

CONVEGNO "DIRITTO E FORZE ARMATE. NUOVI IMPEGNI"
PADOVA, 30 NOVEMBRE 2000*

**I PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO E LE CAUSE DI
GIUSTIFICAZIONE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE
PENALE: INFLUSSI E REFLUSSI FRA ORDINAMENTO
INTERNAZIONALE E ORDINAMENTI INTERNI.**

Roberto Rivello♦

* Testo provvisorio.

♦ Giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale militare di Padova - Docente a contratto di diritto e organizzazione internazionale presso l'Università degli Studi del Piemonte orientale.

Fra ordinamenti interni ed ordinamento internazionale o di organizzazioni internazionali sussiste sempre più un rapporto di reciproco interscambio, con circolazione di modelli ed istituti oltre che con diretta o indiretta applicabilità di norme giuridiche. Il che costituisce ormai regola indiscussa in alcuni campi, come nella disciplina degli scambi commerciali, ma si sta diffondendo anche in materie, in specie quella penalistica, un tempo assai meno permeabili a influenze esterne¹.

Nel campo penale questo si è tradotto innanzitutto nella ricezione², da parte degli ordinamenti interni, di quelle fattispecie di reati, ancora poco numerose, tipicizzate a livello internazionale: soprattutto i crimini di guerra -quantomeno fin dalla fine del XIX secolo- il genocidio ed i crimini contro l'umanità in tempi più recenti³. Basti far riferimento al titolo "crimini contro l'umanità", artt. 211 e seguenti, introdotto nell'attuale codice penale francese, o al delitto di genocidio previsto dall'art. 607 del codice penale spagnolo⁴. Nonché con l'applicazione quantomeno di alcuni principi, come quello dell'imprescrittibilità, o con l'interpretazione di alcuni elementi costitutivi del precetto, come lo stato di guerra, quali portati del diritto internazionale impiegati nella valutazione di fatti criminosi sussunti in fattispecie penali interne⁵.

Ma si è anche parallelamente manifestato con 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 internazionale penale sta percorrendo quest'ultima via con un'ampiezza, imposta dalle esigenze della sua rapida crescita, che non ha molti precedenti -in parte solo quello dello sviluppo giurisprudenziale del diritto comunitario-, e che risulta ora in certa misura canonizzata dal disposto dell'art. 21 dello Statuto della Corte penale internazionale⁶, con il suo riferimento ai "principi

¹ Un numero crescente di studi è stato dedicato negli ultimi anni ai rapporti fra diritto penale interno e diritto internazionale e diritto europeo. Cfr. ad esempio, fra i molti, G. Vassalli, *La giustizia internazionale penale. Studi*, Milano, 1995; S. Riondato, *Competenza penale della Comunità europea*, Padova, 1996. Ma è materia che ha trovato anche illustri precursori, come R. Quadri, *Diritto penale internazionale*, Padova, 1944.

² M. Pisani, *La 'penetrazione' del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1979, 5 ss, parla di "reazione attiva" degli ordinamenti interni, di "penetrazione" in essi del diritto internazionale penale.

³ Fra i molti contributi in materia si veda da ultimo, per tutti, anche per più congrui riferimenti bibliografici, E. Greppi, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale. Lineamenti generali*, Napoli, 2001; E. David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, 1999; N. Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 1998; P. Lamberti Zanardi, G. Venturini (a cura di), *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali*, Milano, 1998.

⁴ Per i necessari rilievi comparatistici cfr. ad esempio J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris, 1995.

Invece sulle attuali lacune al riguardo del sistema giuridico italiano cfr. da ultimo E. Amati, *La repressione dei crimini di guerra tra diritto internazionale e diritto interno*, in G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, Torino, 2000, 112 ss.

