeing no hope of reaching land, decided to kill one of thier companions and to eat him. Lots were drawn, and in the end this object was carried out and one of this companions found his death in that way. Fortunately or unfortunately for the sailors, they were picked up and duly brought to trial...and they raised just this defence. They said: “If we had not killed our companion, and had not eaten him, all of us would have starved and none of us would have been alive today”. This defence, Gentlemen, was rejected by the court, and it was said that you must not take another life in order to save your own ”.*²⁵⁹

3.2.10. Il caso K. e L.

Un altro caso rilevante in materia di *duress* è il caso c.d. K. e L. deciso il 6 gennaio del 1949 dalla Corte d’assise di Aachen in forza del *Control Council Law n.10*.²⁶⁰

²⁵⁹ *Trial of Valentin Feurstein et al., Proceedings of a Military Tribunal held at at Hamburg, 4-24 Agoust 1948, Public Record Office, Kew, Ricmond, file no. WO 235/525, p. 6.* Estratti di questo giudizio possono essere consultati in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law*, vol.II, part.2, p.1493. Relativamente al caso *Dudley and Stephen* è interessante notare che un caso molto simile, nel quale i 15 sopravvissuti dal naufragio della nave *Meduse*, nel 1816, avevano ucciso e si erano cibati delle carni dei loro compagni, ebbe una sorte diversa in Francia. Nessun procedimento fu avviato nei confronti dei superstiti, ma solo nei confronti del capitano della nave, per aver causato il naufragio e per aver abbandonato la nave.

²⁶⁰ Sentenza del 6 gennaio 1949, K. e L., in *Justiz und NS-Verbrechen*, vol.III, 1969, pp.721-723. Estratti di questo giudizio possono essere consultati in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law*, vol.II, part.2, p. 1507.

Questo caso è particolarmente interessante perché, a differenza delle altre corti che applicarono il diritto tedesco senza prima valutare se una simile applicazione fosse giustificata dal *Control Council Law n.10*, la Corte di assise di Aachen, prima di discutere dello stato di necessità derivante da minaccia, si interrogò su quale fosse il diritto applicabile.

I fatti del caso sono i seguenti: nel settembre del 1944 ad Aachen, un capo della Gestapo di nome Ba., mentre investigava su alcuni casi di saccheggio e di permanenza di alcune persone nell'area comunale senza autorizzazione, si era imbattuto in un civile tedesco, un impresario di pompe funebri di nome Salvini, che gli era parso sospetto. Di fronte al rifiuto da parte di quest'ultimo di presentare le proprie generalità, lo stesso Salvini era stato violentemente picchiato da un gruppo di membri della Gestapo. Successivamente, Ba., pistola alla mano, aveva ordinato a due membri della polizia di confine, K. e L., che operava agli ordini della Gestapo, di uccidere l'uomo.

Al processo per la morte di Salvini, K. fu accusato di crimini contro l'umanità consistenti nell'omicidio intenzionale dello stesso Salvini.

Dal momento che la difesa eccepì lo stato di necessità determinato dall'altrui minaccia, la corte si pronunciò anzitutto, come premesso, sulla legge applicabile.

In primo luogo escluse che si potesse applicare semplicemente il diritto tedesco; dato che la corte stava operando in forza del *Control Council Law n.10*, e questa legge costituisce sostanzialmente diritto internazionale, la soluzione alla *querelle* relativa alla causa di esclusione

della responsabilità penale rappresentata dallo stato di necessità derivante da minaccia deve essere individuata nell'ambito del diritto internazionale stesso.

La ricerca di una tale soluzione da parte dell'organo giudicante, seguì un complesso e quasi contorto ragionamento²⁶¹, che può essere così riassunto:

- 1) Lo statuto e la sentenza dell'*International Military Tribunal* di Norimberga, così come il *Control Council Law n.10*, mentre escludono espressamente la *defence* degli ordini superiori, non escludono la duress.
- 2) Dal momento che un'espressa regolamentazione della duress non può essere estratta da tali testi normativi internazionali, si deve fare ricorso ai principi generali della legge penale delle quattro potenze alleate che hanno firmato il *Control Council Law n.10* (nonché lo statuto dell'IMT).
- 3) Tale indagine mostra che gli ordinamenti dell'Europa continentale, così come quelli appartenenti alla tradizione giuridica di *common law*, non negano la *defence* di duress a colui che esegua gli ordini di un superiore accompagnati da minaccia; tuttavia gli ordinamenti di *common law* negano che la duress possa essere invocata come causa di esclusione della responsabilità per crimini che si sostanzino in omicidi e richiedono, in questi casi, un *self sacrifice*.

²⁶¹ Sentenza del 6 gennaio 1949, K. e L., in *Justiz und NS-Verbrechen*, vol.III, 1969, pp.721-723

- 4) Ad ogni modo né il testo, né lo spirito dello statuto dell'*International Military Tribunal* e del *Control Council Law n.10* confermano la visione angloamericana secondo la quale esiste un'eccezione all'applicabilità della *duress* nelle ipotesi di omicidio; ciò si evince anche dall'analisi dei lavori preparatori: chiaramente l'attitudine restrittiva del diritto angloamericano non è supportata da regole internazionalistiche.
- 5) Di fronte all'assenza di indicazioni nel campo del diritto internazionale circa la disciplina della *duress*, al di là del fatto che l'approccio restrittivo previsto dal diritto angloamericano non costituisce la *ratio* di alcuna regola di diritto internazionale, una corte non può che applicare le "*generally recognised rules of criminal law*". Le uniche regole di diritto penale generalmente riconosciute in tema di *duress* sono quelle che prevedono l'ammissibilità della *defence* in esame ogniqualvolta sussista una grave, seria, imminente ed inevitabile minaccia per la vita o l'integrità fisica.
- 6) Questi principi sono, tra gli altri, fatti propri dal diritto penale tedesco ai § 52 e 54 del codice penale.

Di conseguenza la Corte di assise di Aachen, applicò questo principio di diritto penale generalmente condiviso al caso in esame, tenendo come punto di riferimento normativo il diritto penale tedesco.

Riconobbe dunque che, in presenza di tutti i requisiti di fatto necessari, K. avesse agito in una situazione di costringimento derivante da minaccia e, pertanto, lo assolse.²⁶²

3.2.11. Il caso Eichmann

Tra i processi più recenti per i crimini commessi durante la seconda guerra mondiale, importanti sotto il profilo dell'ambito di applicazione della *duress*, vi è indubbiamente quello nei confronti di Eichmann.²⁶³

Tale processo, apertosi il 12 dicembre 1961, rappresenta uno di quei processi, successivi non solo a Norimberga e Tokyo, ma anche ai *Subsequent Proceedings*, che ebbero ad oggetto crimini commessi durante la seconda guerra mondiale, ma che si celebrarono di fronte ad autorità giudiziarie nazionali.

Nel capitolo II²⁶⁴ abbiamo già trattato quali fossero i fatti criminosi e le imputazioni delle quali Eichmann fu chiamato a rispondere in quella sede. Per quanto concerne il tema della *duress*, giova solo ricordare che tra tali imputazioni rientravano la commissione di crimini contro l'umanità collegati all'organizzazione ed all'esecuzione del piano di sterminio della popolazione ebraica; si trattava, quindi, di fattispecie legate all'uccisione di persone innocenti.

²⁶² Sentenza del 6 gennaio 1949, K. e L., in *Justiz und NS-Verbrechen*, vol.III, 1969, p723.

²⁶³ Israel v. Eichmann, 36 I.L.R. 5 (District Court 1961/1962). Estratti di questo giudizio possono essere consultati in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law*, vol.II, part.2, pp. 2329 e ss.

²⁶⁴ Vedi sopra, capitolo II, paragrafo 3.3.3.4

La *Supreme Court of Israel*, nel contesto della sua discussione relativa alla legge applicabile in tema di obbedienza agli ordini superiori, non escluse che le *defences* di *duress* o di *necessity* potessero operare nei confronti delle imputazioni rivolte contro Eichmann.

Sebbene l'imputato non avesse espressamente sollevato la *defence* di *duress*, la *Supreme Court* ne escluse comunque l'applicabilità nei confronti di Eichmann perché egli, ben lungi dall'esservi stato costretto, partecipò "entusiasticamente" all'organizzazione dello sterminio degli Ebrei.

La rilevanza di questa statuizione della *Supreme Court of Israel* deve essere enfatizzata perché essa proviene da un organo giurisdizionale operante all'interno di un ordinamento giuridico di *common law*, quale quello israeliano, che fu modellato su quello inglese dopo il Mandato inglese in Palestina.²⁶⁵

Oltretutto, sebbene il passaggio sopraccitato rappresenti un *obiter dictum*, esso è comunque importante in quanto riflette la visione che la *Supreme Court* trasse dal diritto internazionale: la corte, infatti, affermò che, secondo la legge internazionale, così come enunciato anche nel caso *Einsatzgruppen*, la *duress* può essere applicata ai crimini che si sostanziano in omicidi.

²⁶⁵ A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law*, vol.II, part.2, p. 1499.

3.2.12. Il caso Priebke

Il processo svoltosi in Italia nei confronti di Erich Priebke e conclusosi con sentenza della Corte di cassazione datata 16 novembre 1998²⁶⁶, rappresenta l'episodio giudiziale più recente, rilevante in tema di stato di necessità derivante da minaccia, che abbia avuto ad oggetto crimini commessi durante la seconda guerra mondiale.

Per quanto concerne l'esame dei fatti e delle imputazioni facciamo rinvio al capitolo precedente (paragrafo 3.3.3.5); giova comunque ricordare che, anche in questo caso, le imputazioni riguardavano la commissione di crimini di guerra e contro l'umanità concretatisi in omicidi di persone innocenti.

Il *caso Priebke* fu deciso in primo grado dal Tribunale militare di Roma il 22 luglio 1997. Di fronte a questa corte, il capitano delle SS affermò che egli non era stato nelle condizioni di rifiutarsi di obbedire agli ordini ricevuti perché Kappler, l'ufficiale che aveva comandato l'operazione, aveva detto agli altri ufficiali subordinati che *“coloro i quali non prenderanno parte alle fucilazioni non avranno altra scelta che mettersi a fianco dei prigionieri ed essere fucilati con essi”*.

²⁶⁶ Cass. 16 novembre 1998, in *Foro it.*, 1999, II, 274 e ss. I due precedenti gradi di giudizio si conclusero con sentenza del Tribunale militare di Roma del 22 luglio 1997, Priebke e al., in *Cass. Pen.*, 1998, 668 e con sentenza della Corte militare d'appello di Roma del 7 marzo 1998, Priebke e al., in *Indice pen.*, 1999, 959.

Il tribunale non accolse questa versione dei fatti, pur riconoscendo che una simile situazione, se fosse stata provata, avrebbe potuto costituire una completa *defence* per le imputazioni in questione²⁶⁷.

Dopo aver osservato che, se l'imputato fosse stato, veramente, posto di fronte a una simile minaccia di morte, egli non sarebbe più stato soggetto all'obbligo di disobbedire all'ordine criminoso, dato che avrebbe agito in uno stato di necessità, il tribunale proseguì dicendo:

“A fronte di una simile situazione (di una imminente minaccia di morte), nella quale l'imputato avrebbe potuto essere ucciso per il suo rifiuto di obbedire e nella quale partecipò all'esecuzione solo per salvare la propria vita, egli avrebbe potuto invocare lo stato di necessità, che è previsto in tutti i sistemi legali, compreso l'ordinamento tedesco; infatti in una simile situazione nessuno avrebbe potuto aspettarsi che Priebke si comportasse come un eroe e sacrificasse la sua vita al fine di non partecipare ad una esecuzione 'inumana'. Dunque, tra tutte le possibilità che abbiamo considerato, Priebke avrebbe potuto avere una via d'uscita: questa via d'uscita, però, non può certo essere quella di aver obbedito ad ordini manifestamente illegittimi, con l'eccezione del caso di una imminente minaccia di morte, di un imminente pericolo per la sua vita.

Tuttavia, dato che un tale pericolo non è mai stato realisticamente

²⁶⁷ Tribunale militare di Roma, 22 luglio 1997, Priebke e al., in *Cass. Pen.* 1998, 668.

provato in questo caso, ne deriva che egli ha una piena responsabilità per l'intero massacro, a titolo di concorso con gli altri esecutori"²⁶⁸.

Ancora più specificamente la Corte di cassazione ebbe modo di precisare:

“Non vi è alcuna prova in atti – neppure sotto il profilo putativo della coazione psichica – di una minaccia tale da porre in pericolo, attuale ed immediato, la vita delle persone degli ufficiali, che si fossero rifiutati di partecipare alla strage, essendo ipotizzabili tutto al più conseguenze pregiudizievoli per l'onore ed il cursus militare o il deferimento al tribunale speciale delle SS.

E però, punizioni disciplinari o anche misure coercitive, meramente eventuali sembrano davvero poca ed irriverente cosa a fronte della perpetrata strage di persone innocenti; nel rapporto di misura tra i beni in conflitto difetta ictu oculi il requisito della

²⁶⁸ Il tribunale militare di Roma rigettò sulla base dei fatti la causa di giustificazione dello stato di necessità derivante da minaccia. Sebbene gli imputati avessero dichiarato di avere ucciso “solo per evitare il pericolo di essere condotti di fronte a un tribunale delle SS”, la corte ritenne che, contrariamente alle allegazioni degli imputati, il colonnello Kappler ed il capitano Shutz non avevano minacciato i due imputati di ucciderli se non avessero obbedito ai loro ordini. La corte affermò che: “Sarebbe davvero irragionevole ritenere che i due imputati fossero stati minacciati, in modo implicito dalla struttura interna delle SS, alle quali essi stessi avevano aderito volontariamente e nelle quali avevano ricoperto posizioni di elevata autorità”. La corte quindi concluse: “Infine, solo ai fini della completezza, si può aggiungere che, ad ogni modo, un altro ostacolo è apparso come insormontabile nel senso di un'applicazione dello stato di necessità derivante da minaccia, ed è la chiara sproporzione tra il pericolo insito per ipotesi nella minaccia e l'offesa che i due imputati sarebbero stati costretti a commettere”. Il significato di quest'ultima proposizione (che è un *obiter dictum*) non è completamente chiaro; non è palese cosa significhi “assenza di proporzionalità”: ci si domanda se essa si riferisca alla mancanza di proporzione tra la possibile morte (dovuta all'omicidio) degli imputati e la loro partecipazione all'esecuzione, ovvero si riferisca alla sproporzione tra il timore degli imputati di essere sottoposti a giudizio da parte di un tribunale delle SS e la loro partecipazione all'esecuzione.

proporzionalità fra l'effettivo pericolo prospettato (ma non attuale) e i fatti omicidiari che gli imputati sarebbero stati costretti a commettere”.

Anche nel *caso Priebke*, quindi, così come nel *caso Eichmann*, la causa di esclusione della responsabilità penale rappresentata dallo stato di necessità determinato dall'altrui minaccia fu considerata ammissibile, in linea di principio, di fronte a crimini che comportanti il sacrificio delle vite di persone innocenti. Essa tuttavia, in entrambi i casi, non valse a esentare gli imputati dalle rispettive responsabilità, in ragione del fatto che l'accertamento giudiziale dei fatti non soddisfò i requisiti necessari per l'applicazione della stessa causa di esclusione della responsabilità.

3.3. La defence di duress ed i crimini commessi nell'ex-Jugoslavia ed in Ruanda.

3.3.1. Premessa.

Proseguendo quell'analisi del *case-law* in materia di crimini di guerra e contro l'umanità che ci siamo proposti nella fase introduttiva di questo capitolo, al fine di valutare l'applicabilità della *defence di duress* a quei crimini di guerra e contro l'umanità che si sostanziano in omicidi, dobbiamo ora occuparci dei processi svoltisi di fronte ai due tribunali *ad hoc* per i crimini commessi nell'ex-Jugoslavia ed in Ruanda.

Come sappiamo, i due tribunali furono istituiti, con due distinte risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite,

rispettivamente nel 1993 e nel 1994. Ebbene, uno dei primi giudizi ad essere deciso sia in primo grado, di fronte alla *Trial Chamber I* dell'*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, ed in secondo grado dall'*Appeals Chamber* rappresenta il vero e proprio *leading case* per quanto concerne il tema dell'applicabilità della *defence* di *duress* a quei crimini di guerra e contro l'umanità che abbiano comportato l'uccisione di persone innocenti.

Il caso in questione è il caso Erdemovic, di cui ci occuperemo ampiamente nei paragrafi successivi, deciso in primo grado dalla *Trial Chamber I* il 29 novembre 1996²⁶⁹; l'imputato propose appello nei confronti di questa sentenza e il 7 ottobre del 1997 giunse la decisione dell'*Appeals Chamber*²⁷⁰, che rimetteva il caso a una nuova *Trial Chamber*; la decisione della *Trial Chamber II*, che chiude definitivamente il caso, risale al 5 marzo 1998²⁷¹.

Ritorniamo successivamente sui diversi passaggi della vicenda processuale di Erdemovic; ciò che si intende sottolineare in questa premessa è il motivo per cui, nell'ambito della analisi casistica che ci siamo proposti, ci limiteremo all'esame del solo caso Erdemovic.

Il motivo per cui, nel tentativo di dare atto dell'orientamento giurisprudenziale assunto dai due tribunali internazionali *ad hoc*, per quanto concerne l'ambito di applicazione della *defence* di *duress*, è

²⁶⁹ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-T, *Trial Chamber I*, 29 November 1996.

²⁷⁰ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-A, *Appeals Chamber*, 7 October 1997.

²⁷¹ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-Tbis, *Trial Chamber II*, 5 March 1998.

sufficiente operare un'analisi del caso Erdemovic, non risiede certo nel fatto che Erdemovic sia stato l'unico imputato a sollevare di fronte a tali corti la *defence* in questione.

La ragione si lega piuttosto al fatto che il caso Erdemovic rappresenta il vero e proprio *leading case* su questo tema, rappresenta cioè un precedente dotato di un'*authority* indiscussa.

Infatti, ogniqualvolta i giudici dell'ITCY o dell'ITCR si siano trovati a dover decidere il caso di un imputato che avesse sollevato la *defence* di *duress*, essi si sono conformati alla visione della *defence* in esame che fu data nel caso Erdemovic, citandolo espressamente²⁷².

²⁷² *Prosecutor v. Kvočka et al.* ("Omarska and Keratem Camps"), Case No IT-98-30/1, *Trial Chamber I*, 2 November 2001. Al paragrafo 323 si legge: "Even if a knowing participant in a criminal enterprise was unwilling to resign because it would prejudice his career, or he feared he would be sent to the front lines, imprisoned, or punished, the Trial Chamber emphasizes that this is not an excuse or a defense to liability for participating in war crimes or crimes against humanity. It is well established in the jurisprudence of this Tribunal (espresso riferimento in nota al caso Erdemovic) that duress is not a defense to committing war crimes or crimes against humanity. The Trial Chamber notes additionally that Kvočka did not allege duress, nor plead it as a mitigating factor".

Un altro caso che può essere citato in tal senso è *Prosecutor v. Radislav Krstić* ("Srebrenica-Drina Corps"), Case No. IT-98-33, *Trial Chamber I*, 2 August 2001. Nella decisione della corte si legge: "Indirect participation is one circumstance that may go to mitigating a sentence. An act of assistance to a crime is a form of participation in a crime often considered less serious than personal participation or commission as a principal and may, depending on the circumstances, warrant a lighter sentence than that imposed for direct commission. Similarly, in some cases, forced participation in a crime can be a mitigating circumstance. The jurisprudence of the Tribunal established that, while duress (espresso riferimento in nota al caso Erdemovic) cannot afford a "complete defence to a soldier charged with crimes against humanity or war crimes in international law involving the taking of innocent lives", it may be taken into account as a mitigating circumstance. The Trial Chamber may also take into account the particular personal circumstances of the accused at the time the crimes are committed, if they illustrate the character and the capacity of the convicted person to be reintegrated in society. For instance, the fact that an accused has no prior convictions for violent crimes may be considered relevant. In contrast, personality disorders ("borderline, narcissistic and anti-social characteristics") are not relevant factors, although significant mental handicap can constitute a mitigating circumstance. Good

Naturalmente né il Tribunale Internazionale per i crimini commessi nell'ex-Jugoslavia né il Tribunale Internazionale per i crimini commessi in Ruanda, sono soggetti all'antica regola dello *stare decisis* o a qualsiasi altro obbligo che renda vincolanti i precedenti. Pertanto, si deve interpretare questo costante riferimento alla visione della *defence* di *duress* espressa nel caso Erdemovic come un'adesione convinta, da parte degli organi giudiziari dei due tribunali, fondata sulla condivisione delle argomentazioni giuridiche emerse in quella sede.