⁵ Fra i molti procedimenti di tal genere si pensi ad esempio ai noti recenti casi Priebke e Saevecke, e prima di essi ai casi Wagener (Tribunale supremo militare, 13 marzo 1950, in *Riv. penale*, 1950, 753 ss) e Kappler (Tribunale militare di Roma, 20 luglio 1948, in *Foro it.*, 1949, II, 166 ss; Tribunale supremo militare, 25 ottobre 1952, in *Riv. dir. int.*, 1953, 193 ss), giudicati in Italia, o ai processi in Francia avverso Barbie, Papon e Touvier, o anche al giudizio Eichmann in Israele (*International Law Reports*, 1962, 277 ss).

⁶ *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: al 31 dicembre 2000 risultavano depositate 27 ratifiche.

Sui lavori e sulle difficoltà incontrate dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite sull'istituzione di una Corte penale internazionale v. M.C. Bassiouni (ed.), *The Statute of the International Criminal Court. A Documentary History*,

generali di diritto ricavati dalla Corte in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo"⁷, come fonte terziaria del diritto applicabile dalla Corte⁸.

Nulla di nuovo, sotto certi versi: i "principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili" sono fonte del diritto internazionale riconosciuta dall'art. 38 lett. c) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia⁹, e già in base all'art. 15 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici di New York del 16 dicembre 1966¹⁰, nonché dall'art. 7 n. 2 della Convenzione europea per

New York, 1999; nonché D. 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.: A. 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. A. Cassese, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, in *European Journal of International Law*, 1999, 144 ss; F. Lattanzi, W.A. Schabas, *op. cit.*; C. Kreß, F. 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. P. Benvenuti, *Italy, Implementation of the ICC Statute in National Legislation, Constitutional Aspects*, in C. Kreß, F. Lattanzi (eds.), *op. cit.*, 123 ss.

⁷ Art. 21, Normativa applicabile: "1. La Corte applica:

- a) in primo luogo, il presente Statuto ed il Regolamento di procedura e di prova;
- b) in secondo luogo, ove occorra, i trattati applicabili ed i principi e le regole di diritto internazionale, ivi compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati;
- c) in mancanza, 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, purché tali principi non siano in contrasto con il presente Statuto, con il diritto internazionale e con le norme ed i criteri internazionalmente riconosciuti.

2. La Corte può applicare i principi di diritto e le norme giuridiche quali risultano dall'interpretazione fornite nelle proprie precedenti decisioni.

3. L'applicazione e l'interpretazione del diritto ai sensi del presente articolo devono essere compatibili con i diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti e devono essere effettuate senza alcuna discriminazione fondata su ragioni quali il genere sessuale come definito nell'articolo 7, paragrafo 3, l'età, la razza, il colore, la lingua, la religione o il credo, le opinioni politiche o le altre opinioni, la nazionalità, l'origine etnica o sociale, le condizioni economiche, la nascita o le altre condizioni personali."

⁸ Per un primo commento di tale importante disposizione si vedano gli scritti di M. McAuliffe de Guzman, in O. Triffeterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, 435 ss; e di I. Caracciolo, *Applicable Law*, in F. Lattanzi, W.A. Schabas, *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, Ripa Fagnano Alto, 1999, 212 ss.

⁹ 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 B. 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; G. Gaja, *Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, 1986, 533 ss.

¹⁰ 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

la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950¹¹, su tali principi risulta possibile fondare sinanche la sussistenza di fattispecie di crimine internazionale non altrimenti previste¹².

Ma nuova è l'ampiezza del loro utilizzo da parte dei costituiti e costituendi Tribunali penali internazionali, con un correlato esteso utilizzo della comparazione fra diritti penali¹³.

Da tale largo impiego dei "principi generali di diritto" conseguono prospettive prima improbabili, come la possibilità che norme internazionali desunte dagli ordinamenti interni vengano poi a poter trovare applicazione anche negli ordinamenti interni in deroga a quelle esistenti con essi contrastanti, quantomeno in ordinamenti, come quello italiano, che prevedono un 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 di 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"¹⁴.

Il tema delle cause di giustificazione ci pare emblematico delle prospettive e delle problematiche legate al largo impiego dei principi generali desunti dalle normative interne¹⁵.

Nell'ordinamento internazionale le cause di giustificazione, le circostanze escludenti l'illiceità, sono istituito ben conosciuto con riferimento alla responsabilità¹⁶ degli Stati e delle organizzazioni internazionali per fatto illecito. Sul punto il diritto internazionale è largamente debitore degli istituti corrispondenti degli ordinamenti interni concernenti la responsabilità civile.

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».

¹¹ 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».

¹² 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*.

¹³ 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 M. Virgilio, *Verso i principi generali del diritto criminale internazionale*, in G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, Torino, 2000, 65 ss.

¹⁴ 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 dei principi generali di cui veniva invocata l'applicazione.

¹⁵ Ma naturalmente molti altri potrebbero essere gli esempi almeno altrettanto calzanti, desumibili in specie dalla giurisprudenza del Tribunale internazionale per l'ex-Yugoslavia: dalle regole sul concorso formale di reati, a quelle sulle cause di incompatibilità del giudicante, dal problema delle imputazioni alternative a quello della funzione della pena e del computo della pena in concreto.

¹⁶ Sulla responsabilità internazionale è doveroso quantomeno il riferimento ai fondamentali contributi di D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze 1902; e di R. Ago, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Napoli, 1979-1986.

Un compiuto tentativo di codificazione delle stesse è stato operato con i lavori della Commissione del diritto internazionale, iniziati sin dal 1955¹⁷, che hanno portato sinora al "progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati" approvato in prima lettura nel 1996, nel corso della quarantottesima sessione della Commissione, che agli articoli da 29 a 34 elenca e definisce il consenso¹⁸, le contromisure avverso un atto illecito, la forza maggiore, il caso fortuito, il "distress"¹⁹, lo stato di necessità²⁰ e la forza maggiore come circostanze escludenti l'illiceità.

Con l'istituzione di tribunali penali internazionali e con la necessità di sottoporre a giudizio singole persone fisiche, pur a fronte di una perdurante incertezza sulla soggettività giuridica degli individui nel diritto internazionale²¹, si è posto il problema dell'applicabilità nell'ordinamento internazionale di scriminanti maggiormente rapportate a quelle proprie degli ordinamenti penali interni.

Nello Statuto del Tribunale di Norimberga, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945²², non trovò posto un'elencazione delle cause di giustificazione applicabili, ma solo l'esclusione di un valore scriminante di determinate circostanze. Dopo aver enumerato all'art. 6 i delitti sui quali il Tribunale avrebbe avuto giurisdizione, viene precisato all'art. 7 che «La posizione ufficiale occupata dagli imputati, sia come capi di Stato, sia come ministri o capi di dipartimenti governativi, non costituirà giustificazione o attenuante alla responsabilità legale degli imputati stessi»²³. L'art. 8 poi recita «Il fatto che un imputato abbia agito in ossequio a ordini del proprio governo o di un proprio superiore non libererà l'imputato medesimo dalla responsabilità penale, ma potrà costituire attenuante all'atto della comminazione delle pene che il Tribunale riterrà di infliggere all'imputato medesimo». Null'altro, e poiché al collegio giudicante non era conferito un potere *latu sensu* normativo, se non in materia procedurale ai sensi dell'art. 13 dello Statuto, può desumersi che le scriminanti s'intendessero derivabili dai principi generali degli ordinamenti giuridici interni.

Il problema peraltro non pare essersi presentato ai giudici di Norimberga. A parte la questione dell'esecuzione di ordini superiori, che come detto trovava già regolamentazione espressa nello Statuto del Tribunale, l'unica altra causa di giustificazione invocata, in senso lato, risultò essere la c.d. eccezione del "*tu quoque*", ovvero l'argomento secondo il quale una data condotta illecita non sarebbe punibile se tenuta in termini analoghi o deteriori dagli altri contrapposti belligeranti. Nella

¹⁷ Già nella sua prima sessione, nel 1949, la Commissione aveva inserito la materia della "Responsabilità degli Stati" nella lista delle materie che si prestavano ad una codificazione. Nella sua settima sessione, tenutasi nel 1955, la Commissione decideva specificamente di intraprenderne lo studio. Sui lavori della Commissione in argomento cfr., fra i molti, Spinedi e Simma (eds.), *United Nations Codification of State Responsibility*, New York, 1987.