Questo dato assume un rilievo particolare se si considera, come avremo modo di evidenziare successivamente, che l'impostazione assunta in tema di *duress* nel caso Erdemovic si differenzia da quella che si evince dall'analisi del *case-law* in materia di crimini di guerra e contro l'umanità, comportanti omicidi, commessi nella seconda guerra mondiale.

3.3.2. Il caso Erdemovic

3.3.2.1. I fatti.

Il 16 Aprile 1993 il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, agendo in forza del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, adottò

character , 'keen sense for the soldiering profession', or 'poor family background' in combination with youth and an 'immature and fragile personality are also elements that may constitute mitigating circumstances". I testi integrali di queste decisioni, così come il testo di tutte le decisioni dell'ITCY e dell'ITCR, possono essere consultati sulle pagine web dei siti ufficiali dei due tribunali internazionali *ad hoc* (www.un.org/itcy/judgment e www.un.org/icycr/judgment)

la risoluzione 819, con la quale richiedeva alle parti impegnate nel conflitto nella Repubblica della Bosnia ed Erzegovina, di considerare la città di Srebrenica ed i territori circostanti come un'area di sicurezza e di affrancarla da attacchi armati o da qualsiasi altro atto d'ostilità.

Il 6 luglio del 1995, l'esercito serbo-bosniaco sferrò un attacco nella zona di sicurezza disposta dalle Nazioni Unite a Srebrenica. L'attacco si protrasse fino all'11 luglio del 1995, quando la prima unità dell'esercito serbo-bosniaco entrò nella città.

Migliaia di civili bosniaci di religione musulmana, che erano rimasti in Srebrenica durante gli attacchi, fuggirono verso il campo di raccolta profughi delle Nazioni Unite in Potocări e trovarono rifugio intorno al campo.

Tra l'11 ed il 13 luglio, il personale dell'esercito serbo-bosniaco uccise sommariamente un numero imprecisato di bosniaci musulmani a Srebrenica ed a Potocări.

Sempre tra il 12 ed il 13 di luglio, i bosniaci musulmani, uomini, donne e bambini, che si erano rifugiati dentro ed attorno al campo di raccolta delle Nazioni Unite di Potocări vennero raccolti in pullman e camion, sotto il controllo dell'esercito serbo-bosniaco e della polizia, e trasportati fuori dall'area territoriale di Srebrenica. Prima di salire su questi autobus e camion, gli uomini bosniaci musulmani furono separati dalle donne e dai bambini e trasportati in diversi centri di raccolta.

Un secondo gruppo di persone, di approssimativamente quindicimila bosniaci musulmani, prevalentemente uomini, ma anche

donne e bambini, avevano lasciato Srebrenica l'11 luglio, incamminandosi attraverso i boschi in una lunga colonna, diretti verso la città di Tuzla. Molti di questi uomini furono catturati dall'esercito serbo-bosniaco e dalla polizia, ai quali comunque si arresero.

Migliaia di uomini bosniaci musulmani, che erano stati separati dalle donne e dai bambini e che erano stati catturati, furono spediti in vari campi di concentramento fuori da Srebrenica, tra i quali un hangar a Bratunac, un campo di calcio a Nova Kasaba, un magazzino a Kravica, un asilo ed un liceo a Grbavci.

Tra il 13 e il 22 luglio, migliaia di uomini musulmani bosniaci furono sommariamente assassinati dai membri dell'esercito e dalla polizia Serbo-bosniaca in diverse località, tra le quali Kravica.

In particolare, il 16 luglio 1995 Drazen Erdemovic ed altri membri del 10° Distaccamento di Sabotaggio dell'esercito serbo-bosniaco furono destinati ad un campo di concentramento, un fattoria, vicino a Pilica. Tale fattoria si trova a nord-ovest della città di Zvornik. Lo stesso giorno Erdemovic e gli altri membri della sua unità furono informati del fatto che alcuni autobus provenienti da Srebrenica, trasportanti civili bosniaci musulmani, tutti uomini, che si erano arresi all'esercito serbo-bosniaco, sarebbero giunti entro la giornata nel campo di Pilica. Gli autobus arrivarono; ognuno di essi trasportava uomini di un'età compresa tra i 17 ed i 60 anni. Dopo l'arrivo di tutti gli autobus, gli uomini bosniaci musulmani furono suddivisi in gruppi di dieci, quindi scortati dai membri del 10° Distaccamento di Sabotaggio in un campo adiacente alla

fattoria, ed infine allineati in fila con le schiene rivolte verso Erdemovic ed i suoi uomini.

Quel giorno, a Pilica, Erdemovic uccise, con la partecipazione degli uomini della sua unità e di altre brigate, quei civili bosniaci musulmani. Questa sommaria esecuzione costò la vita approssimativamente a 1200 civili bosniaci di religione musulmana.²⁷³

3.3.2.2. L'iter processuale del caso Erdemovic.

3.3.2.2 (segue): l'arresto

Il 2 marzo 1996, a distanza di meno di un anno dal massacro, Erdemovic fu arrestato nella Repubblica Federale della Jugoslavia per ordine delle autorità della stessa Repubblica Federale.

Erdemovic fu trasferito e posto sotto la custodia dell'*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* il 30 marzo del 1996 a

²⁷³ L'entità del massacro può essere meglio compresa dalle parole che lo stesso Erdemovic pronunciò nella sua testimonianza di fronte alla *Trial Chamber* 1996, che la stessa corte ha riassunto nel modo seguente: "On the morning of 16 July 1995, Drazen Erdemovic and seven members of the 10th Sabotage Unit of the Bosnian Serb army were ordered to leave their base at Vlasenica and to go to the Pilica farm north-west of Zvornik. When they arrived there, they were informed by their superiors that buses from Srebrenica carrying Bosnian Muslim civilians between 17 and 60 years old who had surrendered to the member of the Bosnian Serb police or army would be arriving throughout the day. Starting at 10 o'clock in the morning, members of the military police made the civilians in the first buses, all men, get off in groups of ten. The men were escorted to a field adjacent to the farm buildings where they were lined up with their backs to the firing squad. The members of the 10th Sabotage unit, including Erdemovic, who composed the firing squad then killed them. Drazen Erdemovic carried out the work with an automatic weapon. The execution continued until 3 o'clock in the afternoon. The accused estimate that there were about 20 buses at all, each carrying approximately 60 men and boys. These summary executions resulted in the deaths of approximately 1200 unarmed civilians during a five-hour period. The accused believes that he personally killed about seventy people". *Indictment, Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22, 29 May 1996, pp.1-3. Un esame dei fatti può inoltre essere consultato in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.2, pp.1423-24.

seguito delle indagini svolte dall'ufficio del procuratore di quella stessa Corte sulle violazioni del diritto internazionale umanitario, avvenute nel luglio del 1995 a Srebrenica e nella zona circostante alla città.

Il 29 maggio dello stesso anno, la *Trial Chamber* richiese espressamente alla Repubblica Federale della Jugoslavia di deferire al Tribunale Internazionale per l'ex-Jugoslavia tutte le indagini ed i procedimenti penali che avessero ad oggetto i crimini di guerra e contro l'umanità commessi a Srebrenica in quei giorni. In ragione di tale deferimento Erdemovic fu incriminato di fronte all'*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* per crimini contro l'umanità ed, in alternativa, per gravi violazioni delle leggi e dei costumi di guerra.²⁷⁴

3.3.2.2 (segue): il giudizio di primo grado

Nella sua prima comparizione di fronte alla *Trial Chamber*, il 31 maggio 1996, l'imputato si dichiarò colpevole del crimine di omicidio come crimine contro l'umanità, ma aggiunse alla sua ammissione di colpevolezza le seguenti parole:

“Your Honor, I had to do this. If I had refused, I would have been killed together with the victims. When I refused, they told me: “If you are sorry for them, stand up, line up with them and we kill you too”. I'm not sorry for myself but for my family, my wife and son, who then

²⁷⁴ A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.2, p.1421

was nine months, and I could not refused because then they would have killed me. That is all I wish to add”²⁷⁵.

La *Trial Chamber* accolse la dichiarazione di colpevolezza dell'imputato e fece cadere il secondo capo d'imputazione (quello relativo ai crimini di guerra).

In chiusura della prima udienza, la *Trial Chamber* ordinò una perizia psichiatrica e psicologica sull'imputato. Un'*equipe* di tre esperti presentò la sua perizia il 26 giugno del 1996, nella quale sostenne che l'imputato soffriva di *post-traumatic stress disorder* e che il suo stato mentale, in quel momento, non consentiva che fosse sottoposto a processo.²⁷⁶ Di conseguenza, la *Trial Chamber* posticipò l'udienza di *pre-sentencing* e dispose che entro tre mesi l'imputato fosse sottoposto ad una seconda perizia psichiatrica e psicologica. Il secondo rapporto psichiatrico fu redatto il 17 ottobre dello stesso anno; esso accertò che le condizioni dell'imputato erano migliorate tanto da renderlo in grado di sopportare un processo penale²⁷⁷.

Nel frattempo l'imputato aveva collaborato con gli investigatori dell'ufficio del procuratore e, nel luglio del 1996, aveva testimoniato, conformemente alla regola 61 del regolamento di procedura e di prova

²⁷⁵ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-T, 31 May 1996, p.9. Il testo può essere consultato in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, 2000, vol.II, part.2, p.1423 o sulle pagine web del sito ufficiale del tribunale internazionale *ad hoc* (www.un.org/itcy/judgment).

²⁷⁶ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22, *Sentencing Judgment*, 31 may 1996, para. 5.

²⁷⁷ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22, *Sentencing Judgment*, 31 may 1996, para. 8.

dell'ITCY, nel caso *Prosecutor v. Radovan Karadžić and Radko Mladić*.²⁷⁸

La *pre-sentencing hearing* del caso Erdemovic fu fissata per il 19 ed il 20 novembre. La corte richiese alle parti di presentare in tale udienza le rispettive conclusioni relative alla determinazione della pena e alle circostanze attenuanti o aggravanti.²⁷⁹

A tale udienza l'imputato volle precisare le parole che aveva pronunciato alla sua prima comparizione di fronte alla corte, relativamente alla minaccia subita.