¹⁸ Validamente prestato dallo Stato avente diritto.

¹⁹ Pericolo di vita inerente persone fisiche: l'organo di uno Stato autore della condotta illecita o individui a lui affidati.

²⁰ Per la salvaguardia di un interesse essenziale di uno Stato contro un pericolo grave e imminente. Causa di giustificazione assai discussa, e di cui è dubbia la configurabilità in forza di una norma consuetudinaria. Sul punto cfr. ad esempio B. Conforti, *op. cit.*, 342 s.

²¹ Negli ultimi anni sempre più voci in dottrina affermano la sussistenza di una soggettività internazionale dell'individuo, sia pur di carattere non generale, ma limitata a determinati obblighi e determinati diritti: da ultimo cfr. T. Scovazzi, *Corso di diritto internazionale, Parte I, Caratteri generali ed evoluzione della comunità internazionale*, Milano, 2000, 76 s.

²² Rinvenibile fra l'altro in *The Trial of German Major War Crimes - Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany, XXII*, Londra, 1950, 548 ss, ove è pubblicato anche il testo della sentenza. Una traduzione in lingua italiana è pubblicata, ad esempio, in Amaducci (a cura di), *Il giudizio di Norimberga*, Torino, 1999.

²³ Un principio, sia detto per inciso, la cui applicazione si è oggi consolidata in ben più ampia misura: si pensi, per tutti, al caso Pinochet dinanzi agli organi giurisdizionali del Regno Unito.

motivazione della sentenza non si ha una precisa argomentazione giuridica al riguardo, ma quantomeno nella valutazione della condotta della guerra marina da parte dell'ammiraglio Doenitz pare che il Tribunale, almeno indirettamente, ne abbia tenuto conto²⁴, anche sulla base della testimonianza resa dall'ammiraglio Nimitz sulla condotta tenuta dagli Alleati nella guerra marina, non considerando tuttavia come applicabile tale principio, ma giungendo ad una interpretazione delle norme vigenti sostenuta dal comportamento delle parti nella prassi bellica -in pratica un'indiretta applicazione del principio del "tu quoque"-.

I vari tribunali "interni" che hanno giudicato criminali di guerra del secondo conflitto mondiale²⁵ applicando regole del diritto internazionale, come i Tribunali penali militari americani in Norimberga²⁶, hanno affrontato più volte soprattutto la questione dello stato di necessità sub specie dell'eventuale pericolo di vita derivante da altrui violenza o minaccia legato all'inosservanza di un ordine ricevuto, escludendone un valore scriminante²⁷.

Nulla di specifico è riportato nemmeno negli statuti dei Tribunali ad hoc per l'ex Jugoslavia²⁸ e per il Ruanda²⁹. L'art. 7 dello Statuto del ICTY³⁰ e l'art. 6 dello Statuto ICTR³¹ fanno un generico

²⁴ Al riguardo sono di particolare interesse le annotazioni di T. Taylor, *Anatomia dei processi di Norimberga*, Milano, 1993, 433 ss, 637 ss.

²⁵ Ma si potrebbero citare anche esempi più risalenti nel tempo, in riferimento a crimini commessi durante la prima guerra mondiale, come la sentenza della Corte suprema tedesca nel noto caso *Llandovery Castle*, pubblicata ad es. in *American Journal of Int. Law*, 1922, 722 ss.

²⁶ La cui giurisprudenza è rinvenibile nelle annate del 1948 e del 1949 di *Annual Digest of Int. Law Cases*.

²⁷ Cfr. ad esempio la sentenza del Tribunale militare americano di Norimberga, *Von Leep e altri*, processo all'Alto Comando tedesco, o "degli ostaggi", 28 ottobre 1948, in *Annual Digest of Int. Law Cases*, 1948, 377 ss.