Erdemovic precisò che quel giorno aveva ricevuto da Brano Gojkovic, comandante delle operazioni alla tenuta Branjevo di Pilica, l'ordine di prepararsi con altri sette membri della sua unità per una missione sull'oggetto della quale essi non avevano alcuna conoscenza. Soltanto dopo essere giunti sul posto, i membri dell'unità erano stati messi a conoscenza del fatto che avrebbero dovuto uccidere centinaia di civili musulmani. Erdemovic affermò di essersi immediatamente rifiutato di obbedire a tale ordine, ma che era stato minacciato di essere ucciso nel caso in cui avesse effettivamente disobbedito. Dichiarò di essere stato minacciato in questi termini: “*Se non hai intenzione di farlo, consegna la tua pistola e mettiti in fila con gli altri, di modo che potranno sparare anche a te*”. L'imputato disse che se non avesse

²⁷⁸ *Prosecutor v. Radovan Karadžić and Radko Mladić*, Case No.IT-95-5-R61, IT-95-18-R61, T.Ch, 11 July 1996

²⁷⁹ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-TSentencing judgment, , 31 May 1996, para.9.

eseguito l'ordine di uccidere era sicuro che sarebbe stato a sua volta ucciso e che anche sua moglie ed il suo bambino erano stati espressamente minacciati. A questo proposito sostenne di aver visto Milorad Pelemis ordinare che qualcuno fosse ucciso in quanto si era rifiutato di obbedire. Erdemovic dichiarò inoltre che, nonostante tutto, egli aveva cercato di risparmiare un uomo tra i 50 ed i 60 anni che gli aveva detto di aver salvato molti serbi a Srebrenica, ma Brano Gojkovic gli aveva detto che non voleva che dei testimoni sopravvivessero all'eccidio. Erdemovic, infine, affermò che, successivamente, si era rifiutato di partecipare ad un altro massacro di 500 musulmani trovati in un edificio pubblico di Pilica e che, in quell'occasione, era riuscito ad evitare di commettere un altro crimine perché altri tre suoi compagni lo avevano supportato nel rifiuto.²⁸⁰

L'imputato diede conto inoltre delle circostanze che avevano condotto, ed erano seguite, alla commissione del crimine.

L'accusa chiamò a testimoniare un investigatore dell'ufficio del procuratore che accertò la veridicità delle dichiarazioni dell'imputato in ordine all'eccidio a cui aveva preso parte, all'esistenza di fosse comuni nei posti indicati dall'imputato e dell'avvenuto eccidio degli altri 500 musulmani trovati a Pilica²⁸¹.

²⁸⁰ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-T, 31 May 1996, Sentencing judgment, para.80-81

²⁸¹ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-T, 31 May 1996, Sentencing judgment, para 77

La *Trial Chamber*, accettata la dichiarazione di colpevolezza dell'imputato per la commissione di crimini contro l'umanità, lo condannò a 10 anni di reclusione. La durata della reclusione fu decisa in base all'estrema gravità del crimine commesso e da alcune circostanze attenuanti.

Per quanto concerne l'*estrema gravità del crimine*, la corte fece propria la prospettiva di un'*oggettiva* gravità del crimine derivante dalla considerazione che, nel diritto internazionale, esiste uno standard in ragione del quale un crimine contro l'umanità è un crimine di estrema gravità che richiede, pertanto, le pene più severe, laddove non sussistano i requisiti per un'attenuazione della pena. La corte considerò, tuttavia, anche la *soggettiva* gravità del crimine derivante dalla notevole partecipazione dell'imputato all'esecuzione dei 1200 civili disarmati, ed in particolare dalla sua diretta responsabilità per la morte di 70 persone. La *Trial Chamber*, inoltre, chiarì che non vi era necessità di prendere in considerazione alcuna circostanza aggravante, nel determinare l'ammontare della pena per i crimini commessi, in ragione della loro estrema ed intrinseca gravità di crimini contro l'umanità²⁸².

Per quanto riguarda le circostanze attenuanti presenti al momento della commissione del delitto, che la difesa di Erdemovic avanzò in termini di "*state of mental incompetence and the extreme necessity in which the accused found himself when placed under duress by the order*

²⁸² *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-T, 31 May 1996, Sentencing judgment, para.31*

and threat from his hierarchical superiors as well as his subordinate level within the military hierarchy”²⁸³, la corte considerò che tali circostanze non erano state sufficientemente provate dato che la testimonianza dell'imputato su questi fatti non era stata corroborata da nessuna prova indipendente.²⁸⁴

Per quanto riguarda, invece, le circostanze attenuanti che avevano seguito la commissione del crimine la *Trial Chamber* prese in considerazione il sentimento di rimorso provato dall'imputato, il suo desiderio di consegnarsi al Tribunale Internazionale, la sua dichiarazione di colpevolezza, la sua collaborazione con l'ufficio del procuratore, la sua non pericolosità ed il carattere recuperabile della sua personalità. La corte infine prese in considerazione, come fattori di attenuazione del pena, la giovane età dell'imputato al momento del delitto (Erdemovic aveva 23 anni) e il suo basso grado nella gerarchia militare dell'esercito serbo-bosniaco.²⁸⁵

3.2.2.2 (segue): l'appello

Il 23 dicembre del 1996, Drazen Erdemovic propose appello contro la sentenza della *Trial Chamber* del 29 novembre dello stesso anno.

²⁸³ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-T, 31 May 1996, Sentencing judgment, para.86*

²⁸⁴ Queste furono le parole della corte sul punto: “*The trial Chamber would point out, however, that as regards the acts in which the accused is personally implicated and which, if sufficiently proven, would constitute grounds for granting mitigating circumstances, the Defence has produced no testimony, evaluation or any other elements to corroborate what the accused has said. For this reason, the Judges deem that they are unable to accept the plea of extreme necessity*”.

²⁸⁵ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-T, 31 May 1996, Sentencing judgment, para.99-101 e 111.*

I motivi di gravame sollevati dall'imputato possono essere riassunti nei punti seguenti²⁸⁶:

a) la *Trial Chamber* aveva commesso un errore di fatto, generando così un errore giudiziario, in quanto, da un lato, aveva creduto alle parole dell'imputato circa la sua partecipazione all'uccisione dei civili musulmani, ma dall'altro non aveva creduto alla sua dichiarazione di aver agito *under duress* a causa di un ordine inderogabile dei suoi superiori ed in quanto, in quella situazione, se avesse operato una scelta diversa ciò avrebbe comportato la sua morte e quella della sua famiglia.

In particolare la corte aveva errato nel richiedere che le dichiarazioni dell'imputato di aver agito *under duress* fossero corroborate da altre prove, mentre aveva accettato, senza bisogno di altra corroborazione o conferma, le dichiarazioni dello stesso circa la partecipazione all'eccidio²⁸⁷;

b) la *Trial Chamber* aveva commesso un errore di diritto nel non accogliere l'argomento dell'imputato relativo al fatto che egli commise il fatto *under duress*, o comunque in una situazione di estrema necessità, ed in particolare nell'aver respinto l'argomento difensivo secondo il quale l'ordine, ricevuto dall'imputato il 16 luglio 1996, aveva avuto un effetto tale sulla sua volontà che egli aveva oggettivamente perso il controllo sul suo comportamento e la sua personalità ne era stata schiacciata, tanto da non lasciare alternative morali alla commissione di

²⁸⁶ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-A, 14 April 1997, Appellant's Brief, p.24.*

²⁸⁷ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-A, 14 April 1997, Appellant's Brief, p5.*

un crimine che era comunque contrario alla sua volontà e alle sue intenzioni.

Secondo il collegio difensivo di Erdemovic, alla luce di queste considerazioni, l'imputato avrebbe dovuto essere dichiarato autore degli atti commessi, ma la corte non avrebbe dovuto emettere alcuna sentenza di condanna in ragione delle regole relative alla responsabilità dei subordinati per gli atti commessi non solo in esecuzione di ordini superiori, ma anche in presenza di una *duress* esercitata sull'imputato e in considerazione dell'assenza di scelte di fronte alla quale egli si era trovato al momento della commissione dei delitti, della attendibilità della sua testimonianza e, infine, della presenza di tutti gli elementi costitutivi di uno stato di estrema necessità come generalmente considerato nei diversi ordinamenti nazionali e nel diritto penale internazionale²⁸⁸.

La sentenza dell'*Appeals Chamber* fu emessa il 7 ottobre del 1997²⁸⁹. La corte d'appello rimise il caso a una nuova *Trial Chamber* statuendo, *inter alia*, che:

a) sebbene ciò non fosse stato un motivo di gravame, "the initial guilty plea entered by the accused in May 1996 was not informed in that the accused did not understand the nature of the charges against him and the distinction between the alternative charges (...). In electing to plead guilty to a crime against humanity instead of a war crime the Appellant pleaded guilty to the more serious offense and the one

²⁸⁸ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-A, 14 April 1997, Appellant's Brief, p19.*

²⁸⁹ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-A (Appeals Chamber), 7 October 1997,.*

entailing a heavier penalty”;

b) la duress non può costituire una “complete defence” per un militare imputato di crimini di guerra e/o di crimini contro l’umanità che si sostanzino nell’uccisione di persone innocenti.

In ragione del punto a) la corte riconobbe all’imputato la possibilità di riformulare la sua dichiarazione di colpevolezza di fronte ad un’altra *Trial Chamber*, con piena consapevolezza della diversa duplice natura delle imputazioni sollevate nei suoi confronti.

La direttiva rivolta alla nuova *Trial Chamber*, indicata nel punto b), è invece l’aspetto che interessa direttamente il tema dell’ambito di applicazione della *defence* di *duress*. Data l’ampiezza con la quale l’*Appeals Chamber* trattò la questione, ne rinviemo l’analisi al paragrafo successivo, solo dopo aver seguito fino alla fine la vicenda processuale dell’imputato.

3.2.2.2 (segue): il processo di fronte alla *Trial Chamber II*.

Il 14 gennaio 1998 Drazen Erdemovic comparve di fronte alla *Trial Chamber II* e si dichiarò colpevole per l’imputazione di crimini di guerra, ossia colpevole di omicidio come violazione delle leggi e dei costumi di guerra e l’ufficio del procuratore ritirò l’imputazione alternativa per omicidio come crimine contro l’umanità.

La *Trial Chamber II* emise la sua sentenza il 5 marzo 1998²⁹⁰.

Per quanto concerne la “nuova” dichiarazione di colpevolezza, secondo l’art.62 del regolamento di procedura e di prova la corte si interrogò se essa fosse stata fatta volontariamente, se non fosse equivoca e se ci fossero sufficienti basi fattuali per ritenere che il crimine fosse stato commesso e che l’imputato vi avesse preso parte. La corte si ritenne soddisfatta della dichiarazione di colpevolezza ed incriminò l’imputato in conformità al contenuto della stessa²⁹¹.

In secondo luogo la *Trial Chamber II* riesaminò le prove sottoposte al suo esame ed alla fine riconobbe “*as facts the version of events which the parties have submitted*”. In particolare, i giudici affermarono che:

“The accused agreed that the events alleged in the indictment were true and the Prosecutor agreed that the accused’s claim to have committed the acts in question pursuant superior order and under threats of death was correct”.