²⁸ Lo Statuto è stato adottato in data 25 maggio 1993 con risoluzione n. 827 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Il testo è rinvenibile, oltre che in varie pubblicazioni, al sito internet del Tribunale per l'ex-Yugoslavia: <http://www.un.org/icty>, ove risultano altresì disponibili, nel loro testo integrale, tutte le decisioni assunte dal Tribunale. Sul Tribunale internazionale per l'ex-Yugoslavia si vedano, fra gli ormai molti contributi, V. Morris, M.P. Sharf, *An Insider Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, New York, 1995; G. Carella, *Il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia*, in P. Picone (a cura di), *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Padova, 1995, 463 ss; F. Lattanzi, E. Sciso (a cura di), *Dai Tribunali penali internazionali ad hoc ad una Corte permanente*, Napoli, 1996; S. Zappalà, *Due anni di funzionamento del Tribunale internazionale per l'ex-Yugoslavia: tra bilanci e prospettive*, in *Legisl. pen.*, 1996, 641 ss; J.R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, New York, 1998; M. Vitucci, *Il Tribunale ad hoc per la ex Jugoslavia e il consenso degli Stati*, Milano, 1998.

²⁹ Lo Statuto, adottato con risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite n. 955 dell'8 novembre 1994, come anche il testo di tutte le decisioni assunte dal Tribunale, risulta rinvenibile al sito internet <http://www.ictt.org>. Sul Tribunale di Arusha si veda V. Morris, M.P. Sharf, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, New York, 1998; A. Cassese, *Il Tribunale penale internazionale dell'ONU per i crimini nel Ruanda*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 294 ss.

³⁰ Art. 7. Individual criminal responsibility

1. A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.

2. The official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.

3. The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to

riferimento alla "responsabilità penale personale", e si preoccupano esclusivamente di escludere il valore scriminante di due determinate circostanze, ovvero delle funzioni di governo esercitate dalla persona accusata e dell'aver agito in esecuzione di ordini ricevuti, quest'ultima circostanza viene invece prevista come possibile attenuante della pena.

Anche in questo caso pertanto si è data evidentemente come scontata la desumibilità delle cause di giustificazione dai principi generali del diritto³².

Ed i Tribunali ad hoc ne hanno in effetti fatto ampio uso: molti sono ormai i casi che si possono portare ad esempio. Nel caso Erdemovic³³ è stata affrontata la configurazione della scriminante dello stato di necessità derivante da altrui minacce³⁴, ridiscutendo sotto questo profilo anche la questione dell'esecuzione dell'ordine del superiore, esaminata anche in molti altri procedimenti, sin dal caso Tadic³⁵, e si è fatto riferimento anche alla legittima difesa. La questione dello "stato di

know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.

4. The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal determines that justice so requires.

³¹ Article 6: Individual Criminal Responsibility

1. A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 4 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.

2. The official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.

3. The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.

4. The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him or her of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal for Rwanda determines that justice so requires.

³² Nello Statuto dell'ICTY peraltro non si ha un generale richiamo di detti principi, che vengono citati solo dall'art. 28, "Pardon or commutation of sentences" in ordine a dette specifiche questioni.

³³ Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, 29 novembre 1996, IT-96-22, pubblicato anche in *Riv. dir. int.*, 1997, 447 ss. Per un commento critico alla sentenza cfr. L. Cavicchioli, *Il costringimento psichico come causa di esclusione della colpevolezza nei crimini contro l'umanità: il caso Erdemovic*, in *Riv. dir. int.*, 1997, 373 ss.

³⁴ Il Tribunale ha ammesso il possibile valore di detta circostanza, presa in considerazione sia come scriminante che come attenuante, ma circoscrivendola in termini assai ristretta. Nel caso di specie il fatto che Erdemovic si fosse macchiato dell'uccisione di circa 1200 civili è stato valutato come motivo di esclusione della stessa, per quanto la necessità invocata fosse legata al pericolo di vita per l'imputato e per i suoi familiari. In pratica si è fatto uso di un principio di proporzionalità, consueto ad esempio nel nostro ordinamento in materia di stato di necessità, ma interpretato in termini "quantitativi", il che non appare certo un criterio indiscutibile quando ad essere comparate sono vite umane.