Per quanto concerne le circostanze di attenuazione della pena la corte prese in considerazione alcune circostanze personali (“*the personal circumstances*”) e precisamente la giovane età dell’imputato (26 anni), il suo stato familiare (l’imputato era sposato con una ragazza di differenti

²⁹⁰ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-Tbis (Trial Chamber II), 5 March 1998*. Il testo di questo giudizio può essere consultato sulle pagine web del sito ufficiale dell’ITCY (www.un.org/itcy/judgment).

²⁹¹ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-Tbis (Trial Chamber II), Sentencing Judgment, 5 March 1998*, para. 11.

origini etniche e padre di un bambino nato nell'ottobre del 1994), il suo *background* (Erdemovic era un soldato semplice “*whose lack of commitment to any ethnic group in the conflict is demonstrated by the fact that he was by turns a reluctant participant to the armed forces of the various parties to the conflict*”) ed il suo senso di rimorso, espresso convincentemente. Tra i fattori di attenuazione della pena la corte prese in considerazione naturalmente anche l'ammissione di colpevolezza, commentando che un'ammissione di colpevolezza dimostra onestà ed è importante ai fini dell'attività del Tribunale Internazionale, potendo incoraggiare altre persone a fare lo stesso. In fase di *sentencing* fu inoltre presa in considerazione la collaborazione dell'imputato con l'ufficio del procuratore, una collaborazione definita dallo stesso procuratore “*excellent*”. La stessa corte volle precisare che si trattava di parole che raramente si sentono udire da un procuratore nei confronti di un imputato²⁹².

Per quanto concerne specificamente la *duress* la *Trial Chamber II*, seguendo la direttiva dell'*Appeals Chamber*, secondo la quale la stessa *duress* non può costituire una “*complete defence*” per un militare imputato di crimini di guerra o di crimini contro l'umanità che si sostanzino nell'uccisione di persone innocenti, la prese in considerazione ai soli fini dell'attenuazione della pena. In proposito la corte concluse che le prove avevano dimostrato quanto estrema fosse stata la situazione

²⁹² *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-Tbis (Trial Chamber II), Sentencing Judgment, 5 March 1998, para.16*

di necessità di fronte alla quale l'imputato si era trovato. I giudici ritennero che ci fosse stato per l'imputato un vero rischio di essere ucciso se avesse disobbedito all'ordine. Così la *Trial Chamber*:

*“He voiced his feelings, but realized that he had no choice in the matter: he had to kill or be killed”.*²⁹³

Sulla base di tutti questi elementi, dalla dichiarazione di colpevolezza dell'imputato per crimini di guerra fino al riconoscimento del fatto che egli agì in stato di *duress*, la *Trial Chamber II* condannò Erdemovic a cinque anni di reclusione, riducendo in questo modo la precedente condanna a dieci anni di reclusione.

Nessuna parte ha proposto un appello nei confronti della sentenza del 5 marzo 1998 e il procedimento a carico di Erdemovic è stato, di conseguenza, dichiarato definitivamente concluso (*“definitely concluded”*) il 2 luglio del 1998.

Dall'agosto dello stesso anno Erdemovic è rinchiuso in un carcere norvegese dove sta attualmente scontando la pena.

²⁹³ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-Tbis (Trial Chamber II), Sentencing Judgment, 5 March 1998, para. 17*

3.3.2.3. Le statuizioni dell'*Appeals Chamber* sull'applicabilità della *defence* di *duress* ai crimini di guerra e contro l'umanità.

Nella premessa a questo paragrafo abbiamo anticipato come il caso Erdemovic sia divenuto un *leading case* per ciò che concerne la *querelle* relativa all'ambito di applicabilità della *defence* di *duress*.²⁹⁴

La grande *authority* del caso in questione nasce dalla centralità che la tematica relativa all'applicabilità della *defence* di *duress* ai crimini di guerra e contro l'umanità rivestì nel processo d'appello, svoltosi di fronte all'*Appeals Chamber*, nonché dall'ampiezza delle argomentazioni e dell'analisi che furono svolte, in quella sede, su questo tema.

Nel ripercorrere l'iter processuale del caso Erdemovic (paragrafo 3.3.2.2), abbiamo accennato ai due principali motivi di gravame sollevati dall'imputato di fronte all'*Appeals Chamber*.²⁹⁵

Per quanto concerne il tema della *duress*, il nodo centrale del dibattito tra i giudici dell'*Appeals Chamber* era il seguente: può la *duress* costituire una “*complete defence*” e quindi, in presenza dei suoi stringenti requisiti, può sollevare l'imputato dalla responsabilità penale anche nel caso di crimini di guerra e contro l'umanità che si sostanzino in omicidi, oppure la *duress* non può costituire una “*complete defence*” nei confronti di tali crimini e, pertanto, ove ne ricorrano gli elementi costitutivi, essa può essere presa in considerazione ai soli fini di una attenuazione della pena?

²⁹⁴ Vedi sopra, capitolo III, par. 3.3.1.

²⁹⁵ Vedi sopra, capitolo III, p. 246..

In altri termini, la questione potrebbe essere riassunta in un quesito ancora più semplice: esiste nel diritto penale internazionale un'eccezione alla regola che prevede una generale applicabilità della *defence* di *duress*, in forza della quale questa *defence* non possa essere applicata nelle ipotesi di crimini di guerra e contro l'umanità che si sostanzino in omicidi?

Su questo punto, con tre voti (dei giudici McDonald, Li e Vohrah) contro due (Cassese e Stephen) l'*Appeals Chamber* decise che la *duress* non può costituire una “*complete defence*” per un militare imputato di crimini di guerra e/o contro l'umanità quando questi si siano concretizzati nella morte di esseri umani innocenti.²⁹⁶

In realtà, le tesi che si discussero in quella sede sul tema dell'ammissibilità della *defence* in esame, non furono due: cioè quella della maggioranza della *Appeals Chamber*, da un lato, e quella del giudice Cassese e del giudice Stephen (sostanzialmente coincidenti), dall'altro. Le tesi furono piuttosto tre, in quanto l'Accusa espose a sua volta una propria visione autonoma della tematica.

Sebbene la più rilevante di queste tre tesi sia quella della maggioranza dell'*Appeals Chamber*, da una parte, si dimostra interessante anche l'opinione dell'Accusa, in quanto essa, pur partendo da un presupposto diverso, giunge alla medesima soluzione della maggioranza dell'*Appeals Chamber*; d'altra parte si dimostra di assoluto

²⁹⁶ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-A (Appeals Chamber), Disposition, 7 October 1997.*

rilievo la tesi espressa nella *dissenting opinion* del giudice Cassese sia per l'eccezionale ricchezza di argomentazioni, sia perché, partendo dal medesimo presupposto della maggioranza dei giudici, giunge ad una conclusione diametralmente opposta²⁹⁷.

Vale la pena soffermare l'attenzione su tutte e tre le tesi espresse in grado d'appello durante il caso Erdemovic.

3.3.2.3 (segue): la tesi dell'Accusa.

Partendo dal presupposto che non esista alcuna regola scritta di diritto internazionale la quale neghi espressamente l'applicabilità della *defence of duress* ai crimini di guerra e contro l'umanità concretatisi in omicidi, l'Accusa, di fronte all'*Appeals Chamber*, sostenne che una tale norma sia comunque parte del diritto penale internazionale.

Questa norma potrebbe essere individuata in modo sufficientemente chiaro sulla base di un'autorevole fonte ossia il *case-law* dei tribunali militari istituiti dalle potenze occupanti dopo la seconda guerra mondiale. L'Accusa sottolineò il valore di precedente di tale casistica,

²⁹⁷ Può essere interessante ricordare che nei sistemi giuridici di *common law* sopravvive attualmente la regola, appartenente alla tradizione giuridica di tali sistemi, dello *stare decisis* che spinge il giudice a conformare la propria decisione al precedente. La moderna teoria del precedente si misura però con una serie di tecniche interpretative che consentono ai giudici di discostarsi dall'obbligo di fedeltà ai precedenti. Dall'analisi di queste tecniche interpretative si può cogliere la portata odierna e la forza vincolante che possiede l'obbligo di seguire il precedente nei confronti dei giudici di *common law*. Tra queste tecniche vi sono l'*harmonizing*, il *criticizing*, il *limiting*, il *questioning* ed in particolare l'istituto della *dissenting opinion*, che è un notevole strumento di critica delle argomentazioni giuridiche della maggioranza. Infatti, una opinione che nasce con uno o più giudici dissenzienti è più debole di una decisione unanime. Non è raro che una linea giurisprudenziale, supportata dai precedenti, venga progressivamente erosa dal susseguirsi di *dissenting opinions* o delle altre tecniche sopracitate, le quali, ciascuna con diverse sfumature, costituiscono tutte un attentato al valore di un precedente. Su questo argomento vedi MATTEI, *Common Law, il diritto anglo-americano*, 1992, pp.236-237.

maggiore di quello proprio della casistica nazionale, derivante dal fatto che questi tribunali militari erano stati istituiti in forza del *Control Council Law No.10*, il quale è poi divenuto parte del diritto internazionale consuetudinario.

L'Accusa citò, a supporto della tesi in ragione della quale il diritto internazionale contemplerebbe una norma che esclude l'applicabilità della *defence* di *duress* nelle ipotesi sopraccitate, tre casi decisi di fronte a tali corti, e precisamente fece riferimento al caso *Stalag Luft III*²⁹⁸, al caso *Feurstein*²⁹⁹ ed al caso *Holzer*³⁰⁰. I primi due casi erano stati decisi da una corte inglese in Germania, mentre il terzo da una corte canadese, sempre in territorio tedesco³⁰¹.

L'Accusa si preoccupò di precisare che non avrebbe preso in considerazione il caso *Jepsen*³⁰², rilevante sul tema, ma contrario a quelli citati, perché essendo stato deciso precedentemente ai casi *Stalag Luft III* e *Feurstein*, era stato *overruled* da questi ultimi, e non avrebbe considerato neppure il caso *Einsatzgruppen*³⁰³, in quanto non avendo i giudici preso in considerazione i precedenti inglesi e canadesi, la *ratio decidendi* di quel caso si presentava come priva di *authority* ed, in sostanza, arbitraria.

²⁹⁸ Vedi sopra paragrafo 3.2.4.

²⁹⁹ Vedi sopra paragrafo 3.2.9.

³⁰⁰ Vedi sopra paragrafo 3.2.1.