³⁵ Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, 7 maggio 1997, IT-94-1.

necessità" è stata affrontata anche nel caso *Aleksovski*³⁶. Nel caso *Kupreskic*³⁷ è stato escluso ogni valore scriminante al principio del "tu quoque"³⁸.

In tutti questi casi il giudizio del Tribunale si è in larga misura fondato su "principi generali del diritto" desunti dagli ordinamenti statali interni.

Nello Statuto della Corte penale internazionale, aperto alla sottoscrizione degli Stati in Roma il 17 luglio 1998, viene per la prima volta introdotta una disciplina espressa di "principi generali del diritto penale"³⁹ internazionale, nel capitolo III, ed ivi l'art. 31 regola esplicitamente i "Motivi di esclusione della responsabilità penale"⁴⁰. L'elenco di detti motivi appare piuttosto eterogeneo,

³⁶ Trial Chamber I bis, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, 25 giugno 1999, IT-95-14/1.

³⁷ Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Vlatko Kupreskic e a.*, 14 gennaio 2000, IT-95-16. In questa sentenza si trova anche un generale richiamo ai "principi generali di diritto comuni ai principali sistemi giuridici" come fonte del diritto applicabile dal Tribunale, e degli stessi viene fatto uso anche in relazione ad altre questioni, in specie al problema del concorso formale fra reati.

³⁸ E si è anche ribadito che la rappresaglia contro civili è assolutamente vietata dal diritto internazionale, quindi non può valere come esercizio di un diritto in giustificazione di illeciti commessi.

³⁹ Per un primo commento al riguardo si veda M. Virgilio, *Verso i principi generali del diritto criminale internazionale*, in G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, Torino, 2000, 41 ss, che fin da subito precisa, a p. 44, di ritenere anche questa disciplina ancora "non idonea a soddisfare le fondamentali esigenze di garanzia del penalista di diritto interno, soprattutto sotto i profili dei principi di determinatezza e di precisione". Giudizio con cui non si può che concordare.

⁴⁰ Art. 31, Motivi di esclusione dalle responsabilità penali: "1. Oltre agli altri motivi di esclusione della responsabilità penale previsti dal presente Statuto, una persona non è penalmente responsabile se al momento del suo comportamento:

- a) essa soffriva di una malattia o deficienza mentale che le precludeva la facoltà di comprendere il carattere delittuoso o la natura del suo comportamento, o di controllarlo per renderlo conforme alle norme di legge;
- b) era in uno stato d'intossicazione che le precludeva la facoltà di comprendere il carattere delittuoso o la natura del suo comportamento, o di controllarlo per renderlo conforme alle norme di legge a meno che non si fosse volontariamente intossicata pur sapendo, come risulta dalle circostanze, che per via della sua intossicazione, essa avrebbe con ogni probabilità adottato un comportamento costituente un crimine di competenza della Corte non abbia tenuto conto di tale probabilità;
- c) essa ha agito in modo ragionevole per difendere sé stessa, per difendere un'altra persona o, in caso di crimini di guerra, per difendere beni essenziali alla propria sopravvivenza o a quella di terzi, o essenziali per l'adempimento di una missione militare contro un ricorso imminente ed illecito alla forza, proporzionalmente all'ampiezza del pericolo da essa incorsa o dell'altra persona o dai beni protetti. Il fatto che la persona abbia partecipato ad un'operazione difensiva svolta da forze armate non costituisce di per sé motivo di esonero dalla responsabilità penale a titolo del presente capoverso;
- d) il comportamento qualificato come sottoposto alla giurisdizione della Corte è stato adottato sotto una coercizione risultante da una minaccia di morte imminente o da un grave pericolo continuo o imminente per l'integrità di tale persona o di un'altra persona e la persona ha agito spinta dal bisogno ed in modo ragionevole per allontanare tale minaccia, a patto che non abbia inteso causare un danno maggiore di quello che cercava di evitare. Tale minaccia può essere stata:
 - I) sia esercitata da altre persone, o

corrispondendo d'altronde all'altrettanto eterogenea categoria delle "defences" nei sistemi giuridici anglosassoni⁴¹, comunque comprende fra l'altro una specifica, e sotto vari aspetti originale, previsione e definizione delle scriminanti della legittima difesa e dello stato di necessità⁴².