³⁰¹ *Prosecution v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-A, Respondent's Brief on preliminary question as Required by the Scheduling Order of the 5 May 1997, 20 May 1997, pp.2-8.*

³⁰² Vedi sopra paragrafo 3.2.2.

³⁰³ Vedi sopra paragrafo 3.2.7.

Secondo l'Accusa, quindi, i tre casi sopra menzionati rifletterebero una regola di diritto internazionale, supportata anche dai principi generali del diritto, secondo la quale è legittimo escludere l'applicazione della *defence* di *duress* a quei crimini di guerra e contro l'umanità che comportino l'uccisione di persone innocenti.³⁰⁴

3.3.2.3 (segue): l'opinione di maggioranza dell'*Appeals Chamber*.

La maggioranza dell'*Appeals Chamber*, nella sua decisione relativa a questo punto, pur partendo da un presupposto inverso rispetto a quello dell'Accusa, giunse alla medesima conclusione: la *duress* non può costituire una “*complete defence*” di fronte ai crimini considerati, ma può essere presa in considerazione esclusivamente come circostanza attenuante la pena.³⁰⁵

La maggioranza dei giudici dell'appello, diversamente dall'Accusa, ritenne che nel diritto penale internazionale, considerando sia la casistica, sia i principi generali di diritto riconosciuti dalla maggior parte dei sistemi giuridici del mondo, non fosse possibile rinvenire una regola uniforme sul punto in esame.

Infatti, in nessun trattato internazionale è possibile ritrovare una regola che disciplini espressamente la *defence* di *duress* ed il suo ambito d'applicazione.

³⁰⁴ A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law*, vol.II, part.2, p.1488.

³⁰⁵ *Prosecutor v. Drazan Erdemovic*, Case No. IT-96-22-A (*Appeals Chamber*), *Joint Separated of Judge McDonald and Judge Vohrah*, 7 October 1997, (III, E. *Our conclusion*), para.88-90

La giurisprudenza, sia internazionale che nazionale, in materia di crimini di guerra e contro l'umanità non presenta decisioni univoche in grado di ricostruire una regola generale formatasi sulla base della prassi giudiziale³⁰⁶.

Secondo l'*Appeals Chamber*, neppure l'analisi delle legislazioni penali dei vari Paesi consente di dare una risposta univoca al quesito relativo alla possibile applicabilità della *defence* di *duress* agli omicidi intesi come crimini di guerra e contro l'umanità e le divergenze vanno al di là della dicotomia tra la tradizione giuridica di *common law* e quella di *civil law*.³⁰⁷

Pertanto, la maggioranza dell'*Appeals Chamber*, di fronte all'assenza di una regola di diritto penale internazionale, ritenne legittimo il ricorso a *practical policy considerations*.

Queste sono le parole con cui si espresse la corte per motivare il suo ricorso a *policy considerations*:

“It is clear from the differing positions of the principal legal systems of the world that there is no consistent concrete rule which answers the question whether or not duress is a defence to the killing of innocent persons. It is not possible to reconcile the opposing positions

³⁰⁶ I casi esaminati dalla maggioranza dell'*Appeals Chamber* sono: *Llandoverly Castle* (1922), *Muller et al.* (1949), *Eichmann* (1962), *Bernardi e Randazzo* (1947), *Masetti* (1947), *S. e K.* (1948).

³⁰⁷ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-A (*Appeals Chamber*), *Joint Separated of Judge McDonald and Judge Vohrah*, 7 October 1997, (III, E. *Our conclusion*), para.88-90. Il passaggio può essere consultato in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law*, vol.II, part.2, p.1456-58.

*and, indeed, we do not believe that the issue should be reduced to a contest between common law and civil law. We would therefore approach this problem bearing in mind the specific context in which the International Tribunal was established, the types of crimes over which it has jurisdiction, and the fact that the International Tribunal's mandate is expressed in the Statute as being in relation to "serious violations of international humanitarian law".*³⁰⁸

A questo punto dobbiamo chiederci in ragione di quali *policy considerations* l'*Appeals Chamber* stabilì che la *duress* non potesse essere presa in considerazione come *complete defence* di fronte a crimini di guerra che si sostanzino nell'uccisione di persone innocenti.

Due furono le argomentazioni principali che possiamo così sintetizzare:

a) se alcuni ordinamenti giuridici nazionali non accolgono la *defence* di *duress* per il crimine di omicidio, il Tribunale Internazionale non può adottare una politica più indulgente nei confronti di crimini più gravi ed efferati delle ipotesi omicidiarie sottoposte al giudizio delle corti nazionali. Basti pensare che gli omicidi di cui si occupa il Tribunale Internazionale sono quasi sempre commessi su larga scala (come nel caso Erdemovic) e rientrano in piani criminali di eliminazione di intere popolazioni, sulla scorta di motivi etnici o razziali;

³⁰⁸ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-A (*Appeals Chamber*), *Joint Separated of Judge McDonald and Judge Vohrah*, 7 October 1997, (III, E. *Our conclusion*), para.72. Il passaggio può essere consultato in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law*, vol.II, part.2, p.1462.

b) il Tribunale Internazionale, oltre al dovere di perseguire e punire gli autori di crimini di guerra, contro la pace e contro l'umanità, svolge anche l'importante ruolo di favorire lo sviluppo e di incrementare l'effettività del diritto penale internazionale. In tal senso la corte ritenne di adottare una soluzione che meglio asservisse anche all'importante funzione di deterrenza.

Così si espresse la corte sul punto:

“The purview of the International Tribunal relates to war crimes and crimes against humanity committed in armed conflicts of extreme violence with egregious dimensions. We are not concerned with the actions of domestic terrorists, gang-leaders and kidnappers. We are concerned that, in relation to the most heinous crimes known to humankind, the principles of law to which we give credence have the appropriate normative effect upon soldiers bearing weapons of destruction and upon the commanders who control them in armed conflict situations. The facts of this particular case, for example, involved the cold-blooded slaughter of 1200 men and boys by soldiers using automatic weapons. We must bear in mind that we are operating in the realm of international humanitarian law which has, as one of its prime objectives, the protection of the weak and vulnerable in such a situation where their lives and security are endangered. Concerns about the harm which could arise from admitting duress as a defence to murder were sufficient to persuade a majority of the House of Lords

and the Privy Council to categorically deny the defence in the national context to prevent the growth of domestic crime and the impunity of miscreants. Are they now insufficient to persuade us to similarly reject duress as a complete defence in our application of laws designed to take account of humanitarian concerns in the arena of brutal war, to punish perpetrators of crimes against humanity and war crimes, and to deter the commission of such crimes in the future? If national law denies recognition of duress as a defence in respect of the killing of innocent persons, international criminal law can do no less than match that policy since it deals with murders often of far greater magnitude. If national law denies duress as a defence even in a case in which a single innocent life is extinguished due to action under duress, international law, in our view, cannot admit duress in cases which involve the slaughter of innocent human beings on a large scale. It must be our concern to facilitate the development and effectiveness of international humanitarian law and to promote its aims and application by recognising the normative effect which criminal law should have upon those subject to them. Indeed, Security Council resolution 827 (1993) establishes the International Tribunal expressly as a measure to "halt and effectively redress" the widespread and flagrant violations of international humanitarian law occurring in the territory of the former Yugoslavia and to contribute thereby to the restoration and maintenance of peace".³⁰⁹

³⁰⁹ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22-A (Appeals Chamber), Joint Separated of

3.3.2.3. (segue): la *dissenting opinion* del giudice Cassese.

L'opinione del giudice Cassese³¹⁰, sostanzialmente condivisa dal giudice Stephen, si dimostra di sicuro interesse prendendo le distanze tanto dalla tesi dell'Accusa, quanto dalla decisione della maggioranza dell'*Appeals Chamber*.

Rispetto alla tesi sostenuta dall'Accusa, partendo dal medesimo presupposto dell'inesistenza di una norma scritta di diritto internazionale che disciplini la *defence* di *duress*, anche Cassese sostenne che una simile regola potesse essere dedotta dal *case-law* internazionale e nazionale in tema di crimini di guerra e contro l'umanità, nonché dall'analisi delle diverse legislazioni penali nazionali. Egli tuttavia giunse ad una soluzione diametralmente opposta a quella sostenuta dall'Accusa nel caso Erdemovic³¹¹.

Dall'analisi del *case-law* relativo ai crimini considerati Cassese affermò l'esistenza di una regola secondo la quale la *defence* di *duress* può applicarsi ai crimini di guerra e contro l'umanità, anche quando questi si sostanzino in omicidi. Non esiste dunque alcuna eccezione nel diritto internazionale alla generale applicabilità della *defence* in esame.

Judge McDonald and Judge Vohrah, 7 October 1997, (III, E. Our conclusion), para.75. Il passaggio può essere consultato in A.A.V.V., Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law, vol.II, part.2, p.1464.

³¹⁰ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-A (Appeals Chamber), Separate and dissenting opinion of Judge Cassese, 7 October 1997.* Il testo completo dell'opinione dissenziente del giudice Cassese può essere consultato sulle pagine web del sito ufficiale dell'ITCY (www.un.org/itcy) o in A.A.V.V., *Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law, vol.II, part.2, p.1480-1515.*

³¹¹ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-A (Appeals Chamber), Separate and dissenting opinion of Judge Cassese, 7 October 1997, para.18*

A sostegno della sua tesi non si limitò ad una critica del *case-law* menzionato in senso contrario dall'Accusa, ma offrì anche numerosi altri riferimenti giurisprudenziali.

In tal senso egli notò anzitutto che, dei tre casi citati dall'Accusa per corroborare la tesi dell'esistenza dell'eccezione di cui sopra, due (il caso *Stalag Luft III* ed il caso *Feurstein*) erano stati interpretati in modo erroneo in quanto supportano viceversa la regola di una generale applicabilità della *defence* in esame, mentre il terzo (il caso *Holzer*), nel quale effettivamente era stata negata l'applicazione della *defence* rispetto ad ipotesi omicidiarie, non è un caso internazionale, ma un caso nazionale deciso da una corte canadese sulla base del diritto canadese ed è, pertanto dotato di un'*authority* limitata³¹².