In ogni caso si tratta di un elenco non esaustivo: con una formula di chiusura contenuta nel comma terzo viene prevista la possibilità per la Corte di tenere conto di altre cause di esclusione della responsabilità penale, se discendono "dal diritto applicabile enunciato all'art. 21".

L'art. 33 disciplina a parte invece la materia degli "Ordini del superiore gerarchico e ordini di legge"⁴³: da un lato è rilevante che la norma contenga una disciplina non ristretta alle gerarchie militari, ma prevista in termini generali, comprensiva degli "ordini" impartiti da un superiore civile; dall'altro è notevole che -contrariamente alle previsioni dello Statuto del Tribunale di Norimberga, dell'ICTY e dell'ICTR- vengano previsti casi in cui l'ordine del superiore ha valore giustificativo della condotta del suo esecutore⁴⁴.

Nel complesso l'insieme delle fonti del diritto internazionale in materia di cause di giustificazione delinea un quadro tracciato su poche linee portanti di norme pattizie - non sempre fra loro omogenee - e di consolidamento di disposizioni consuetudinarie, con 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 che porta ad interessanti risvolti dal punto di vista del nostro ordinamento interno.

II) costituita da altre circostanze indipendenti dalla sua volontà.

2. La Corte si pronuncia sul fatto di sapere se i motivi, di esclusione dalla responsabilità penale previsti nel presente Statuto sono applicabili al caso di cui è investita.

3. Durante il processo la Corte può tenere conto di un motivo di esonero diverso da quelli previsti al paragrafo 1, se tale motivo discende dal diritto applicabile enunciato all'articolo 21. Le procedure di esame di tale motivo di esclusione sono previste nelle Regole Procedurali e di Ammissibilità delle Prove.

⁴¹ In materia cfr., per tutti, S. Vinciguerra, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*, Padova, 1992; E. Grande, *Justification and excuse (le cause di non punibilità nel diritto anglo-americano)*, in *Digesto (disc. pen.)*, Torino, 1995, XI, 502 ss.

⁴² Per un commento all'art. 31 si veda lo scritto di A. Eser in O. Triffeterer (ed.), *op. cit.*, 537 ss.

⁴³ Art. 33, Ordini del superiore gerarchico e ordine di legge, "1. Il fatto che un reato passibile di giurisdizione della Corte sia stato commesso da una persona in esecuzione di un ordine di un governo o di un superiore militare o civile non esonera tale persona dalla sua responsabilità penale, salvo se:

- a) la persona aveva l'obbligo legale di ubbidire agli ordini del governo o del superiore in questione;
- b) la persona non sapeva che l'ordine era illegale;
- c) l'ordine non era manifestamente illegale.

2. Ai fini del presente articolo, gli ordini di commettere un genocidio o crimini contro l'umanità sono manifestamente illegali."

Per un commento all'art. 33 si veda il contributo dello stesso O. Triffeterer, in O. Triffeterer (ed.), *op. cit.*, 573 ss.

⁴⁴ Sul punto cfr. E. Amati, *op. cit.*, 113 s.

Un caso fra tutti, la problematica del valore esimente dell'ordine del superiore⁴⁵. L'art. 40 del nostro c.p.m.p. escludeva la penale responsabilità del militare che avesse agito in esecuzione di un ordine del superiore; l'intervenuta abrogazione ad opera dell'art. 22 della l. 11 luglio 1978 n. 382 rende ora sempre applicabile la disciplina dettata dall'art. 51 c.p. che, come noto, prevede comunque casi -sia pur residuali- di giustificazione derivante dall'obbedienza all'ordine del superiore. Gli Statuti dell'ICTY e dell'ICTR invece escludono radicalmente tale possibilità⁴⁶, e la prassi giurisprudenziale di tali tribunali va nello stesso senso, appoggiandosi ai principi generali di diritto. In caso di esercizio, da parte di un Tribunale italiano, di giurisdizione per fatti giudicabili anche dai Tribunali internazionali ad hoc si potrebbe innanzitutto porre un problema di rispetto di obblighi internazionali. Ma si tratterebbe di una questione abbastanza marginale. Sotto un'altra prospettiva invece se si ritiene che la norma che esclude ogni valore scriminante all'ordine del superiore costituisca fonte del diritto internazionale come "principio generale di diritto riconosciuto dalle nazioni civili", allora la stessa risulta automaticamente vigente nel nostro ordinamento, col rango di norma costituzionale, in virtù dell'art. 10 della Costituzione, con la conseguenza che sarebbe in generale prospettabile un'eccezione di incostituzionalità dell'art. 51 c.p..

Problemi analoghi si potrebbero prospettare sotto molti altri profili: si confronti l'art. 31 dello Statuto della CPI con gli artt. 52 e 54 c.p., in tema di legittima difesa e stato di necessità, e con gli artt. 92 e 93 c.p., in tema di valore escludente dell'imputabilità dell'ubriachezza e dell'azione di sostanze stupefacenti: la differenza di disciplina è tutt'altro che indifferente. Se la definizione di tali istituti dettata dalle fonti internazionali risultasse qualificabile, anche in virtù della prassi giurisprudenziale dei tribunali penali internazionali, come espressione di "principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili", potrebbero legittimamente avanzarsi, in generale, dubbi di incostituzionalità delle disposizioni del nostro ordinamento con queste contrastanti.

D'altronde non va dimenticato che, sussistendo un principio di complementarità e di concorrenza fra giurisdizioni penali interne e giurisdizioni penali internazionali, sia pur con una primazia di queste ultime⁴⁷, uno stesso fatto potrà essere giudicato dalle une o dalle altre, e nella più parte dei casi perdurerà di regola il giudizio di organi interni, che applicheranno peraltro fattispecie regolate da norme internazionali, e apparirebbe quindi palesemente ingiusto che il fatto in causa risultasse scriminato per l'ordinamento internazionale e non scriminato per l'ordinamento interno, con la conseguenza che circostanze episodiche e discrezionali potrebbero portare ad una assoluzione o ad una condanna.

⁴⁵ Sul tema opera ancora fondamentale è quella di Dinstein, *The Defence of «Obedience to Superior Orders» in International Law*, Leiden, 1965.

In materia si veda anche P. Gaeta, *La rilevanza dell'ordine superiore nel diritto internazionale penale*, in *Riv. dir. int.*, 1998, 69 ss; G. Sacerdoti, *A proposito del caso Priecke: la responsabilità per l'esecuzione di ordini illegittimi costituenti crimini di guerra*, in *Riv. dir. int.*, 1997, 130 ss; P. De Sena, *Ordini superiori, immunità funzionali e gravi limitazioni dei diritti dell'uomo dinanzi ai giudici interni*, in *Riv. dir. int.*, 1994, 947 ss.

⁴⁶ Invece le previsioni dello Statuto della CPI, sopra citate, reintroducono un possibile valore scriminante dell'ordine del superiore, con norme che paiono pienamente conformi al disposto in materia del nostro ordinamento.

⁴⁷ Cfr. artt. 9, 10 Statuto ICTY. In materia si veda F. Lattanzi, *La primazia del Tribunale penale internazionale per la ex-Yugoslavia sulle giurisdizioni interne*, in *Riv. dir. int.*, 1996, 597 ss; F. Lattanzi, *The complementarity character of the jurisdiction of the Court with respect to national jurisdictions*, in F. Lattanzi (ed.), *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Napoli, 1998.