In secondo luogo, Cassese riportò nella sua *dissenting opinion* numerosi casi internazionali e nazionali che corroborano la tesi di un'applicabilità della *defence* di *duress* a qualsiasi tipo di crimine. Tra questi vi sono casi decisi dai tribunali militari istituiti dalle potenze occupanti la Germania nel secondo dopoguerra in forza del *Control Council Law No.10*, nonché numerosi casi, aventi ad oggetto omicidi quali crimini di guerra e crimini contro l'umanità, decisi da autorità giurisdizionali nazionali, tra le quali figurano quelle italiane e quelle tedesche.³¹³

³¹² *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-A (Appeals Chamber), Separate and dissenting opinion of Judge Cassese, 7 October 1997, para..21-30*

³¹³ Tra questi vi sono i casi: *Jepsen (1946), Einsatzgruppen (1948), Muller (1949), Eichmann (1962), Priebke (1996), Bernardi e Randazzo (1947), Srà ed altri (1947), Masetti (1947), Wulfang e K. (1947), S. e K (1948), K. e L.(1949), M. e al.(1949).*

Rispetto alla decisione della maggioranza dell'*Appeals Chamber*, Cassese avanzò due argomentazioni di dissenso.

Il *primo* motivo di dissenso si riferisce al fatto che la maggioranza dell'*Appeals Chamber*, dopo aver riconosciuto che non esiste alcuna regola *specificata* di diritto internazionale, relativa all'applicabilità o non applicabilità della *defence* di *duress* alle ipotesi di omicidio di persone innocenti, avrebbe dovuto sostenere l'unica conclusione richiesta dal diritto e dalla logica, cioè quella di applicare – sempre che ne ricorrano le condizioni necessarie – la regola *generale* in tema di *duress*. Nella logica, se non è provata l'esistenza di una eccezione ad una regola generale, allora deve prevalere la regola generale. Allo stesso modo nel diritto, se si ricerca una regola *speciale* che disciplini un determinato istituto e si conclude che una tale regola non esiste, allora l'unica conclusione da trarsi è che quello specifico aspetto è regolato da una regola che lo disciplina in modo *generale*³¹⁴.

Il secondo motivo di dissenso è legato al fatto che *l'Appeals Chamber*, anziché abbracciare questa semplice conclusione, si dedicò ad una dettagliata analisi di *practical policy considerations* e pervenne ad una soluzione del problema sulla base di *policy considerations* sostanzialmente fondate sul diritto di derivazione inglese. Cassese ritenne che una simile analisi fosse estranea ai compiti del Tribunale Internazionale, il quale è chiamato ad applicare il diritto internazionale e,

³¹⁴ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-A (Appeals Chamber), Separate and dissenting opinion of Judge Cassese, 7 October 1997, para.11.*

in particolare, lo statuto dello stesso ed i principi e le regole del diritto internazionale penale ed umanitario. Secondo Cassese l'*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* è una corte di diritto, soggetta al solo diritto internazionale. Deve, pertanto, esimersi dall'intraprendere analisi meta-giuridiche. Deve inoltre guardarsi dal fare riferimento esclusivamente a nozioni, *policy considerations* o filosofie giuridiche proprie dei Paesi di *common law*, non considerando, per altro verso, quelle proprie dei Paesi di *civil law* o appartenenti ad altre culture giuridiche. Ciò è reso ancora più importante dal fatto che, nell'area penale, un approccio politicamente orientato contrasta con il fondamentale principio consuetudinario del *nullum crimen sine lege*. Ed è sulla scorta di principi e di regole internazionali, volle precisare Cassese, che la sua opinione diverge radicalmente da quella della maggioranza della corte.³¹⁵

3.4. Conclusioni sull'ambito di applicazione della *defence di duress*.

Per cercare di definire l'ambito di applicazione della *defence di duress* e, in particolare, la sua possibile applicazione ai crimini di guerra e contro l'umanità che si siano concretizzati nell'omicidio di persone innocenti, abbiamo condotto un'analisi casistica avente ad oggetto le più significative decisioni giudiziali del XX secolo.

³¹⁵ *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case No. IT-96-22-A (Appeals Chamber), Separate and dissenting opinion of Judge Cassese, 7 October 1997, para. 12.*

All'inizio di questo capitolo, infatti, dopo aver osservato l'assenza di una norma scritta di diritto internazionale che disciplinasse espressamente la *duress*, ci si era proposti di individuare quale regola fosse stata applicata, relativamente all'ambito di applicazione della *defence* in esame, proprio nelle decisioni giurisprudenziali, prese da tribunali internazionali e non, in tema di crimini di guerra e contro l'umanità³¹⁶.

Possiamo ora abbozzare alcune considerazioni conclusive.

Si è in primo luogo delineata una serie di casi nei quali la *defence* di *duress* fu ammessa, in linea di principio, nei confronti dei crimini di guerra e contro l'umanità che si fossero sostanziati in omicidi, ma nei quali non furono provati gli stringenti requisiti di fatto necessari alla sua applicazione.

Tra questi casi rientrano il caso *Llandovery Castle*³¹⁷, relativo ad un crimine commesso durante la prima guerra mondiale ed i casi *Jepsen*³¹⁸, *Stalag Luft III*³¹⁹, *Einsatzgruppen*³²⁰, *Eichmann*³²¹ e *Priebke*³²², tutti

³¹⁶ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 1.

³¹⁷ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 3.1.

³¹⁸ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 3.2.2.

³¹⁹ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 3.2.4.

³²⁰ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 3.2.7.

³²¹ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 3.2.11.

³²² Vedi sopra cap. III, paragrafo 3.2.12.

relativi ad omicidi commessi durante la seconda guerra mondiale, alcuni decisi da tribunali internazionali, altri da corti nazionali³²³.

In secondo luogo si è definita una serie di casi nei quali la *duress* non fu soltanto ammessa in linea di principio come “*complete defence*”, ma ne furono provati tutti gli elementi costitutivi, portando, di conseguenza, all’assoluzione degli imputati.

I casi che possiamo citare in tal senso sono il caso *Wulfang e K*³²⁴., il caso *Bernardi e Randazzo*³²⁵, il caso *Srà ed altri*³²⁶, il caso *Masetti*³²⁷, il caso *S. e K.*³²⁸ ed ancora il caso *K. e L.*³²⁹, alcuni decisi da tribunali internazionali, altri da casi nazionali, ma tutti relativi ad uccisioni di persone innocenti avvenute durante la seconda guerra mondiale.

Soltanto in due casi, invece, le rispettive corti respinsero, in linea di principio, la *duress* come “*complete defence*”, affermando che, anche laddove siano presenti tutti i requisiti di fatto necessari, essa può essere presa in considerazione soltanto ai fini di una attenuazione della pena. Si tratta del caso *Holzer*³³⁰ e del caso *Erdemovic*³³¹, il primo deciso da una

³²³ Un’ammissibilità in linea di principio della *defence di duress* può ravvisarsi anche nella tesi, ampiamente argomentata, del rappresentante dell’accusa nel caso *Feurstein*. Tuttavia, come abbiamo avuto modo di precisare (vedi paragrafo 3.2.9), la pronuncia della corte sul punto rappresenta un mero *obiter dictum*, dotato di scarsa *authority*, in quanto l’eccezione non fu esperita da alcuno fra gli imputati.

³²⁴ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 3.2.3.

³²⁵ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 3.2.5.

³²⁶ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 3.2.6.

³²⁷ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 3.2.6.

³²⁸ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 3.2.8.

³²⁹ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 3.2.10.

³³⁰ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 3.2.1.

³³¹ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 3.3.2.

corte nazionale canadese ed il secondo deciso dal Tribunale Internazionale per l'ex-Jugoslavia.

Di fronte a queste indicazioni non sembra che il *case-law* esaminato supporti la tesi dell'esistenza, nel diritto penale internazionale, di una regola che escluda l'applicabilità della *defence* di *duress* ai crimini internazionali quando questi si sostanzino nell'uccisione di persone innocenti.

Dalla prassi giudiziale, emerge piuttosto la regola di una generale applicabilità della *defence* di *duress* nei confronti di qualsiasi fattispecie criminosa, anche le più gravi, purché sussistano gli stringenti requisiti di fatto necessari affinché la situazione possa considerarsi effettivamente tale da non lasciare alcuna scelta morale all'attore, se non la commissione del crimine.

Per quanto concerne i due casi che supportano la tesi inversa, si deve, da un lato, tenere in adeguata considerazione che *il caso Holzer* è un caso di giurisdizione nazionale (canadese) e, data la sua unicità, non può godere di un'*authority* tale da mettere in discussione una copiosa prassi internazionale e nazionale, quale quella che sostiene la regola generale sopra menzionata. Dall'altro lato, si deve ricordare che il *caso Erdemovic* si caratterizza per un singolare atteggiamento "creativo" assunto dai giudici dell'*Appeals Chamber*, i quali, dopo aver sostenuto l'inesistenza di una regola specifica che disciplinasse l'applicabilità della *defence* di *duress* ai crimini di guerra o contro l'umanità, laddove questi si sostanzino in omicidi, applicò al caso concreto una regola estrapolata

da *policy considerations*, fondata in altre parole su quella che la corte stessa riteneva essere la giusta disciplina dell'istituto in esame.

Nel valutare l'*authority* del caso Erdemovic, riteniamo che, pur prescindendo dalla questione relativa alla legittimità di un simile approccio da parte di una corte di diritto, si debba comunque considerare attentamente il fatto che la decisione dell'*Appeals Chamber* non risulti fondata su alcuna norma di diritto internazionale. La decisione dell'*Appeals Chamber*, infatti, non si basa né su una norma che sia il frutto di produzione convenzionale a livello internazionale, né su una norma desunta dalla prassi giudiziale.

4. Gli ultimi sviluppi: lo statuto dell'International Criminal Court

Dopo aver condotto un'analisi del *case-law* in materia di crimini di guerra e contro l'umanità che abbiano comportato l'uccisione di persone innocenti e dopo aver dedotto che la disciplina applicata in tema di *duress* in questi casi non supporta la tesi dell'esistenza di un'eccezione, nel diritto penale internazionale, in ragione della quale la *defence* in esame non può essere applicata a tali fattispecie, possiamo confrontare questa regola, desunta dalla prassi, con la norma di natura pattizia che per la prima volta ha disciplinato espressamente la stessa *defence* di *duress*: l'art.31, lettera d), dello statuto dell'*International Criminal Court*.

Come abbiamo già avuto modo di precisare, la norma, che è rubricata *Grounds for excluding criminal responsibility*, così disciplina la *duress*:

“In addition to other grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute, a person shall not be criminally responsible if, at the time of that person's conduct:

(...);

d) the conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to cause a greater harm

than the one sought to be avoided. Such a threat may either be:
i) *made by other persons or*
ii) *constituted by other circumstances beyond that person's control*".³³²

L'esame della disposizione normativa consente di operare alcune considerazioni.

Anzitutto bisogna dare assoluto rilievo alla scelta di fondo dello statuto, che è quella di considerare la *duress* come una causa di esclusione della responsabilità penale nei confronti dei crimini contemplati dallo statuto.

Più precisamente possiamo dire che essa può esonerare dalla responsabilità penale nei confronti di *tutti* i crimini contemplati dallo statuto, nel senso che non è prevista, dalla norma, alcuna eccezione in ragione della quale, per quei crimini di guerra e contro l'umanità che si sostanziano in omicidi, la *duress* non possa operare come *complete defence*, ma solo come causa attenuante della pena.

In questo senso ci sembra che lo statuto di Roma non si sia discostato da quella regola generale, in tema di *duress*, che è stata applicata dalle corti internazionali e nazionali, nei processi per crimini di guerra e contro l'umanità che si sono susseguiti durante il XX secolo; la

³³² Lo statuto dell'*International Criminal Court*, insieme ad ampie disquisizioni relative alla sua formazione e alla storia del diritto penale internazionale, può essere consultato in *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale*, a cura di REALE, 2000, oppure sul sito ufficiale delle Nazioni Unite (<http://www.un.org>).

stessa regola della quale abbiamo trovato una conferma sostanziale nell'analisi casistica precedentemente svolta.³³³

L'ammissibilità della *defence* in esame è stata comunque sottoposta dallo statuto a condizioni molto stringenti.

In primo luogo, si richiede che l'autore del fatto abbia agito per evitare un pericolo imminente per la vita o per l'incolumità propria o altrui.

In secondo luogo, l'art. 31 richiede che l'azione necessitata sia stata ragionevolmente condotta per eludere quello specifico pericolo e che detta minaccia non potesse essere in altro modo evitata.

Infine, l'art.31 condiziona la possibilità di sollevare la *defence* di *duress* ad un ulteriore requisito: è richiesto che l'autore del fatto abbia agito con l'intenzione specifica di causare un fatto proporzionato al pericolo. Tale condizione richiama evidentemente il concetto di *proporzionalità*, la quale, al pari dei precedenti tre requisiti menzionati, è stata regolarmente richiesta ai fini dell'applicabilità della *duress*, come si evince anche dal *case-law* in materia di crimini di guerra e contro l'umanità.

Il requisito della proporzionalità, tuttavia, è da sempre il più discusso e la formulazione normativa che lo stesso ha trovato nello

³³³ Si tratta di una scelta non universalmente condivisa. In dottrina, palesi sono le critiche a tale scelta di fondo che emergono dai commenti di alcuni autori, tra i quali Dinstein e di Mezzetti. In proposito, vedi DINSTEIN, *Defences*, in *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, vol. I, pp.372-376 e MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello statuto della Corte Internazionale Penale*, in Riv.it.dir.proc.pen., 2000, p.259.

statuto di Roma non ha offerto una risposta chiara e definitiva agli aspetti problematici ad esso relativi³³⁴, suscitando, anzi, ulteriori interrogativi.

Se, infatti, si considera la proporzionalità come un elemento oggettivo dello stato di necessità, che deve essere verificato empiricamente sulla base di un giudizio prognostico, tale esame non può essere rimesso alla valutazione soggettiva dell'autore necessitato. Se così fosse, una simile valutazione potrebbe prestarsi a scelte arbitrarie.

Inoltre, un siffatto elemento soggettivo (“*the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided*”) è difficilmente provabile in assenza di riscontri oggettivi, certi, e l'accertamento del requisito, sul piano della prova, potrebbe lasciare al giudice un margine veramente eccessivo di discrezionalità.

Infine, è lecito domandarsi su quale soggetto processuale gravi l'onere di provare tale intenzione di causare un danno proporzionato al pericolo. Si ha comunque l'impressione che potrebbe trattarsi di una *probatio diabolica*, tanto per l'accusa, quanto per la difesa.³³⁵

Come sappiamo non è possibile dare una risposta a tali interrogativi facendo riferimento all'applicazione giudiziale della norma in esame: lo statuto non è concretamente applicato, in quanto l'*International Criminal Court* non è stata ancora istituita a causa del mancato raggiungimento delle ratifiche necessarie. Tuttavia, a prescindere dalla concreta

³³⁴ Vedi sopra, cap. III, paragrafo 2.

³³⁵ MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello statuto della Corte Internazionale Penale*, in Riv.it.dir.proc.pen., 2000, p.259.

applicazione della norma in esame, il dato normativo che essa esprime è comunque un ulteriore tassello nella formazione del diritto penale internazionale.

Sulla base di queste considerazioni possiamo dare una risposta al quesito che ci eravamo posti in apertura di questo capitolo, quando ci eravamo chiesti se, con l'art. 31 dello statuto di Roma, i compilatori dello stesso si fossero o meno discostati dalla disciplina che la *defence di duress* aveva ricevuto nella prassi giudiziale relativa a crimini di guerra e contro l'umanità.

Ebbene, sia per quanto concerne il profilo delle condizioni di applicabilità, sia per quanto concerne l'ambito di applicazione (con particolare riferimento a quei crimini che si sostanzino in omicidi) sia, soprattutto, per quanto concerne la natura giuridica della *duress* quale causa di esclusione della responsabilità, non sembra che lo statuto dell'*International Criminal Court*, contenga una disciplina innovativa rispetto alle regole che le corti internazionali e nazionali hanno applicato, in tema di *duress*, nei processi per crimini di guerra e contro l'umanità celebrati nel corso del XX secolo.

BIBLIOGRAFIA

- A.A.V.V., *Substantive and procedural Aspects of International Criminal Law*, vol. I, *Commentary*, 2000.
- A.A.V.V., *Substantive and procedural Aspects of International Criminal Law*, vol. II, part 1, 2000.
- A.A.V.V., *Substantive and procedural Aspects of International Criminal Law*, vol. II, part 2, *Cases and Materials*, 2000.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, quattordicesima ed., 1997.
- ASCENSIO, DECAUX et PELLET, *Droit International Pénal*, 2000.
- BASSIOUNI, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 1992.
- BASSIOUNI, *Introduction to Proceedings of the International Conference on Extradition Held at International Institut of Higher Studies in Criminal Science*, *Rev. int. dr. pén.*, 1991, nn.1-2.
- BASSIOUNI, *Le fonti ed il contenuto del diritto penale internazionale*, 2000.
- BASSIOUNI, *Policy Consideration in Inter-State Cooperation in Criminal Matters, in procedures for a New Transnational Criminal Law*, 1992.
- BASSIOUNI, *Political Offence Exception*, 15 *Denv. J. Int'l & Pol'y*, 1987.

- BASSIOUNI & WISE, *Aut Dedere Aut Iudicare: the Duty to Prosecute or Extradite in International Law*, 1995.
- BASSIOUNI (ed.), *The Statute of the International Criminal Court. A Documentary History*, 1999.
- BLACKSTONE, *Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, 1857.
- BLAKSLEY, *Comparing the ad hoc Tribunal for Crimes Against Humanity in the Former Yugoslavia and the Project for an International Criminal Court by the International Law Commission*, in *Rev. Int. Dr. Pèn.*, 1996, p.139 e ss.
- BUCHANAN, *Reports of Remarkable Trias*, 1813.
- CARRACCILO, *Applicable Law*, in LATTANZI, SCHABAS, *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, 1999.
- CASSESE, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, in *European Journal of International Law*, 1999.
- CONFORTI, *Diritto Internazionale*, 1997.
- DEL VECCHIO, *Corte penale internazionale e giurisdizione internazionale nel quadro di crisi della sovranità degli Stati*, in *La Comunità internazionale*, 1998, 630 ss.
- DINSTEIN, *The Defense of "Obedience to Superior Orders" in International Criminal Law*, 1965.

- DONAT-CATTIN, *Lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale: riflessioni a margine della Conferenza diplomatica dell'ONU*, in *La Comunità int.*, 1998, 703 ss.
- DUPUY, *Coutume sage et coutume sauvage, la Communauté Interntionale*, *Milanges offerts à Charles Rousseau*, 1974.
- ELLIOTT, *Necessity, Duress and Self-defence*, 1989.
- ELLIOTT & WOOD'S, *Cases and Materials on Criminal Law*, 1997, *seventh edition*.
- GAETA, *The Defence of Superior Orders: The Statute Of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in *European Journal of International Law*, vol.10 (1999), pp.177.
- GAJA, *Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, 1986, 533 ss.
- GIANNINI, *Repubblica Sociale Italiana*, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, 1988, p.901.
- GOLDHAGEN, *I volenterosi carnefici di Hitler*, 1996.
- GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità*, 2001.
- GREENSPAN, *The Modern Law of Land Warfare*, 1959.
- HALE, *Pleas of the Crown*, 1800, vol.I.
- ILLUMINATI, STORTONI, VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, Torino, 2000.
- KEIJZER, *Military obedience*, 1978.
- LATTANZI, SCHABAS, *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, 1999.

- LATTANZI , *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, vol. I, Baden-Baden, 2000.*
- LAUTHERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law, 1927.*
- LEVI, *In tema di diritto internazionale, in Riv.dir.int., 1929.*
- MANTOVANI, *Diritto Penale, 1979.*
- MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano secondo il codice del 1930, vol.I, 1933.*
- MARTINES, *Diritto Costituzionale, VIII ed., 1994.*
- MASSA, *Diritto penale internazionale, in Nss.Dig.It., vol. V,1964.*
- MATTEI, *Common Law, il diritto anglo-americano, 1992.*
- McAULIFFE DE GUZMAN, in TRIFFETERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Baden-Baden, 1999, 435 ss.*
- MCCOUBREY , *International Humanitarian Law,1990.*
- MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello statuto della Corte Internazionale Penale, in Riv.it.dir.proc.pen., 2000.*
- MULLINS, *The Leipzig Trials, 1921.*
- NAPPI, *Il processo all'ex Kaiser ed ai grandi delinquenti di guerra, Riv.dir.proc.pen., 1919.*
- POLLOCK, *The World of the League of Nations, in L.Q.R. vol.35, 1919*
- REALE, *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale, 2000.*

- SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts*, 1968.
- SIMMA, ALSTON, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, General Principles*, *Austr. Y.B.I.L.*, vol. 12, 1992.
- SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, 1999.
- SOCINI, *Crimini e Criminali di Guerra*, in *Nss.Dig.It.*, 1964, Vol. V, pag.6 e ss.
- SPERDUTI, *Crimini Internazionali*, in *Enciclopedia del Diritto* vol.XI, 1963.
- STEPHEN, *History of the Criminal Law in England*, 1883.
- TAYLOR, *Nuremberg and Vietnam: an American Tragedy*, 1970.
- WILLIAMS, *Textbook of criminal law*, 1983.